



Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil

Memoria

2010

TOMO 2



República de Colombia

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil

Memoria 2010, Tomo II

Consejo de Estado

Sala de Gobierno

Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Presidente

Mauricio Fajardo Gómez

Vicepresidente

Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta

Presidente de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Presidente de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Ruth Stella Correa Palacio

Presidente de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Martha Teresa Briceño de Valencia

Presidente de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

Mauricio Torres Cuervo

Presidente de la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Enrique José Arboleda Perdomo

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Enrique José Arboleda Perdomo

Presidente

Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Consejero de Estado

William Zambrano Cetina

Consejero de Estado

Augusto Hernández Becerra

Consejero de Estado

Edición General

William Zambrano Cetina

Consejero de Estado

Edición de textos e índices temático y analítico

Jenny Galindo Huertas. Secretaria Sala de Consulta.

Carolina Osorio Calderín. Relatora Sala de Consulta.

Lida Yannette Manrique Alonso. Magistrada Auxiliar.

Juan Manuel Laverde. Magistrado Auxiliar.

Oscar Vargas Roza. Magistrado Auxiliar.

Diseño e Impresión

Impresol Ediciones

Cll 78 No. 29B-44

Comercial@impresolediciones.com

Bogotá, Colombia

ISBN Colección: 978-958-8447-72-8

ISBN Tomo II: 978-958-8447-74-2

Publicación realizada con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo AECID y del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD



Tabla de contenido

República de Colombia
Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado
Memoria 2010

Tomo II

V. FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud. Radicado 1688	14
2. Actas aclaratorias o adendas a convenciones colectivas. Mecanismos de extinción de sus efectos. Radicado 1707	23
3. Ley 996 de 2005. Ley de Garantías Electorales. Alcance de los artículos 32, 33 y 38. Radicado 1717	43
4. Ingreso base de cotización de pensión y salud de los funcionarios y exfuncionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores. Reliquidación de Pensión e ingreso base de cotización en salud. Radicado 1749	49
5. Banco Agrario de Colombia. Alcance del Artículo 1 del Decreto 404 de 2006. Radicado 1761	66
6. Régimen salarial y prestacional de empleados públicos que cambian de empleo por: (i) comisión de servicios, (ii) reubicación por desplazamiento, (iii) reincorporación como consecuencia de la supresión de empleos y (iv) concurso. Radicado 1777	74
7. Cumplimiento de fallo judicial. Reintegro de trabajador con fuero, destituido sin permiso judicial e inhabilitado para el desempeño de cargos públicos. Radicado 1787	92
8. Régimen pensional detectives del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS. 1) Actividad de alto riesgo. 2) Régimen de transición pensional. Cotización. Radicado 1790	103
9. Requisitos para el desempeño de cargos públicos. Carencia de antecedentes penales y disciplinarios para acceder y permanecer en los cargos de Defensores y Comisarios de Familia. Radicado 1915	114
10. Defensores y Comisarios de Familia. Requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios para posesión en el cargo. Radicado 1915 (Ampliación)	126

11. Ministerio de Defensa. Reconocimiento de prestaciones sociales del personal vinculado a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, tanto uniformado como civil. Radicado 1935	134
12. Pensión de jubilación a personal incorporado a Ecopetrol por reversión de campo petrolífero. Actas de Acuerdo suscritas en 1994 con la organización sindical USO y los trabajadores incorporados. Aplicación del Acto Legislativo No. 1 de 2005 sobre expiración de la vigencia, el 31 de julio de 2010, de los regímenes pensionales establecidos por convenciones colectivas, laudos o acuerdos. Radicado 1964	169
13. Convocatorias para proveer cargos mediante concurso. Radicado 1976	185
14. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para vinculaciones por vacancias definitivas en las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva. Radicado 1985	193
15. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para provisión de cargos públicos. Radicado 1985 (Adición)	199
16. Ley 996 de 2005. Excepción a las prohibiciones temporales para vinculaciones en las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva. Radicado 1993	206
17. Estabilidad de Magistrados de Justicia y Paz. Radicado 2009	214
18. Prima de servicios de funcionarios administrativos de la educación trasladados de la Nación al Departamento del Quindío. Radicado 2012	220
19. Parlamento Andino. Régimen de los Parlamentarios Andinos. Mecanismos para el reconocimiento y el pago de los emolumentos de los Parlamentarios Andinos colombianos. Radicado 2015	231
20. Títulos Honoris Causa. No sirven para remplazar títulos profesionales exigidos para ocupar cargos públicos. Radicado 2036	242

VI. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS

1. Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, CORMAGDALENA. Impuesto de timbre nacional. Radicado 1755	249
2. Reconocimientos de derechos de propiedad privada sobre el subsuelo petrolero. Radicado 1775	256
3. Propiedad de los rendimientos financieros provenientes de recursos ejecutados por los establecimientos públicos del nivel nacional. Radicado 1773	276
4. Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías en Liquidación. 1) Cobro del impuesto predial e intereses por inmueble que hace	

parte de la infraestructura de transporte férreo.	
2) Está obligada a pagar a los acreedores, intereses con posterioridad al decreto de liquidación?. Radicado 1778	290
5. Impuesto de Industria y Comercio. SENA – Venta de productos elaborados en los Centros de Formación Profesional. Radicado 1784	312
6. FOSYGA – Destinación de recursos. Radicado 1794	320
7. Financiación de Universidades públicas. Obligaciones de las entidades territoriales. Situación de la Universidad del Atlántico. Revisión del Concepto del 26 de octubre de 2006, radicado 1770. Radicado 1996	330
8. Destinación de regalías. Las entidades territoriales pueden transferir recursos de regalías a las universidades territoriales para proyectos prioritarios de inversión, no para gastos de funcionamiento. Radicado 2001	347
9. Enajenación accionaría entre órganos estatales y venta de activos estatales distintos a acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones. Ley 226 de 1995. Radicado 2002	357
10. Regalías y compensaciones. Tularidad del Estado. Derecho de participación de las entidades territoriales. Rendimientos financieros y su titular. Radicado 2010 y 2035 (Acumulados)	367

VII. CONTROL FISCAL

1. Daño patrimonial por pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes públicos. Radicado 1852	391
2. Ejercicio de Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República. Aplicación de la Ley 1066 de 2006. Radicado 1882	401
3. Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República. Alcance de la remisión al Estatuto Tributario por la Ley 1066 de 2006. Radicado 1882 (ampliación)	414
4. Contralorías departamentales. Régimen de contratación. Contratos de prestación de servicios. Radicado 2003	432

VIII. ENTIDADES TERRITORIALES

1. Definición de límites departamentales. Delimitación territorial entre los Departamentos de Antioquia y Chocó en la zona de Belén de Bajirá. Intervención de una Comisión Accidental Demarcadora del H. Senado de la República. ¿Es viable realizar una consulta popular en los municipios limítrofes o en los dos departamentos?. **Radicado 1722** 443
2. Llamamiento a ocupar el cargo de los concejales del Distrito Capital de Bogotá D. C **Radicado 1765** 453
3. Conformación Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales – CAR.. **Radicado 1983** 454
4. Integración del Consejo Directivo de una institución de educación superior del orden municipal. **Radicado 1987** 463
5. Competencia de los municipios para establecer tarifas de los parqueaderos. (Inhibición). **Radicado 2006** 471
6. Falta absoluta del Gobernador del Valle del Cauca. La falta absoluta se presenta a partir de la fecha en que se ejecute el fallo definitivo del proceso disciplinario. Necesidad de convocatoria a elección de nuevo gobernador para el tiempo que resta del período constitucional. **Radicado 2037** 474
7. Inhabilidades de los alcaldes para inscribirse a cargos de elección popular. **Radicado 2039** 477

V.

Función pública y régimen
prestacional y de seguridad
social

V. FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud. Radicado 1688	14
2. Actas aclaratorias o adendas a convenciones colectivas. Mecanismos de extinción de sus efectos. Radicado 1707	23
3. Ley 996 de 2005. Ley de Garantías Electorales. Alcance de los artículos 32, 33 y 38. Radicado 1717	43
4. Ingreso base de cotización de pensión y salud de los funcionarios y exfuncionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores. Reliquidación de Pensión e ingreso base de cotización en salud. Radicado 1749	49
5. Banco Agrario de Colombia. Alcance del Artículo 1 del Decreto 404 de 2006. Reconocimiento de prestaciones sociales. Radicado 1761	66
6. Régimen salarial y prestacional de empleados públicos que cambian de empleo por: (i) comisión de servicios, (ii) reubicación por desplazamiento, (iii) reincorporación como consecuencia de la supresión de empleos y (iv) concurso. Radicado 1777	74
7. Cumplimiento de fallo judicial. Reintegro de trabajador con fuero, destituido sin permiso judicial e inhabilitado para el desempeño de cargos públicos. Radicado 1787	92
8. Régimen pensional detectives del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS. 1) Actividad de alto riesgo. 2) Régimen de transición pensional. Cotización. Radicado 1790	103
9. Requisitos para el desempeño de cargos públicos. Carencia de antecedentes penales y disciplinarios para acceder y permanecer en los cargos de Defensores y Comisarios de Familia. Radicado 1915	114
10. Defensores y Comisarios de Familia. Requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios para posesión en el cargo. Radicado 1915 (Ampliación)	126

11. Ministerio de Defensa. Reconocimiento de prestaciones sociales del personal vinculado a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, tanto uniformado como civil. **Radicado 1935**..... 134
12. Pensión de jubilación a personal incorporado a Ecopetrol por reversión de campo petrolífero. Actas de Acuerdo suscritas en 1994 con la organización sindical USO y los trabajadores incorporados. Aplicación del Acto Legislativo No. 1 de 2005 sobre expiración de la vigencia, el 31 de julio de 2010, de los regímenes pensionales establecidos por convenciones colectivas, laudos o acuerdos. **Radicado 1964**..... 169
13. Convocatorias para proveer cargos mediante concurso. **Radicado 1976**..... 185
14. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para vinculaciones por vacancias definitivas en las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva. **Radicado 1985**..... 193
15. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para provisión de cargos públicos. **Radicado 1985 (Adición)** 199
16. Ley 996 de 2005. Excepción a las prohibiciones temporales para vinculaciones en las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva. **Radicado 1993**..... 206
17. Estabilidad de Magistrados de Justicia y Paz. **Radicado 2009**..... 214
18. Prima de servicios de funcionarios administrativos de la educación trasladados de la Nación al Departamento del Quindío. **Radicado 2012** 220
19. Parlamento Andino. Régimen de los Parlamentarios Andinos. Mecanismos para el reconocimiento y el pago de los emolumentos de los Parlamentarios Andinos Colombianos. **Radicado 2015**..... 231
20. Títulos Honoris Causa. No sirven para remplazar títulos profesionales exigidos para ocupar cargos públicos. **Radicado 2036**..... 242

1. Ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud

Radicado 1688

Conjuez Ponente: Guillermo Chahín Lizcano

Fecha: 2006/03/03

Levantamiento de la reserva mediante auto del 8 de abril de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, luego de hacer una exposición sobre las normas que a partir de la Ley 100 de 1993 han regulado la materia, tanto de manera general como especial, y después de plantear la posición que al respecto tiene el Ministerio a su cargo, formula a la Sala la siguiente consulta:

1. “Debe darse aplicación a la regla general establecida en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y reiterada en el artículo 3° inciso segundo del Decreto 510 de 2003, respecto a la igualdad de aportes en salud y pensiones para los Magistrados del Tribunal y sus equivalentes?
2. En caso afirmativo, a partir de qué fecha?
3. Debe considerarse que las normas posteriores a la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 332 de 1996 y el Decreto 664 de 1999 se sustraen de la regla general señalada en el artículo 204 de la citada ley y del artículo 3° inciso segundo del Decreto 510 de 2003?”

ACTUACION PROCESAL

Comoquiera que los Magistrados de la Sala de Consulta manifestaron impedimento para conocer de la materia relacionada con la presente Consulta, en razón de considerar que concurría en todos ellos la causal 1a del artículo 150 del CPC, (*“tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso”*) se dio aplicación a lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 160A del Código Contencioso Administrativo.

Sorteados los Conjueces y una vez que éstos declararon con lugar la formulación del impedimento, procede la Sala a resolver la Consulta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. La regla general sobre igualdad del ingreso base para la cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud

Tal como lo afirma el Señor Ministro Consultante, la Ley 100 de 1993 consagró, de manera general, el criterio según el cual el ingreso base para liquidar el monto de la cotización o aporte al sistema general de pensiones sería el mismo aplicable para liquidar las cotizaciones con destino al sistema general de seguridad social en salud. En efecto, el Parágrafo 1° del artículo 204 de la referida Ley dejó sentado perentoriamente que “La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **será la misma** contemplada en el sistema general de pensiones de esta Ley. “ (Resalta la Sala).

Al desarrollar el mandato contenido en el artículo 18 de la citada Ley 100 de 1993, en virtud del cual el gobierno debía señalar *“el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público”*, mediante el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 se ocupó en indicar los factores integrantes del mismo. Posteriormente, cuando hubo de reglamentar la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, dispuso en el Artículo 84° del Decreto 806 de 1998: *“Salario base de cotización. De conformidad con lo establecido por la ley 100 de 1993, el salario base de cotización en materia de salud será el mismo definido para pensiones. En consecuencia, las Entidades Promotoras de Salud rechazarán la afiliación de aquellas personas que declaren un salario base inferior al declarado para el régimen de pensiones”*.

En el año 2003 se expide la Ley 797, reformativa parcialmente de la Ley 100 de 1993, y en ella, mediante el artículo 5°, se sustituye el artículo 18 de ésta, el cual queda del siguiente tenor:

“Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

“El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

“El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

“El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

“Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

“En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

*“PARAGRAFO lo. En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. **Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base”** (...)(Resalta la Sala)*

A su turno, el Decreto 510 de 2003, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 797 citada, al hacerlo con respecto al artículo 50 transcrito, dejó establecido en el Artículo 30 que: *“La base de cotización del Sistema General de Pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite éste que le es aplicable al Sistema*

de Seguridad Social en Salud. Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo.

“La base de cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo que el afiliado cotice para el Sistema General de Pensiones sobre una base inferior a la mínima establecida para el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)” (Resalta la Sala)

Como se aprecia, tanto las normas de rango legal de 1993 y 2003, como las reglamentarias de 1998 y 2003, arriba referidas, establecen una regla general respecto de la base salarial para la liquidación de las cotizaciones para pensiones y para salud, determinando que dichas bases no pueden ser diferentes, hasta el punto de que si lo fueren, por resultar inferior el salario base declarado para el sistema de salud con relación al declarado para el régimen de pensiones, deberá rechazarse la afiliación a aquél.

2. La normatividad especial respecto de algunos servidores públicos pertenecientes a la Rama Judicial en materia de ingreso básico para cotizar a los sistemas de salud y pensiones. Excepción a la regla general.

Conviene ahora analizar lo concerniente a ciertas situaciones particulares que se han venido dando, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en el régimen salarial de un sector de los servidores públicos que pudieran tener incidencia en la forma de establecer las bases para la liquidación de los aportes a salud y pensiones para determinar previa la interpretación correspondiente de las normas que han dado origen a tales situaciones particulares, si constituyen o no un mecanismo de excepción a la regla general mencionada en el punto anterior.

Para ello, la Sala toma en consideración los siguientes elementos que se desprenden de la Consulta elevada ante ella por el Señor Ministro de la Protección Social o que surgen de la investigación normativa efectuada por la Sala para absolver la Consulta, así:

a) En el año de 1996, por medio de la Ley 332, modificatoria de la ley 4a. de 1992, se dispuso en su artículo 1° que:

“La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio, **hará parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.**

“La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación”. (Destaca la Sala)

Por su parte, el modificado Artículo 14 de la ley 4a de 1992 había dispuesto lo siguiente: *“El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Públi-*

co delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1.º) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil". (Destaca la Sala).

b) De otra parte, por medio del Decreto 664 de 1999 se creó una "bonificación por compensación de carácter permanente" para los funcionarios y con las características indicados en el artículo 1º, así:

"Magistrados de Tribunal Nacional de Orden Público \$2.030.717

Fiscales Delegados ante Tribunal Nacional 2.030.717

Magistrados de Tribunal y Consejo Seccional 2.382.250

Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar 2.382.250

Magistrados Auxiliares 2.382.250

Fiscales Delegados ante Tribunales de Distrito 2.382.250

Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema de Justicia 2.382.250

Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura 2.417.405.

"La bonificación por compensación sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral en su totalidad del ingreso base de liquidación debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado, incluyendo esta bonificación, monto a tener en cuenta para el reconocimiento de las pensiones." (Destaca la Sala).

c) Hace notar la Sala que a partir de 1999 y con fundamento en la Ley Marco sobre régimen salarial y prestacional de los servidores públicos (Ley 4a de 1992) el Gobierno ha venido expidiendo modificaciones anuales a la bonificación por compensación (especialmente en relación con su cuantía) manteniendo inmodificable el inciso referente al carácter que como factor salarial "sólo para efectos de determinar las pensiones", le atribuyó la norma arriba transcrita. En efecto los Decretos 2738 de 2000, 1476 y 2726 de 2001, 663 de 2002, 3570 de 2003, 4040 de 2004, y 994 de 2005 contienen dentro de su articulado un inciso del mismo tenor al referido, con la finalidad de establecer esta característica especial de la aludida bonificación.

d) Destaca igualmente la Sala que es sólo a partir del año que transcurre, y varios meses después de formulada la Consulta, que la norma anual expedida para regular el régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Judicial, en lo referente a la prima especial de servicios, la bonificación por compensación y la bonificación de gestión judicial, intro-

duce un cambio significativo en cuanto dice relación con la característica anotada, puesto que el Decreto 389 de 2006 determina paladinamente en su artículo 11 que:

*“Las pensiones de la Rama Judicial se liquidarán sobre los factores que constituyen el ingreso base de cotización dispuesto por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, la Prima Especial de Servicios de que trata la Ley 332 de 1996 y la bonificación adicional prevista en el Decreto 664 de 1999 o la bonificación de gestión judicial de que trata el Decreto 4040 de 2004, para quienes estén cubiertos por una u otra, en cada caso, dentro de los límites dispuestos por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003. **La prima especial de servicios, la bonificación adicional y la bonificación de gestión judicial constituirán factor salarial para efecto del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y de acuerdo con la Ley 797 de 2003 para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.**” (Destaca la Sala)*

Con fundamento en los elementos normativos y fácticos que se dejan expuestos en los dos acápites precedentes procede la Sala a responder los interrogantes que plantea la Consulta, para lo cual debe resolverse el aparente conflicto entre las normas atinentes a los regímenes pensionales y de salud y las referentes al régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Rama Judicial.

A tal efecto la Sala comienza por llamar la atención acerca de la naturaleza jurídica, rango y fechas de entrada en vigencia de las normas que se interpretan, encontrando que, por una parte, las que establecen la regla general sobre igualdad del ingreso base para la cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la ley 100 de 1993 como su modificatoria, la ley 797 de 2003, son leyes ordinarias o comunes y los Decretos 1158 de 1994, 806 de 1998 y 510 de 2003, son normas de carácter meramente reglamentario; adicionalmente, se trata de normas cuyo contenido es general en cuanto regulan de esta manera, aspectos propios del régimen pensional y de seguridad social en salud, con la vigencia determinada a partir de las fechas de su publicación. Frente a ellas, las normas que contienen las regulaciones especiales sobre régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, que crean y regulan en particular para este sector de los trabajadores, y concretamente para algunos servidores de la Rama Judicial del Poder Público, la prima especial y la bonificación por compensación, y les atribuyen las características especiales ya señaladas, a saber: la ley 4a de 1992 y su modificatoria la ley 332 de 1996, son leyes marco expedidas con apoyo en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política y los Decretos 664 de 1999, 2738 de 2000, 1476 y 2726 de 2001, 663 de 2002, 3570 de 2003, 4040 de 2004, y 994 de 2005, son decretos especiales que desarrollan y materializan los criterios generales establecidos en aquéllas. Estas normas, además de tener rango legislativo, son de expedición posterior a aquéllas y, como se dijo, regulan aspectos específicos, razones indudablemente conducen a reafirmar el criterio de que priman sobre las generales anteriormente enumeradas.

La anterior precisión no es en manera alguna inoficiosa en la medida en que tiene relevancia para desatar el aparente conflicto normativo aplicando el criterio de superioridad jerárquica que, conjuntamente con el de la especialidad y el de la posterioridad en su expedición, permite concluir que las normas relativas al régimen salarial y prestacional contenido en las leyes marco referidas y en los decretos que las desarrollan, constituyen excepción a la regla general sobre igualdad del ingreso base para la cotización al Sistema

General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En abono de lo anterior la Sala se permite citar algunos precedentes jurisprudenciales relativos a la naturaleza, características, alcances y nivel jerárquico de las Leyes Marco, como de los decretos que las desarrollan o reglamentan. Así, ha dicho el Consejo de Estado:

“(...) la Sala solamente hará referencia, al hecho de que, si el texto de la norma marco que se reglamenta, contiene un principio de carácter general en materia de cambios, la regulación que el Presidente expidiera mediante decreto, determinando las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de esta actividad, tiene o asume la misma posición y valor de la ley. Para el caso, sería como si los requisitos y condiciones para desempeñar la actividad de la intermediación en cambios, hubieran sido establecidos por el propio legislador.

“No obstante, la capacidad “legislativa” y el poder derogatorio de leyes preexistentes que puedan tener los decretos que, desarrollan las leyes marco, no son plenos o completos, como los del Congreso, sino condicionados, tanto por el marco jurídico de principios generales trazado por la correspondiente ley, como por las reglas que, dentro del proceso de interpretación sistemática de la institución de las leyes marco han sido deducidas por la jurisprudencia y la doctrina. El Consejero que actúa como Ponente identificó así algunas de esas reglas:

3) “Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos tienen la virtualidad de derogar, modificar o sustituir normas preexistentes que tengan fuerza de ley, siempre y cuando ellas se refieran a materias que son objeto de tratamiento legal mediante el sistema de leyes marco; por vía de ejemplo tenemos que un decreto sobre comercio exterior, expedido en desarrollo de la ley marco de comercio exterior podría derogar leyes comunes que se hubieran expedido con anterioridad sobre esta misma materia.

4) Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley que se refieren a materias que no son objeto de regulación por el sistema de leyes marco. A título de ejemplo podemos citar el caso improcedente jurídicamente de que mediante un decreto dictado en virtud de la ley marco de aduanas (por medio del cual se pueden modificar las tarifas del impuesto de aduanas) se pretenda derogar normas que regulan los impuestos de timbre nacional.

5) Las disposiciones con fuerza de ley contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley contenidas en reglamentos legislativos que se refieran a materias distintas a las reguladas por la ley marco en que tienen su origen.”⁵⁹⁷

En otro pronunciamiento, el Consejo de Estado, al analizar las normas constitucionales reguladoras del instituto de las leyes marco estableció:

“De otra parte, previamente al estudio de los cargos en concreto, se precisa que el decreto acusado, “por el cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo aplicables a las sociedades de intermediación aduanera y a quienes se anuncien o ejerzan tal actividad sin estar autorizados”, fue expedido con fundamento en las facultades del Presidente de la República conferidas por el numeral 25

597 CONSEJO DE ESTADO.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- SECCION CUARTA. Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano. Referencia: Expediente No. 5185, Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte. C / La Nación - Banco de la República. Nulidad de Resolución Externa no. 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, artículos 88 y 89. Fallo.

del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a los artículos 3 de la ley 6a de 1971 y 2 de la ley 7a de 1991, lo que indica que se trata de un decreto reglamentario de ley cuadro o marco.

“Este concepto de ley cuadro fue introducido en el ordenamiento constitucional colombiano por el Acto Legislativo núm. 1 de 1968 y tuvo su consagración en la materia del caso subexámene en el artículo 11, modificadorio del artículo 76 de la antigua Constitución Política, en el sentido de que el Congreso de la República dictaba las normas generales a las cuales debía sujetarse el Gobierno para efectos, entre otros, de “...modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas”. Dicha norma fue reproducida en la Constitución Política de 1991, con adición de que esas facultades se ejercían „...por razones de política comercial...”, conforme a los términos del numeral 19 del artículo 150 constitucional.

“Dentro del concepto de ley marco o cuadro, dado el grado de abstracción en que el Congreso está obligado constitucionalmente a moverse en el ejercicio de sus competencias legislativas, con miras a señalar los objetivos y criterios que deben guiar la acción del gobierno en las correspondientes materias, el poder reglamentario tiene un dominio propio, no residual, más amplio que el campo que le corresponde al poder reglamentario tradicional, como sucede en el caso de las facultades previstas en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución, entre otras materias, para “...modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas”.

“El uso de las facultades del Gobierno en materia de modificación del régimen aduanero debe respetar el marco relativo a las normas generales y dentro de ellos “...los objetivos y criterios...” fijados por los preceptos legales, que para el caso son las leyes 6a de 1971 y 7a de 1991. Dentro de esos límites el Presidente de la República tiene amplias facultades para modificar el régimen de aduanas, comprendido allí el procedimiento administrativo aplicable a las sociedades de intermediación aduanera y su régimen de sanciones administrativas.⁵⁹⁸

Así mismo, la Corte Constitucional ha emitido numerosas providencias relacionadas con este mecanismo legislativo. En una de ellas dijo:

“Las leyes marco

“8. La figura de las leyes marco o cuadro - que fue tomada y adaptada del derecho francés - fue introducida en el ordenamiento constitucional colombiano a través de la reforma de 1968. Las leyes cuadro implican un nuevo tipo de relación entre el Legislativo y Ejecutivo: las leyes ordinarias deben ser simplemente acatadas y ejecutadas por el Gobierno - el cual solamente tiene potestad para reglamentar su mejor puesta en vigor, a través de los decretos reglamentarios -, mientras que en el caso de las leyes marco el Ejecutivo colabora activamente con el Legislativo en la regulación de las materias que deben ser tramitadas a través de esta clase de leyes. Así, en tanto que el Congreso se limita a fijar las pautas generales, las directrices que deben guiar la ordenación de una materia determinada, el Ejecutivo se encarga de precisar, de completar la regulación del asunto de que se trata. Para el caso colombiano ello ha significado que diversos temas que hasta la reforma constitucional de 1968 eran regulados exclusivamente por el Congreso, se asignen ahora conjuntamente al Legislativo y el Ejecutivo.

598 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1.997). Consejero Ponente: Doctor MANUEL S. URUETA AYOLA. Expediente núm. 4262. Actor: JUAN MANUEL CAMARGO GONZALEZ

“El objetivo de las leyes cuadro es el de permitirle al Estado responder ágilmente a los cambios acelerados que experimentan en la sociedad moderna diversas materias. Para poder reaccionar prontamente ante los sucesos cambiantes es necesario contar con la información necesaria - suficiente y actualizada - y con procedimientos expeditos. Estos dos requisitos son satisfechos por el Poder Ejecutivo, pero no por el Legislativo. Este último suele contar con procesos de decisión lentos y no posee los recursos indispensables para disponer directamente de la información pertinente para la toma de decisiones, razón por la cual debe solicitarla del Ejecutivo. Esta situación es la que ha conducido a señalar que diversos asuntos deben ser regulados por el Ejecutivo de acuerdo con las orientaciones generales que imparta el Legislativo. De esta manera, la institución de las leyes marco permite simultáneamente resguardar el principio democrático - puesto que el Congreso conserva la facultad de dictar y modificar las normas básicas para la regulación de una materia - y reaccionar rápidamente ante la dinámica de los hechos a través de decretos del Gobierno que adapten la regulación específica de la materia a las nuevas situaciones.

“Sobre el fin de las leyes marco se precisó en la sentencia C-013 de 1993 de esta Corporación:

“La institución de las leyes marco, introducida en el ordenamiento constitucional colombiano con la reforma de 1968, persigue para determinadas materias, dada su complejidad y constante evolución, la colaboración de Legislativo y Ejecutivo, así: el primero, señalará al Gobierno las pautas generales dentro de las cuales éste último debe desarrollar en concreto su facultad reglamentaria ejecutando esos principios en una forma dinámica y de fácil modificación”.

“Igualmente, en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente se manifestó sobre las leyes marco:

“(…) A raíz de este proceso y, al tenor del artículo 79 de nuestra Carta, las Cámaras después de que votan una ley marco son reemplazadas por el Gobierno. A partir de ese instante las facultades de iniciativa y de decisión respecto de las materias enumeradas en e/ artículo 76, numeral 22, quedan en manos del Gobierno quien, por esa vía, se convierte en el órgano competente, investido de facultades legislativas para expedir, modificar y derogar la legislación dentro del marco normativo que le trazó el Congreso y que complementa a través del reglamento. Se supone que las Cámaras vuelven a quedar habilitadas, en el ejercicio de esa potestad legislativa, cuando al Gobierno le interese una nueva norma cuadro para moverse dentro de límites mucho más amplios de los que inicialmente le fueron atribuidos...

(...) Los tratadistas coinciden en afirmar que la determinación de los principios fundamentales por el Parlamento significa dictar las normas generales a partir de las cuales el Ejecutivo puede legislar. Cuando la rama legislativa define principios generales estructura un marco. Entonces, el Jefe de Gobierno queda investido de facultades para crear situaciones jurídicas dentro de las pautas que previamente le han trazado.

““El argumento práctico que se esgrimió para justificar la filosofía y la técnica que inspiran la norma, se fundó en motivos de rapidez y evolución. En esa forma e/ Gobierno se reserva la posibilidad de intervenir por decreto en aquellos sectores que exigen una decisión pronta y oportuna y que, además, son susceptibles de permanente evolución como ocurre con los sectores de la enseñanza y del trabajo, lo cual hace aconsejable que el Ejecutivo cuente con un amplio margen de maniobras...” (Informe-Ponencia para primer debate en plenaria, Gaceta Constitucional N° 51, abril 16 de 1991).

“Con la reforma constitucional de 1968 se determinó entonces que para la regulación de diversas materias se debía utilizar el procedimiento de las leyes marco. Entre ellas se encontraban la organización del crédito público, el reconocimiento de la deuda nacional y su servicio, la regulación del cambio

internacional y el comercio exterior, la modificación de los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, la determinación de la estructura de la administración nacional, la fijación de las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, etc.

“La Constitución de 1991 decidió ampliar el espectro de los temas que debían ser objeto de las leyes cuadro. De esta manera, ahora son también objeto de ley marco las materias relacionada con la regulación de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y la determinación del régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.”⁵⁹⁹

*“9. En consecuencia, a partir de la reforma constitucional de 1968 el régimen salarial de los empleos oficiales se ha venido fijando a través del procedimiento de las leyes marco. Sin embargo, los papeles desempeñados por el Congreso y el Gobierno en este tema han variado entre la Constitución de 1886 y la de 1991. Así, de acuerdo con la primera, en su versión posterior a la reforma de 1968, al Congreso le competía, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 76, “fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales”, al tiempo que el Presidente de la República fijaba las dotaciones y emolumentos de los distintos empleos según las escalas de remuneración elaboradas por el Congreso (art. 120, numeral 21). Por su parte, en la Constitución de 1991 el Congreso se limita a señalar las normas generales y los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales (art. 150, numeral 19, literales e) y t). De esta forma, en la nueva Carta se reconoció que en vista del carácter dinámico que posee lo relacionado con los sueldos y las prestaciones **era conveniente que el Legislador se limitara a fijar criterios y que el Ejecutivo fuera el encargado de realizar los ajustes necesarios.** (...)”*

“10. La Ley 4a de 1992 constituye la ley marco necesaria para que el Gobierno cumpla con la misión que le fue confiada en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta. En efecto, como bien se expresa en su encabezamiento, la referida ley fue dictada con el objeto de cumplir con el mandato de la Constitución acerca de que el Congreso debe dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen presta cional mínimo de los trabajadores oficiales.”

Por último, se advierte que con la expedición del Decreto 389 de 2006, se reafirma la conclusión a que ha arribado la Sala, toda vez que, utilizando el mecanismo de la ley marco se busca, eliminar el referido tratamiento de excepción, estableciendo que algunos ingresos especiales de funcionarios de la Rama Judicial se computarán para la liquidación tanto de las cotizaciones para pensiones como para las cotizaciones para salud, tal como lo dispone el artículo 11 del citado Decreto, que nuevamente se transcribe:

“Las pensiones de la Rama Judicial se liquidarán sobre los factores que constituyen el ingreso base de cotización dispuesto por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, la Prima Especial de Servicios de que trata la Ley 332 de 1996 y la bonificación adicional prevista en el Decreto 664 de 1999 o la bonificación de gestión judicial de que trata el Decreto 4040 de

599 CORTE CONSTITUCIONAL Expediente D-1526. Actor: Carlos Mario Isaza Serrano. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) - parcial - del artículo 1° de la Ley 4' de 1992. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997).

2004, para quienes estén cubiertos por una u otra, en cada caso, dentro de los límites dispuestos por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003. **La prima especial de servicios, la bonificación adicional y la bonificación de gestión judicial constituirán factor salarial para efecto del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y de acuerdo con la Ley 797 de 2003 para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.** (Resalta la Sala)

En consecuencia, la Sala concluye que la interpretación de las normas analizadas, relativas al régimen salarial y prestacional aplicable a los servidores públicos y concretamente a algunos miembros de la Rama Judicial, constituyen excepción a la regla general sobre igualdad del ingreso base para la cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud y por lo tanto,

LA SALA RESPONDE:

1. No es aplicable a los Magistrados del Tribunal y sus equivalentes la regla general establecida en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, reiterada en el artículo 3° inciso segundo del Decreto 510 de 2003, toda vez que para ellos rigen las especiales reglas de excepción taxativamente contempladas en la ley marco sobre Régimen Salarial y prestacional de los servidores públicos (ley 4a de 1992) y los Decretos especiales que la desarrollan.

2. Las normas posteriores a la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 332 de 1996 y el Decreto 664 de 1999, así como los demás que anualmente se han expedido para regular dentro del esquema de ley marco, el régimen salarial de los servidores públicos en lo que respecta a funcionarios de la Rama Judicial, sobre la determinación del ingreso base para la liquidación de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud constituyen un régimen de excepción y por lo tanto, se sustraen de la regla general establecida en aquél estatuto.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: GUILLERMO CHAHIN LIZCANO. Conjuez. HERNANDO YEPES ARGILA. Conjuez. OSCAR JIMENEZ LEAL. Conjuez. PATRICIA MIER BARROS. Conjuez. (Ausente con excusa). LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO. Secretaria de la Sala.

2. Actas aclaratorias o adendas a convenciones colectivas. Mecanismos de extinción de sus efectos

Radicado 1707

Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Fecha: 2004/12/09

Levantamiento de la reserva mediante auto del 21 Junio de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público manifiesta a la Sala que los representantes de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM suscribieron con SITTELECOM, Sindicato de Trabajadores de la empresa, una "ADDENDA AL ARTICULO 2° DE LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO 1996-1997" con "el objeto de aclarar que

TELECOM reconoce a los trabajadores cobijados por el régimen de transición establecido en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, vinculados a la Empresa antes de la vigencia del Decreto 2123 de 1992”determinadas modalidades de pensión, advirtiendo que “La presente addenda no constituye modificación al régimen especial ni excepcional de pensiones actualmente vigente en TELECOM”. La adenda está suscrita por los representantes de las partes y aparecen firmando como testigos los Ministros de Trabajo y Seguridad Social y de Comunicaciones.

A su vez, entre los representantes de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EPS y el Sindicato de Trabajadores de la misma, SINTRACAPRECOM, se suscribió una “ADDENDA AL ARTICULO 38 DE LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO 1997 – 1998.- (...) con el objeto de aclarar que CAPRECOM continuará reconociendo a los trabajadores oficiales, vinculados a 31 de marzo de 1994 y que se encuentren en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, las siguientes modalidades de pensión (...) La presente addenda no constituye modificación al régimen especial ni excepcional de pensiones actualmente vigente, como Entidad del Sector de Comunicaciones, en el mismo sentido, no constituye una erogación adicional al presupuesto de la Entidad por concepto de reconocimiento de pensiones”.

Esta Sala, en el concepto No. 1390 de 2002 consideró:

“3. No es procedente revivir, mediante addenda a las convenciones colectivas de trabajo, modalidades pensionales derogadas, para los servidores públicos, ni fijar por esta vía el régimen anterior aplicable porque, de conformidad con la ley, éste se determina de manera individual según la modalidad a la que estaba afiliado el servidor público cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones (1° de abril de 1994)”.

El Ministro manifiesta que desea indagar “sobre el procedimiento a seguir con respecto a la adenda aclaratoria que como la H. Sala lo precisó es contraria a la ley, si debe demandarse o si existe un mecanismo jurídico para inaplicarla al expedir los actos administrativos de reconocimiento”, y a la vez resalta que “la presunción de legalidad (que) ampararía la adenda mientras no sea anulada o suspendida y destaca que por “la naturaleza de contrato colectivo que tiene la adenda y que la convierte en ley para las partes, (es) suficiente en sí misma y de obligatorio e inmediato cumplimiento”.

En consecuencia PREGUNTA A LA SALA:

¿Teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas expuestas por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 1930 de 2000, cuál es el procedimiento a seguir para inaplicar la adenda aclaratoria a la convención colectiva celebrada entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, y el Sindicato de Trabajadores de Telecom y a la celebrada entre la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom y sus trabajadores para dar alcance al artículo 2° de la convención colectiva de trabajo 1996-1997 y al artículo 38 de la convención colectiva de trabajo 1997-1998, respectivamente?”

¿Debe demandarse la adenda y por que vía, o existe un mecanismo por el cual pueda inaplicarse al expedirse los actos administrativos de reconocimiento?

LA SALA CONSIDERA:

El problema jurídico que corresponde dilucidar se centra en determinar la naturaleza jurídica de las denominadas en la consulta adendas aclaratorias de convenciones colectivas, asunto que se estudiará desde el punto de vista abstracto, sin entrar a considerar por tanto el contenido declarado por las partes que concurrieron a crear tales instrumentos. Igualmente el concepto versará acerca de los mecanismos y formas de extinguir tales actos del mundo jurídico y la posibilidad de inaplicarlos.

Naturaleza y alcance de las actas aclaratorias

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación con las denominadas actas aclaratorias, actas adicionales aclaratorias o adendas ⁶⁰⁰ a las convenciones colectivas, suscritas por los representantes legales de los empleadores y de los trabajadores a través del Sindicato, expresa *“que cuando se trata de simples aclaraciones de las convenciones, por ser éstas oscuras o confusas, la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte, las ha aceptado.* ^{601”}, reconociéndoles valor vinculante. La finalidad de las mismas es formalizar el acuerdo a que lleguen los representantes de los trabajadores y el empleador o sus representantes, para aclarar los términos en que el convenio colectivo se redactó, es decir, precisar las estipulaciones existentes, sin que mediante tal procedimiento sea dable modificar lo dispuesto en la convención ni alterar los derechos en ella establecidos.

La misma Sala en sentencia del 12 de octubre de 1995, radicación 7907, señaló:

“...la jurisprudencia que tiene sentada la Sala reconoce pleno valor a las aclaraciones y precisiones que las partes de una convención colectiva de trabajo dejan consignadas en las actas que conjuntamente suscriben con posterioridad a la celebración del convenio normativo de condiciones generales de trabajo. La autonomía de la voluntad y el principio pacta sunt servanda obligan a aceptar tales actas aclaratorias, sin que exista jurídica ni legalmente razón para que los jueces les desconozcan validez a dichos acuerdos de voluntad”. ⁶⁰²

Del artículo 435 del C. S. T.- modificado por la ley 39 de 1985, art. 2° - se deduce que el legislador consagró la intangibilidad de los acuerdos contenidos en la convención colectiva al disponer que *“no son susceptibles de planteamientos o modificaciones en las etapas posteriores del Conflicto Colectivo”*, de modo que una vez suscrita y depositada es inmodificable, lo cual no impide que las partes, debidamente facultadas, puedan aclarar las cláusulas convencionales dudosas, oscuras, ambiguas o confusas, respetando su espíritu y esencia.

600 En ocasiones se las denomina adendas extraordinarias, adendas convencionales y algunas veces las llaman actas extraconvencionales.

601 Sala de Casación Laboral, Sentencias de: OCTUBRE 9/95, Radicado 7761. Acta No. 55. M. P. RAFAEL MENDEZ ARANGO; octubre 12/95, Radicado 7907. Acta No. 53. M. P. HUGO SUESCUN PUJOLS; febrero 29/96, Radicado 8244. Acta No. 11. M. P. GERMAN G. VALDEZ SANCHEZ; mayo 31/95, Radicado 7453. Acta No. 16 y mayo 24/96, Radicado Nos. 8236. Acta No. 21. M. P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO; diciembre 15/95, Radicado 7598. Acta No. 32. M. P. RAMON ZUÑIGA VALVERDE; diciembre 3/98, Radicado No. 11129, Acta No. 46. M. P. FERNANDO VAZQUEZ BOTERO; abril 27/05, Radicado No. 23373. Acta No. 44. M. P. ISAURA VARGAS DIAZ; en esta sentencia se parte de la validez de las actas aclaratorias: *“En efecto, solo es propicio al tema analizado agregar, que aún tratándose de un ‘acta aclaratoria’, y no ‘modificatoria’, suscrita por los mismos negociadores y empresa como lo dejó establecido el sentenciador, pero con posterioridad a la desvinculación del trabajador, no puede oponérsele su validez a un caso resuelto con anterioridad a la misma.”*

602 El antecedente más antiguo de esta posición jurisprudencial, conocido por la Sala, es la sentencia de la Sala Plena de tal Corporación del 19 de Julio de 1982 (Radicado 6169) reiterada, entre otras, en la sentencia de febrero 29 de 1996 (Radicado 8244). La misma sentencia se remite a la dictada el 3 de mayo de 1995, Radicado 7532, que contiene idéntica posición jurisprudencial y a la radicada bajo el No. 7693.

De lo anterior surgen varias conclusiones:

a) Una vez suscrita y depositada la convención colectiva, esto es perfeccionada, adquiere plena validez y vigencia, constituye ley para las partes y su cumplimiento es obligatorio.

b) No obstante, si existen cláusulas oscuras, ambiguas o confusas, los representantes de los trabajadores y de la empresa, pueden mediante actas o adendas aclarar las estipulaciones respectivas, sin que sea viable modificarlas⁶⁰³. Tales actos, como se vio, si cumplen estas condiciones, tienen plena validez y poder vinculante para las partes.

A fin de determinar la naturaleza de las actas aclaratorias deben hacerse las siguientes precisiones:

Según la definición del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, la convención colectiva es un contrato colectivo de trabajo que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, que sólo se aplica a las partes contratantes. Por su parte, el artículo 373 del C. S. T., dentro de las funciones generales de los sindicatos, prevé la de “celebrar convenciones colectivas y contratos sindicales; garantizar su cumplimiento por parte de sus afiliados **y ejercer todos los derechos y acciones que de ellos nazcan**”.⁶⁰⁴

Las actas aclaratorias o adendas suscritas por quienes están habilitados legalmente para comprometer a la empresa y a los trabajadores⁶⁰⁵, tienen tanta y plena validez jurídica como las cláusulas convencionales y por tanto cuentan con un poder normativo aclaratorio que hace parte del convenio colectivo y que se extiende a los contratos individuales de trabajo, por lo que en juicio podrán alegarse conjunta o separadamente con las estipulaciones materia de la aclaración para hacer efectivos los derechos en ellas contenidos.⁶⁰⁶

En consecuencia, dichas actas, en tanto precisan las cláusulas de la convención colectiva de trabajo, constituyen un acuerdo bilateral vinculante y por lo mismo expresan una

603 En la sentencia de casación, junio 20 de 1994. Radicación 6564. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio se expresa: “Y tiene razón el impugnante, la cláusula 2ª del capítulo VI de la convención colectiva suscrita el 28 de enero de 1981 es clara y por lo tanto la denominada ‘acta adicional aclaratoria’ no se propuso hacerla más inteligible sino que su propósito fue el de modificarla, lo cual es inadmisibles jurídicamente por ese medio puesto que ya había sido suscrita por las partes y debidamente depositada ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tal y como lo ordena el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo; así perfeccionada su vigencia se hizo realidad convirtiéndola en ley para las partes, de imperativo cumplimiento mientras no fuere anulada, irreversible desde el punto de vista jurídico y sólo modificable a través de otra convención colectiva con el lleno de todos los requisitos legales o mediante laudo arbitral, o por el mecanismo de la revisión consagrado en el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo.”

604 El Convenio 154 de la OIT, hecho en Ginebra el 24 de junio de 1981, entiende por negociación colectiva “todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de a) Fijar las condiciones de trabajo o empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

605 En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección . Segunda de noviembre 14 de 1991 se hace referencia a la representación de los trabajadores por los sindicatos.

606 Sentencia C- 009/94: “El elemento normativo de la convención se traduce en una serie de disposiciones, con vocación de permanencia en el tiempo, instituidas para regular las relaciones de trabajo individual en la empresa; en virtud de dichas disposiciones se establecen anticipadamente y en forma abstracta las estipulaciones que regirán las condiciones individuales para la prestación de los servicios, esto es, los contratos individuales de trabajo. Las cláusulas convencionales de tipo normativo constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo y, en tal virtud, contienen las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de los trabajadores, como también, las obligaciones que de modo general adquiere el patrono frente a la generalidad de los trabajadores, vgr., las que fijan la jornada de trabajo, los descansos, los salarios, prestaciones sociales, el régimen disciplinario, o las que establecen servicios comunes para todos los trabajadores en el campo de la seguridad social, cultural o recreacional”.

forma válida de prolongación de la negociación colectiva⁶⁰⁷ con la finalidad única de aclarar las estipulaciones confusas o ambiguas. Así como, por principio, ninguna de las partes en la convención o en el acta aclaratoria puede ser compelida a contraer obligaciones por imposición unilateral, de igual forma está vedado dejar de aplicarlas por la voluntad de uno de los contratantes. De lo anterior se colige que, una vez suscrita el acta aclaratoria o adenda, se ha expresado la voluntad real de quienes llegaron al acuerdo colectivo, para dar paso a una aplicación consensuada y acorde con la intención contractual que no fue fielmente reflejada en su oportunidad.

Por tanto, del alcance de tales actas es predicable la noción jurídica de la convención colectiva que *“es un contrato por su origen, ya que requiere acuerdo de voluntades entre las partes que la celebran. Pero, en cuanto a sus efectos -ya que son obligatorias para las partes y en ocasiones para terceros-, tienen valor de leyes. De ahí la frase de Carnelutti que tienen cuerpo de contrato⁶⁰⁸ y alma de ley”⁶⁰⁹.*

De esta manera, precisado el sentido de las cláusulas y definida la intención de los contratantes mediante la suscripción de las actas aclaratorias o adendas a la convención colectiva, ellas adquieren plena validez como se desprende de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.⁶¹⁰

Esa misma Sala, en sentencia del 11 de febrero de 2000 manifestó:

“También cabe recordar que por imperativo legal los contratos y convenios entre particulares - y la convención colectiva de trabajo no es otra cosa diferente a un acuerdo de voluntades sui generis - deben interpretarse atendiéndose más a la intención que tuvieron quienes los celebraron, si dicha intención es claramente conocida, que a las palabras de que se hayan servido los contratantes. Esta regla de interpretación de los acuerdos de voluntad está expresada en el artículo 1618 del Código Civil, y aun cuando referida en principio a los contratos de derecho común, también debe ser tomada en consideración por los jueces del trabajo en la medida en que no pugne con los principios generales protectores del derecho del trabajo; y por ello no puede el juez en estas materias apartarse de lo literal de las palabras para imponerle a las partes obligaciones que van más allá del texto normativo, salvo que claramente aparezca que la intención de quienes celebraron la convención colectiva fue diferente”.

Estas las razones por las cuales no es de recibo desligarse de modo unilateral de las obligaciones adquiridas en desarrollo de la negociación colectiva y vertidas en cláusulas convencionales que luego son objeto de aclaración por las mismas partes que suscribieron la convención colectiva, mediante actas denominadas adendas o actas aclaratorias o adicionales, ni aún cuando se las considere ilegales. En este caso,

607 Sent. C-009/94: “El derecho colectivo de trabajo se presenta en el ámbito constitucional, como el derecho regulador de una esfera de libertad en cabeza de los patronos y los trabajadores, originada especialmente en el reconocimiento constitucional de los derechos al trabajo, a la asociación sindical, a la negociación colectiva y a la huelga, para que unos y otros, en forma organizada, contribuyan a la solución pacífica de los conflictos laborales, y promuevan y realicen la defensa de los derechos e intereses que le son comunes, según la particular situación que ocupan en la empresa, y las relaciones que surgen de sus condiciones de dadores o prestadores de trabajo.”

608 La convención colectiva a la luz del art. 467 no es mas que un contrato. V. Sentencia C. S. de J. Sala de Casación Laboral del 21 de febrero de 1990. M. P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

609 GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO. 3ª. Ed. 1986. Editorial Temis, p. 228.

610 La intención de las partes puede deducirse, de varias maneras, entre ellas, de la aplicación práctica que del contrato hayan hecho las partes o una de ellas con el beneplácito de la otra, así como de otras manifestaciones provenientes de los contratantes, todo lo cual debe ser valorado por el juez.

a fin de determinar si tales acuerdos efectivamente infringieron el ordenamiento jurídico – v. gr. por considerar que modificaron la convención –, es necesario acudir al juez ordinario laboral quien está facultado para pronunciarse acerca del contenido, vigencia, cumplimiento y legalidad de la convención colectiva así como de las actas aclaratorias o, como se verá a continuación, intentar otros mecanismos procesales.

Lo que ha sido producto de la manifestación bilateral de la voluntad de los representantes de la entidad y de los trabajadores, puesta de manifiesto por escrito mediante actas aclaratorias, cuyo poder normativo se entiende incorporado a la convención colectiva de trabajo⁶¹¹, no es susceptible de desconocimiento o inaplicación unilateral.⁶¹²

Todo por cuanto las actas aclaratorias o adendas no producen efectos jurídicos vinculantes por fuera del ámbito normativo de la convención colectiva sino que los tiene por razón de ella, de modo que los derechos de los trabajadores derivan directamente de la convención y la adenda se remite a su precisión. No obstante, es preciso aclarar que el principio de consensualidad no es ilimitado, pues el marco de procedencia del acuerdo está necesariamente determinado por la existencia de cláusulas ambiguas u oscuras que requieren ser precisadas para su cabal aplicación.

Ahora, si los representantes de la entidad, en desarrollo de la autonomía de la voluntad relativa con que cuentan, excedieron el alcance de las atribuciones de que estaban investidos al suscribir los acuerdos contenidos en las actas aclaratorias o adendas⁶¹³, ninguna facultad exorbitante les reconoce la ley para sí y ante sí, unilateralmente, dejar sin efectos los acuerdos suscritos con los representantes de los trabajadores o inaplicables.

Descartada la posibilidad de inaplicar las actas aclaratorias o adendas, procede la Sala a referirse a los mecanismos legales de extinción de los efectos jurídicos de las actas aclaratorias o adendas.

1. Demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Es preciso advertir que del cuestionamiento de la legalidad de la adenda o acta aclaratoria surge una controversia de carácter estrictamente jurídico colectivo⁶¹⁴ que en principio sólo puede dilucidarse acudiendo al juez natural, el laboral ordinario⁶¹⁵.

611 Sent. T- 367/03: “La convención colectiva de trabajo se caracteriza por ser un contrato principal, bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y solemne, que vincula a un patrono o asociación de tipo patronal y a un sindicato o asociación de tipo laboral, obligando a las partes a cumplir con lo pactado. Siendo el resultado de un acuerdo celebrado entre quienes representan al patrono y a los trabajadores, las cláusulas pactadas regirán los contratos individuales de trabajo durante un determinado lapso.”

612 En los términos del artículo 19 del C. S. T. los principios de derecho común acordes con los del derecho del trabajo se aplican supletoriamente en materia laboral y conforme al artículo 1602 del Código Civil “todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales”. El profesor HERNAN SALAMANCA, luego de citar el artículo 1602 expresa: “Dentro de las teorías que se han aceptado para explicar la obligatoriedad del contrato parece la mas adecuada la denominada unidad contractual, pues ya vimos que todo contrato es un acuerdo de dos voluntades. En el contrato la autonomía de los contratantes desaparece, ya que la misma ley le comunica obligatoriedad. La obligación es el producto de la voluntad de los contratantes de cuya conjugación resulta el fenómeno jurídico denominado consentimiento que es la base fundamental del derecho contractual”. Curso IV, Contratos, Universidad Externado de Colombia. Reimpresión, 1983, p. 3.

613 Arts. 6° y 121 de la C. P.

614 . El conflicto jurídico es de naturaleza individual si afecta los derechos individuales de una o más personas y colectiva si lo hace respecto de los derechos de una colectividad de trabajadores.

615 Desde la expedición del Código Procesal del Trabajo – decreto legislativo 2158 de 1948, adoptado como legislación permanente por decreto ley 4133 del mismo año- se dispuso que la jurisdicción laboral ordinaria sólo conociera de los conflictos jurídicos.

Dispone el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001:

“Artículo 2º. Competencia general. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo”.

Los conflictos jurídicos se suscitan por discrepancias en la aplicación, interpretación o alcance de normas positivas que consagran o reconocen derechos, tales como los Convenios Internacionales, la Constitución Política, la ley, los decretos, la convención, el pacto colectivo, los laudos, el reglamento de trabajo, los contratos individuales de trabajo y, dado su valor normativo, también las actas aclaratorias; se diferencian de los conflictos económicos o “de intereses”, cuya finalidad es discutir y acordar entre las partes, patronos y trabajadores, las condiciones de trabajo, que se inician con la presentación del pliego de peticiones de los trabajadores, y que es integrado por los puntos en él contenidos y por los de la denuncia del empleador, si la hubiere, que deben discutirse en una etapa de arreglo directo, a la que le sucede la huelga, salvo en los servicios públicos esenciales, si no hay acuerdo, y que terminan mediante la suscripción de una convención colectiva, pacto colectivo o un laudo arbitral.⁶¹⁶

2. Convocatoria de un Tribunal de arbitramento voluntario.

Conforme al artículo 130 del Código Procesal del Trabajo los patronos y los trabajadores podrán estipular que las controversias que surjan entre ellos, por razón de sus relaciones de trabajo, sean dirimidas por árbitros. El artículo 131 ibídem, modificado por el art. 51 de la ley 712/01⁶¹⁷, establece que la cláusula compromisoria sólo tendrá validez cuando conste en convención o pacto colectivo, y el compromiso cuando conste en cualquier otro documento otorgado por las partes con posterioridad al surgimiento de la controversia.

En este orden de ideas, si en las convenciones colectivas está prevista la cláusula compromisoria para resolver los conflictos jurídicos, podrá acudir a árbitros. En desarrollo de la cláusula compromisoria - o del compromiso -, se deroga la competencia del juez natural para conocer del asunto y se inviste de jurisdicción a los árbitros, quienes habrán de fallar en derecho - *secundum jus* -.

El artículo 15 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 10 de la Ley 712 de 2001 establece:

“Artículo 15. Competencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. (...)

B– Las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen: (...)

616 En el conflicto jurídico o de ‘derecho’ se controvierte la aplicación o interpretación de una norma preexistente, mientras que el de ‘intereses’ o económico busca variar la normatividad existente, bien sea creando una nueva norma, modificando una ya acordada o suprimiendo otra que regía las relaciones entre las partes.

617 V. 330/00Sent. C- 878/05

2. Del recurso de anulación de los laudos proferidos por tribunales de arbitramento que decidan conflictos de carácter jurídico.

A su vez el artículo 139 del Código Procesal del Trabajo ⁶¹⁸— compilado en el decreto 1818 de 1998, art. 191 ⁶¹⁹-, dispone:

“Procedimiento establecido en convenciones colectivas. Cuando en una convención colectiva las partes estipulen el establecimiento de tribunales o comisiones de arbitraje de carácter permanente se estará a los términos de la convención, en todo lo relacionado con su constitución, competencia y procedimiento para la decisión de las controversias correspondientes, y sólo a falta de disposición especial se aplicarán las normas del presente capítulo.

Este precepto no merece comentario adicional distinto al de que en la convención colectiva puede establecerse tribunales especiales para desatar controversias determinadas o un tribunal permanente.

3. Denuncia de la convención

El artículo 14 del decreto legislativo 616 de 1954, modificó los alcances de la denuncia de la convención colectiva, consagrados en el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo de 1950. Según su mandato, las partes, empleador y sindicato, deben manifestar su intención de dar por terminada la convención colectiva de trabajo, si no lo hacen se prorrogará de seis en seis meses y, si lo efectúan dentro de los 60 días anteriores a la expiración de su vigencia, se entenderá prorrogada hasta que se suscriba una nueva.

Muchas han sido las posturas jurisprudenciales, no sobre el derecho que asiste a las partes para proceder a la denuncia, sino sobre el efecto de la que haga el empleador para establecer si sus puntos hacen o no parte del conflicto colectivo, es decir si deben ser negociados entre las partes en el arreglo directo y en caso de no darse un acuerdo si el Tribunal de Arbitramento tiene la facultad de pronunciarse sobre ellos. La postura adoptada en los últimos tiempos por la Corte Suprema de Justicia es que la denuncia del empleador sí hace parte del conflicto colectivo y, por ende, cuando uno de ellos desee suprimir o modificar una disposición de la convención colectiva debe proceder a denunciarla dentro de los 60 días anteriores a la expiración de su vigencia, que en últimas, en el laudo arbitral, si no ha habido acuerdo, se toma la decisión de acceder o no a esas aspiraciones. Pero la denuncia sólo procederá si se inicia el conflicto colectivo que solo lo puede ser con la presentación, por parte del sindicato o de los trabajadores, de un pliego de peticiones. Es decir, el empleador con la sola denuncia no puede iniciar el conflicto colectivo y ella solo operará en el evento de que los trabajadores hayan presentado el pliego de peticiones.

Los árbitros que profieren laudo con el que se finiquita un conflicto de ‘intereses’ o económicos no pueden pronunciarse sobre la legalidad o no de una cláusula convencional, o de una aclaración, pues invadirían la órbita de competencia de los jueces, o de los árbitros de conflictos jurídicos producto de cláusula compromisoria. En el laudo del conflicto de ‘intereses’ los árbitros tienen amplia facultades para fallar en equidad y con base en ella decidirán si suprimen o modifican la cláusula denunciada por el empleador.

618 Declarado exequible: Sent. 330/00.

619 Decreto 1818 de 1998,830 “Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos,”

En las entidades o empresas donde se pacten cláusulas favorables a los trabajadores en las convenciones colectivas, y por lógica aclaraciones a ellas, puede el empleador denunciarlas dentro de los 60 días anteriores a su expiración para que se supriman o modifiquen, como en el caso de la adenda, y si en la mesa de negociaciones no es posible un acuerdo sobre esos tópicos, el Tribunal de arbitramento, en equidad, negará o concederá ese pedimento. Pero si la postura del empleador se reduce a considerar ilegal la cláusula convencional, o su aclaración, no puede acudir al mecanismo de la 'denuncia' sino que deberá demandarla ante el juez de trabajo, o si está pactado en cláusula compromisoria, ante un tribunal de arbitramento declinatorio de competencia. para obtener el respetivo pronunciamiento o condena.

Además, en las empresas o entidades del orden nacional, suprimidas o disueltas y en proceso de liquidación es absolutamente obvio que no pueden recurrir al mecanismo de la denuncia de la convención colectiva porque no podrán negociar el pliego de peticiones de los trabajadores que implicaría la suscripción de una convención o de un pacto colectivo, porque no se iniciaría el conflicto colectivo, tal como lo ha preceptuado el literal f) del artículo 2° del decreto 254 de 2000 y solamente puede demandarlas por ilegalidad ante el Juez de Trabajo o ante el Tribunal voluntario convocado en virtud de cláusula compromisoria.

Dispone la norma en cita:

“Artículo 2o. Iniciación del proceso de liquidación..El proceso de liquidación se inicia una vez ordenada la supresión o disolución de una de las entidades a las cuales se refiere el artículo 1o. del presente decreto. El acto que ordene la supresión o liquidación dispondrá lo relacionado con las situaciones a que se refiere el parágrafo primero del artículo 52 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, en dicho acto o posteriormente, podrá disponerse que la liquidación sea realizada por otra entidad estatal que tenga dicho objeto. Igualmente podrá establecerse que la liquidación se realice por una entidad fiduciaria contratada para tal fin o contratarse con una de dichas entidades la administración y enajenación de los activos.

La expedición del acto de liquidación conlleva (...)

f) La prohibición expresa al representante legal de la entidad de realizar cualquier tipo de actividades que impliquen la celebración de pactos o convenciones colectivas o cualquier otro acto que no esté dirigido a la liquidación de la entidad. Esta prohibición opera a partir de la expedición del decreto que ordena la disolución y liquidación de la entidad;”.

RESPONDE LA SALA:

1.- Las actas aclaratorias o adendas a las convenciones colectivas constituyen un acuerdo de voluntades suscrito entre los representantes de la empresa y los de los trabajadores para aclarar cláusulas oscuras, ambiguas o confusas, cuyo poder vinculante deriva de la convención colectiva de trabajo suscrita entre las mismas partes que por tal procedimiento se precisa y por tanto no son susceptibles de ser inaplicadas unilateralmente por la administración.

2. No es viable jurídicamente inaplicar unilateralmente las actas aclaratorias o adendas a las convenciones colectivas. A fin de dilucidar su conformidad con el

ordenamiento jurídico puede intentarse demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral o convocarse un tribunal de arbitramento, en los términos señalados en la parte motiva de este concepto.

Transcribase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

SALVAMENTO DE VOTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala de Consulta y Servicio Civil, me aparto del anterior concepto, en síntesis por dos razones:

Primero: porque considero que la Sala debió definir el tema preguntado como lo había hecho sin ambages en los conceptos Nos. 960 de 1998 y 1390 del 2002, y

Segundo: porque la inaplicación de una regla de derecho (llámese ley, reglamento, contrato, convención de trabajo, o adenda) no puede calificarse en absoluto como una “facultad exorbitante” de los funcionarios, sino que es una técnica de solución de los conflictos entre normas contradictorias de distinto rango, de estirpe y aplicación más que centenaria, establecida en el artículo 12 de la ley 153 de 1887.

Como la ponencia presentada por el suscrito consejero fue negada y en su lugar se aprobó mayoritariamente aquella de la que disiento, siguiendo la tradición, transcribo en este salvamento el proyecto rechazado, que desarrolla ampliamente los dos temas enunciados al comienzo de este escrito.

Dice así la ponencia redactada por el suscrito:

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, consulta a la Sala el procedimiento para inaplicar las adendas convencionales suscritas por TELECOM y CAPRECOM con los Sindicatos de sus trabajadores, con base en los conceptos que bajo las Radicaciones Nos. 960 de 1998 y 1.390 del 2002 emitiera esta Sala a solicitud de los Ministerios de Comunicaciones y de la Protección Social, respectivamente, sobre el régimen pensional de los servidores públicos del sector de Comunicaciones, entre ellos los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, por cuanto en el concepto 1.390, se respondió que “no es procedente revivir, mediante adenda a las convenciones colectivas de trabajo, modalidades pensionales derogadas, ni fijar por esta vía el régimen anterior” para efectos del régimen de transición de la citada ley 100 de 1993.

Manifiesta el señor Ministro que no obstante la claridad de las respuestas, “las entidades competentes para el reconocimiento de las pensiones de los servidores de Telecom se han visto enfrentados a una dificultad que se deriva de dos conceptos: primero, la presunción de legalidad que ampararía la adenda mientras no sea anulada o suspendida, y segundo, la naturaleza de contrato colectivo que tiene la adenda y que la convierte en ley para las partes, suficiente en sí misma y de obligatorio e inmediato cumplimiento.”

El Magistrado Ponente solicitó que se allegaran las convenciones colectivas y la adenda referidas en la consulta. Al atender esta petición, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público observó que la adenda citada en el concepto 1.390 del 2002 fue la suscrita entre

CAPRECOM y el Sindicato de sus trabajadores, y no la de TELECOM que es la mencionada en el escrito inicial de la actual consulta, por lo cual dio alcance a esta última, explicando que tanto en TELECOM como en CAPRECOM se firmaron adendas que “buscaban aclarar” el régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993 y en consecuencia reformuló la primera de las preguntas planteadas a la Sala.

De conformidad con la consulta inicial y su adición, se interroga a la Sala en los siguientes términos:

“1. ¿ Teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas expuestas por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 1390 de 2002, cuál es el procedimiento a seguir para inaplicar la adenda aclaratoria a la convención colectiva celebrada entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, y el Sindicato de Trabajadores de Telecom y a la celebrada entre la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom y sus trabajadores para dar alcance al artículo 2 de la convención colectiva de trabajo 1.996-1.997 y al artículo 38 de la convención colectiva de trabajo 1.997-1.998, respectivamente?”

“2. ¿Debe demandarse la adenda y por qué vía, o existe un mecanismo por el cual pueda inaplicarse al expedirse los actos administrativos de reconocimiento?”

CONSIDERACIONES:

La consulta que en esta oportunidad se formula surge de las inquietudes que genera la conclusión del concepto 1.390 del 2002 al ser confrontada con la presunción de legalidad y la connotación de ser ley para las partes, que se atribuyen a las adendas convencionales firmadas por TELECOM y CAPRECOM con sus respectivos sindicatos de trabajadores.

La razón de la consulta hace necesario analizar si, en general, las llamadas “adendas” o “actas adicionales” o “actas aclaratorias”, u otra denominación que adopten las partes empleador y sindicato, para identificar un acuerdo que hace referencia a una convención colectiva, tienen la virtualidad de modificar la cláusula convencional o la convención colectiva de que tratan, o si, por el contrario, no pueden ir más allá de aclararlas o interpretarlas; y si, en particular las adendas suscritas por TELECOM y CAPRECOM, sobre las que versa la consulta, al referirse al régimen pensional vigente el 1º de abril de 1994 para los trabajadores beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, estaban “aclarando” normas convencionales en materia de pensiones como dice su texto literal, o en realidad estaban creando un nuevo régimen pensional y si este efecto fue jurídicamente logrado. Las conclusiones en los puntos enunciados permitirán definir el mecanismo de inaplicación de las adendas consultadas.

1. Las convenciones colectivas de trabajo. Sus modificaciones y sus aclaraciones

El Código Sustantivo de Trabajo⁶²⁰, define la convención colectiva de trabajo como “la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y

620 Artículos 467 y ss.

uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.”⁶²¹

En el ordenamiento laboral, la convención colectiva es el resultado de una “negociación colectiva” que por vía de arreglo directo pone fin al “conflicto colectivo” que inician los representantes de un Sindicato debidamente autorizados por la asamblea general de los afiliados, presentando el “pliego de peticiones”⁶²², el cual, en términos generales busca superar los derechos mínimos que la ley reconoce a los trabajadores, así como acordar las relaciones generales de trabajo y las obligaciones entre las partes suscribientes. La negociación colectiva es un procedimiento reglado por la ley que a partir de la Constitución Política de 1991⁶²³ se elevó a rango superior como el derecho a regular las relaciones laborales.

Con apoyo en la definición legal, la jurisprudencia y la doctrina distinguen en las convenciones colectivas, (i) el elemento normativo, integrado por las disposiciones reguladoras de las relaciones individuales de trabajo en la empresa, “que establecen anticipadamente y en forma abstracta las estipulaciones que regirán las condiciones individuales para la prestación de los servicios” expresadas en “obligaciones concretas” del empleador con cada uno de sus trabajadores; (ii) el elemento obligatorio, conformado por “las cláusulas que señalan deberes u obligaciones recíprocos de las partes, destinadas a asegurar la efectividad de las normas convencionales, como son por ejemplo, las cláusulas que establecen las comisiones o tribunales de conciliación y arbitraje, las que fijan sanciones por la violación de las estipulaciones que constituyen la parte normativa, o las que establecen mecanismos para garantizar la libertad sindical”; y (iii) “las regulaciones de orden económico, que atañen a las cargas económicas que para la empresa representan las diferentes estipulaciones de la convención, frente a los trabajadores en particular o ante la organización sindical.”⁶²⁴

Por el contenido propio de la convención colectiva, ésta se considera como una fuente formal del derecho que, sin tener el alcance de la ley pues sólo regula relaciones interpartes, sí tiene la posibilidad de fijar las condiciones del trabajo subordinado, incorporándose a los contratos individuales de trabajo y definiendo las relaciones colectivas en la empresa de que se trate⁶²⁵.

La convención colectiva es un acto jurídico solemne, y las formalidades que debe revestir son “ad substantiam actus” por disposición del legislador contenida en el artículo 469 del Código Laboral, a cuyo tenor:

“Forma. La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de

621 C.S.T, art. 467, Exequible la expresión “durante su vigencia”, Corte Constitucional, Sentencia C-009-94 (enero 20) Exp. D- 347, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

622 C.S.T, Arts. 432 a 436

623 Constitución Política, Art. 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. / Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

624 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-009-94, M.P., Antonio Barrera Carbonell; C-1050-01 (octubre 4), Exp. D-3394, demanda contra art.14 Decreto 616/54, art. 458, C.S.T., y art. 1º, Ley 141/61, M.P. Manuel José Cepeda.

625 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU.1185-01, ya citada.

Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.” (Resalta Sala).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, y de la Corte Constitucional, son unívocas en el sentido de señalar que:

“El legislador, al exigir que se presente por escrito y se surta el “necesario” depósito de la convención, la está revistiendo de las formalidades propias de un acto solemne, en el sentido de que si no se cumplen con las mismas, el acto jurídico laboral (convención colectiva) carece de efecto alguno en lo que se refiere a terceros y a las mismas partes... Por ello la existencia de un derecho convencional no puede acreditarse por otro medio probatorio diferente a la misma convención, pues su naturaleza y las características propias de los actos solemnes lo impiden.”⁶²⁶

En cuanto a la posibilidad de modificación de las convenciones colectivas, el Código Laboral consagra los institutos de la denuncia o desahucio⁶²⁷ y de la revisión. La primera es la facultad de las partes para expresar su inconformidad con la convención colectiva vigente, que puede dar inicio a la negociación colectiva si el Sindicato presenta el respectivo pliego de condiciones, pero la convención continúa vigente hasta cuando se firme una nueva. La segunda está instituida para cuando sobrevengan “imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica” que afecten el equilibrio en las cláusulas de contenido económico, que entonces podrán ser modificadas por acuerdo entre las partes o por decisión judicial.⁶²⁸

Aunque el ordenamiento legal nada dice al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido y dado valor a los “acuerdos que suscriben las partes para aclarar cláusulas confusas u oscuras de una convención colectiva”, así no cumplan con todas las formas sustanciales que dan eficacia a la convención colectiva. Como ejemplo se citan los siguientes pronunciamientos:

*“Aun cuando las razones antes expresadas le impidan a la Corte casar la sentencia, quiere reiterarse que la jurisprudencia que **la Sala Plena de Casación Laboral tiene sentada sobre el punto, le reconoce pleno valor a las aclaraciones y precisiones que las partes de una convención colectiva de trabajo dejan consignadas en las actas que conjuntamente suscriben con posterioridad al convenio normativo de condiciones generales de trabajo. En lo que no ha habido uniformidad de criterio es frente a los acuerdos modificatorios de tales convenios...** (Resalta la Sala).⁶²⁹*

*“Es patente entonces que en la decisión acusada el fallador le da a la ley una inteligencia que no corresponde, **al admitir la posibilidad de que quienes suscriben el convenio colectivo también están***

626 Corte Constitucional, Sentencia SU.1185/01 (13 de noviembre), Exp. T-373.655, M.P., Rodrigo Escobar Gil; que incluye la cita de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el sentido expresado.

627 C.S.T., Artículo 479 (modificado por el artículo 14 del Decreto 616 de 1954) “Denuncia. 1. Para que sea válida la manifestación escrita de dar por terminada una convención colectiva de trabajo, si se hace por una de las partes, o por ambas separadamente, debe presentarse por triplicado ante el Inspector del Trabajo del lugar, y en su defecto, ante el Alcalde, funcionarios que le pondrán la nota respectiva de presentación, señalando el lugar, la fecha y la hora de la misma. El original de la denuncia será entregado al destinatario por dicho funcionario, y las copias serán destinadas para el Departamento Nacional de Trabajo y para el denunciante de la convención. / 2. Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención.”

628 C.S.T., Artículo 480. “Revisión. Las convenciones colectivas son revisables cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la revisión fundada en tales alteraciones, corresponde a la justicia del Trabajo decidir sobre ellas; y entretanto estas convenciones siguen en todo su vigor.”

629 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, Radicación 6992, Acta 61, 22 de noviembre de 1994, M.P. Rafael Méndez Arango.

facultados para modificarlo posteriormente. Y ello fue precisamente lo que ocurrió en el sub-examine, pues frente a situaciones fácticas analizadas en la decisión materia de este recurso extraordinario, las que no controvierte el censor, el ad-quem, no se limitó simplemente con el “acta adicional aclaratoria” a darle un mejor entendimiento a una cláusula de la convención colectiva, que podía ser confusa u oscura, no, esa misma corporación, haciendo suya la transcripción de otra providencia, acepta que hubo una modificación de dicha cláusula, la que fue sustancial, pues se varió radicalmente la forma de liquidar la cesantía de los trabajadores vinculados a esa entidad, dándole, en consecuencia un alcance equivocado al artículo 435 del C.S.T630., invocado por la censura. / Desquiciado ese soporte del fallo, queda sin piso el sustento hermenéutico del Tribunal, que creyó haber encontrado en los principios por él invocados como fundamento de la posibilidad de modificación de lo pactado entre las partes y depositado ante el Ministerio del Trabajo. / **Debe anotarse, sin embargo, que cuando se trata de simples aclaraciones de las convenciones, por ser éstas oscuras o confusas, la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte, las ha aceptado.**⁶³¹ (Resalta la Sala).

De lo hasta aquí expuesto es claro que las convenciones colectivas son actos jurídicos solemnes de naturaleza contractual, que la ley laboral regula tanto en el procedimiento para su formación y modificación, como en la forma, y que ésta es sustancial al acuerdo de voluntades, al punto que de no observarse los requisitos formales, dicho acuerdo no produce efectos. Y que por vía de interpretación jurisprudencial, es factible la celebración de acuerdos para facilitar la aplicación de las cláusulas convencionales, aunque ellos no reúnan las formalidades exigidas en el artículo 469 del C.S.T.

II. Las adendas convencionales suscritas en TELECOM y CAPRECOM

Los textos allegados con la consulta son del siguiente tenor (las negrillas son de la Sala):

a) TELECOM:

“ADDENDA AL ARTICULO 2º DE LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO 1996-1997”. “Las partes suscribientes de la presente addenda **dan alcance al artículo 2º de la convención colectiva 1996-1997**, suscrita entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, con el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, SITTELECOM, y el Sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones, ATT, **con el objeto de aclarar que TELECOM reconoce a los trabajadores** cobijados por el régimen de transición establecido en el inciso 2º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, vinculados a la Empresa antes de la vigencia del Decreto 2123 de 1992, **las siguientes modalidades de pensión:**

1. El trabajador que haya llegado o llegue a los 50 años de edad, después de 20 años de servicios continuos o discontinuos.
2. El trabajador oficial que haya servido 25 años, sin consideración a su edad.

630 Artículo 435. Acuerdo. (Modificado por el artículo 2o. de la Ley 39 de 1985) Los negociadores de los pliegos de peticiones deberán estar investidos de plenos poderes, que se presumen, para celebrar y suscribir en nombre de las partes que representan los Acuerdos a que lleguen en la etapa de arreglo directo, los cuales no son susceptibles de replanteamiento o modificaciones en las etapas posteriores del conflicto colectivo. / Si se llegare a un Acuerdo total o parcial sobre el pliego de peticiones, se firmará la respectiva convención colectiva o el pacto entre los trabajadores no sindicalizados y el {empleador}, y se enviará una copia al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por conducto del inspector respectivo. / Los Acuerdos que se produzcan en la primera etapa del Trámite de negociación se harán constar en Actas que deberán ser suscritas a medida que avancen las conversaciones y que tendrán carácter definitivo.

631 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicación 8236, Acta No. 21, 24 de mayo de 1996, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Los trabajadores en los cargos denominados de excepción tendrán derecho a la pensión de jubilación a los 20 años de servicio sin consideración a la edad, y en los términos del Decreto 1835 de 1994.

La presente adenda no constituye modificación al régimen especial ni excepcional de pensiones actualmente vigente en TELECOM.”

b) CAPRECOM:

*“Addenda al artículo No. 38 de la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998. Las partes suscribientes de la presente adenda, **dan alcance al artículo 38 de la convención colectiva de trabajo 1.997-1.998**, suscrita entre la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EPS, Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional y el Sindicato de Trabajadores de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones SINTRACAPRECOM **con el objeto de aclarar que CAPRECOM continuará reconociendo a los trabajadores oficiales, vinculados a 31 de marzo de 1994 y que se encuentren en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, las siguientes modalidades de pensión acorde con las leyes 28 de 1.943, 22 de 1.945, 33 de 1.985 y los decretos 2661 de 1.960 y 1111 de 1.998, en cuanto a tiempo de servicio y monto:***

La presente adenda no constituye modificación al régimen especial ni excepcional de pensiones actualmente vigente, como Entidad del Sector de Comunicaciones, en el mismo sentido, no constituye una erogación adicional al presupuesto de la Entidad por concepto de reconocimiento de pensiones.”

Con relación a los requisitos de forma, los documentos allegados con la consulta dan cuenta de que las adendas no fueron depositadas en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La ausencia de este depósito limita sus efectos, de manera que por este aspecto sólo pueden ser consideradas como aclaraciones de las cláusulas convencionales a las que hacen referencia, lo cual es concordante con el tenor literal de su texto.

“Vigencia de normas preexistentes : Quedan vigentes las normas existentes que consagren derechos en beneficio de SITTELECOM de ATT y de los trabajadores de la Empresa, que consten por escrito en la Constitución Nacional, leyes, decretos, contratos individuales, convención colectiva, las cuales quedan incorporadas a esta convención en cuanto no resulten modificadas por ésta”.

Como se lee, es una norma que hace referencia general a las disposiciones legales y convencionales que para entonces estuvieran regulando derechos de los trabajadores; como las pensiones son uno de estos derechos, debe entenderse que el texto transcrito las incluye, pero la misma redacción del artículo muestra que las partes no pactaron un régimen especial. En la convención colectiva inmediatamente anterior⁶³², solamente se había incluido en el artículo 27 la “forma de liquidación de la pensión de vejez” para los trabajadores que “al entrar en vigencia el Sistema de Pensiones de que trata la Ley 100 de 1993, tengan 35 años o más si son mujeres o 40 o más si son hombres, o 15 o más años de servicio...”; de modo que en cuanto a requisitos de tiempo y edad, no había en TELECOM norma *convencional* preexistente a la convención colectiva 1.996-1.997.

632 TELECOM y SITTELECOM, convención colectiva 1.994-1.995, firmada el 18 de febrero de 1994, con vigencia de dos años contados entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1995.

En CAPRECOM, la convención colectiva 1.997-1.998⁶³³, en su artículo 38 estipula:

“Pensiones. CAPRECOM respetará los regímenes especiales de pensión definidos por ley y que forman parte del Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993. En todo caso aplicará el principio de favorabilidad.

PARAGRAFO: La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, en el compromiso de las pensiones, operará como una Entidad Administradora del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida para aquellas personas que estuviesen afiliadas a 31 de marzo de 1994, sin perjuicio de la libre elección que consagra la Ley 100 de 1993.

COMPROMISO EXTRACONVENCIONAL: CAPRECOM conjuntamente con la Organización sindical elevará una consulta al Consejo de Estado, sobre si el Régimen Especial del Sector de las Comunicaciones se aplica a CAPRECOM.”

Es de anotar que la convención 1.997-1.998 fue la *primera* convención colectiva firmada en CAPRECOM, pues así expresamente lo dejaron dicho los intervinientes en la parte final de la misma.

Se concluye así que cuando fueron firmadas las adendas, no existía un régimen convencional especial de pensiones ni en TELECOM ni en CAPRECOM.

¿Cuál era entonces el régimen de pensiones para los trabajadores de esas entidades y los regímenes especial y excepcional que las partes dijeron no modificar con las adendas?

La respuesta a esta pregunta se contiene en los conceptos emitidos bajo las radicales Nos. 960 de junio 5 de 1997, 960 (ampliación) de mayo 20 de 1998 y 1.390 de febrero 11 del 2002, en los cuales se demostró que para la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, las pensiones de los servidores públicos del sector administrativo de las comunicaciones se sujetaban a la ley 33 de 1985, como regla general, y a las leyes 28 de 1943 y 22 de 1945 y el decreto 2661 de 1960, pero sólo respecto de los cargos de excepción relacionados en esas disposiciones.

La Sala reitera ahora los fundamentos y conclusiones de los conceptos en comento, de los cuales destaca en síntesis, que el decreto ley 3135 de 1968⁶³⁴, derogó las disposiciones que le fueran contrarias (art. 43) y en el artículo 27 reguló la pensión de jubilación o vejez para los empleados oficiales del nivel nacional, consagrando un régimen general, un régimen de excepción por razón de la actividad, y suprimiendo los regímenes especiales, así:

*“Artículo 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. / **No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en***

633 CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, convención colectiva 1.997-1.998, firmada el 14 de noviembre de 1996 para el período comprendido entre esa fecha y el 13 de noviembre de 1.998.

634 Decreto ley 3135 de 1968, “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”

actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente. (Resalta la Sala).

Para el caso de TELECOM y CAPRECOM, las disposiciones del decreto ley 3135 de 1968 significaron la derogatoria del régimen especial que estaba estructurado en las leyes 28 de 1943, 22 de 1945 y el decreto 2661 de 1960, que regulaban dos modalidades: (i) edad no inferior a 50 años y por lo menos 20 años de servicios en los ramos adscritos al Ministerio de Correos y Telégrafos; (ii) 25 años de servicios, sin considerar la edad. Igualmente, el régimen de excepción por razón de la actividad, mantuvo la vigencia en dichas entidades, de la pensión con solo 20 años de servicio, establecida para los cargos de operadores de radio y de telégrafos, jefes de oficinas telegráficas o de líneas, revisores, plegadores, clasificadores, oficiales mayores de la Central Telegráfica y mecánicos de las oficinas de radio y telégrafo (art. 11, decreto 2661 de 1960).

Luego, la ley 33 de 1985, artículo 1º, modificó el régimen general unificando en 55 años para hombres y mujeres el requisito de edad, dejó igual el del tiempo servido; y en el inciso segundo del artículo en cita dispuso:

*“No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la **excepción** que la ley haya determinado expresamente, ni aquello que por ley disfruten **de un régimen especial** de pensiones.”(Resalta la Sala).*

Huelga decir que el reconocimiento que hace la ley 33 de 1985 de la existencia de regímenes especiales no revivió las modalidades especiales del sector de las comunicaciones que habían quedado derogadas por el decreto ley 3135 de 1968, pues según el mandato del artículo 14 de la ley 153 de 1887, “Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que á ella se hagan, **ni por haber sido abolida la ley que la derogó**. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.”(Resalta la Sala).

Se tiene pues que al entrar en vigencia el régimen de seguridad social en pensiones creado y organizado por la ley 100 de 1993, el “régimen anterior” de que trata esta norma al regular en el artículo 36 el régimen de transición, era, para los servidores públicos de TELECOM y CAPRECOM el general de la ley 33 de 1985 y el de excepción por la actividad, aplicable a los cargos relacionados en el artículo 11 del decreto 2661 de 1960; y no incluía las modalidades de pensiones especiales que se mencionan en las adendas analizadas en este concepto

La Sala ya se había pronunciado en este sentido en el concepto del 29 de marzo del 2001, Radicación No.1.338, al responder la consulta formulada por el Ministro de Comunicaciones sobre la aplicación del “artículo 13 de la ley 50 de 1886⁶³⁵, a los trabajadores beneficiarios de la Addenda convencional de TELECOM” o solamente a los trabajadores que tuvieran expectativa de pensión legal de acuerdo con el artículo 36 de la ley 100 de 1993; el concepto en cita expresó:

635 La ley 50 de 1886 fijaba “reglas generales sobre concesión de pensiones y jubilaciones”. En su artículo 13 consagró la equivalencia de dos años de servicios por la publicación de un texto de enseñanza o periódico pedagógico, bajo las condiciones establecidas en la misma norma. Este artículo se encuentra vigente y fue reglamentado por el Decreto 753 de 1974.

*“... es necesario señalar que el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, establece que el régimen de transición implica que a los trabajadores que se encuentren en él, se les aplica el régimen anterior al 1º de abril de 1994 ... **Del régimen anterior, en cuanto al requisito de tiempo de servicio, hace parte el artículo 13 de la ley 50 de 1886, pero no lo acordado en la addenda convencional firmada en 1998, que es posterior al 1º de abril de 1994.** / Entonces, en el caso de un trabajador que se encuentre en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100, éste puede solicitar la aplicación del artículo 13 de la ley 50 de 1886, para la pensión que le correspondería **según el régimen anterior, pero no el posterior, como sería el sistema extralegal de la addenda de 1998.**” (Se resalta).*

Cuando el Gobierno Nacional para atender el mandato del artículo 140⁶³⁶ de la ley 100 de 1993, referente a actividades de riesgo, expidió el decreto 1835 de 1994 (3 de agosto)⁶³⁷, incluyó en el artículo 10 la siguiente disposición:

*“Artículo 10. Régimen de transición especial de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM -. Los servidores públicos de TELECOM, en los cargos considerados como de excepción y que tenían un régimen especial de jubilación, vinculados a esa entidad al momento de transformarse en empresa industrial y comercial del estado, se les aplicarán íntegramente las normas especiales en materia pensio-
nal vigentes a esa fecha, con el límite señalado en el artículo 14 de este decreto. / Los demás servidores públicos de esta entidad se regirán por la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos.”*

Encuentra la Sala pertinente hacer un señalamiento adicional a lo dicho, referente a la naturaleza jurídica de TELECOM y CAPRECOM y su régimen laboral.

Como consecuencia de la reestructuración ordenada por el Decreto 2123 de 1992 (diciembre 29)⁶³⁸, TELECOM fue transformado de establecimiento público en empresa industrial y comercial del estado y sus servidores pasaron “a ser automáticamente trabajadores oficiales”, con excepción de los cargos relacionados en el artículo 5º *ibidem*. Iguales disposiciones se adoptaron para CAPRECOM mediante la ley 314 de 1996.⁶³⁹

Por esta circunstancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia comenzó a conocer de las demandas contra TELECOM y CAPRECOM en las cuales se ha pretendido el reconocimiento de la pensión de jubilación con aplicación del régimen especial de

636 Ley 100 de 1993, Art. 140. “Actividades de alto riesgo de los servidores públicos. De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos. / El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.” Exequible, Sentencia C-003-96 (enero 18) Exp. No. D-845, M.P. Hernando Herrera Vergara.

637 El decreto 1835 de 1994 fue derogado por el artículo 11 del decreto 2090 del 18 de julio del 2003. Este decreto 2090 no contiene excepción alguna referida a entidades, servidores o actividades del sector de comunicaciones.

638 Expedido en ejercicio de las atribuciones del art. 20 transitorio de la C.P. Art. 5º: “Régimen de los empleados. En los estatutos internos de la empresa se determinarán los cargos que serán desempeñados por empleados públicos, en todo caso quienes desempeñen las funciones de Presidente, Vicepresidente, Secretario General, Director de Ofician, Director del Instituto Tecnológico de Capacitación, ITEC, Gerente de Servicios, Gerente Regional, Asistente y Jefe de la División, tendrán la calidad de empleados públicos. Los demás funcionarios vinculados a la planta de personal a la fecha de reestructuración de la Empresa pasarán a ser automáticamente trabajadores oficiales.”

639 Ley 314 de 1996 (agosto 20), Por la cual se reorganiza a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 42.860 (22 de agosto de 1996). Art. 12. “Clasificación de los servidores públicos de CAPRECOM. Quienes desempeñen los cargos de Director General, Secretario General, Directores Regionales, y Jefes de División, serán empleados públicos. Los demás servidores públicos vinculados a la planta de personal existentes a la fecha de promulgación de la presente ley, pasarán a ser trabajadores oficiales.”

las leyes 28 de 1943 y 22 de 1945, incluso por servicios en cargos diferentes a los sujetos al régimen de excepción por actividad. Esa Corporación ha sostenido invariablemente:

“... Debe entenderse entonces que el Decreto ley 3135 de 1968, al unificar los requisitos para pensionarse de los empleados públicos y trabajadores oficiales de la rama ejecutiva sujetos al régimen general y derogar las normas que le fueran contrarias, subrogó las anteriores que establecían para un determinado sector de la administración pública, como lo es el de las comunicaciones, el régimen ordinario para obtener la pensión de jubilación, entre ellos el de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones que preveía los mismos requisitos establecidos en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo ... Teniendo en cuenta que (el actor) afirmó en la demanda que viene prestándole sus servicios a la Empresa Nacional de telecomunicaciones desde 1974 como trabajador oficial y que aún desempeña un cargo administrativo que no puede ser incluido en aquellas “actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente”, era forzoso para el Tribunal de Medellín haber concluido que su pensión de jubilación quedó sujeta al régimen establecido en la reforma administrativa de 1968, que ya había empezado a regir cuando se vinculó a dicha entidad y, posteriormente, al previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985...”⁶⁴⁰

Volviendo a las adendas objeto de la consulta, resume la Sala su criterio en el sentido de que ellas en su contenido no se limitaron a aclarar las cláusulas convencionales a que hicieron referencia, pues evidentemente éstas no consagraban un régimen pensional especial; tampoco cumplieron los requisitos legales exigidos para producir los efectos propios de las convenciones colectivas, y por ende, las modalidades pensionales que incluyeron no pudieron tener el efecto jurídico de modificar el régimen legal general vigente sobre el tema; por las mismas razones, los regímenes especial y excepcional que en ellas se dijo no modificar, se circunscribían al régimen legal de excepción por la actividad, que preservaron tanto el decreto ley 3135 de 1968 como la ley 33 de 1998, y que para TELECOM y CAPRECOM aplicaba a los cargos relacionados en el artículo 11 del decreto 2661 de 1960.

De esta afirmación se desprende entonces la conclusión expuesta en los conceptos citados en la solicitud de consulta, esto es, que las adendas no pueden ser entendidas como parte del régimen anterior a la ley 100 de 1993, y que por lo mismo no pueden ser tenidas en cuenta en el momento de liquidar las correspondientes pensiones.

III. La aplicación prevalente de las normas de superior jerarquía

Se expuso en los apartes anteriores que las adendas de que trata la consulta del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, no se circunscribieron a aclarar las cláusulas convencionales a las que se refirieron, tampoco tuvieron el alcance de modificarlas, y no forman parte del llamado “régimen anterior” para efectos de la liquidación de las pensiones de jubilación en los términos del artículo 36 de la ley 100 de 1993; por lo mismo su pretendida aplicación en estos casos es contraria a la ley 33 de 1985. La solicitud del señor Ministro, inquiera entonces por el mecanismo concreto para dejar de aplicar estas adendas, en consideración a que de una parte gozan de la presunción de legalidad

640 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de abril de 1998, Acta No. 13, Radicación 10.446, M.P. Rafael Méndez Arango. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 14 de febrero del 2002, Acta No. 06, Radicación No. 16810, M.P. Carlos Isaac Nader.

y de otra, por su naturaleza de contrato colectivo tienen efectos de ley particular para las partes que la suscribieron.

El aspecto planteado puede formularse de esta forma general: existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación, contrarias entre sí, amparadas ambas por la presunción de ser válidas y vigentes, pero, una de ellas tiene rango legal y la otra, reglamentario.

Considera la Sala que el problema debe resolverse a partir de la ley 153 de 1887 en tanto regula la llamada incongruencia u oposición de leyes, regulación obligatoria que se inicia con el artículo 1° que dice:

“Artículo 1°. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes:”

Las reglas que enuncia esta ley, se refieren a la insubsistencia o derogatoria de las leyes, de manera que prima la más reciente sobre la anterior siempre que sean del mismo rango, igualmente regula la prelación de las normas desde el punto de vista de su grado de generalidad o especialidad, y además, trae la ley en mención la siguiente norma específica a la contradicción entre aquellas que son de diferente jerarquía, en el artículo 12, que a la letra dice:

“Artículo 12: Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal mas probable”.

Esta regla de origen legal, permite solucionar el caso sometido a estudio, pues le está ordenando a la autoridad que debe dejar de aplicar la norma de inferior rango (la reglamentaria) y preferir la superior, esto es la de rango legal. Esta regla parte de un supuesto: que ambas normas (la legal y la reglamentaria) están vigentes dada su presunción de legalidad, pero son contrarias entre sí, de manera que, el operador legal debe optar por aplicar la de mayor rango, y con base en ella tomar la decisión concerniente. Es bueno insistir que ambas normas gozan de la presunción de legalidad y por lo mismo son igualmente obligatorias mientras no sean declaradas inconstitucionales o ilegales. La presunción de legalidad de los reglamentos no puede primar sobre la de constitucionalidad de las normas legales, para efectos de definir cuál de ellas se aplica.

El juicio que hace la autoridad administrativa o judicial, puede descomponerse en estos pasos: ante todo, determina que una cierta situación está regulada por una norma legal y una reglamentaria, que no es posible integrarlas lógicamente para obtener unos efectos uniformes y que por lo mismo son contradictorias, por lo que se ve forzada a optar entre ellas, y el criterio para seleccionar cuál es la aplicable es el contenido en el artículo 12 transcrito, que ordena que debe ser la de rango legal.

En estricto sentido, el funcionario no está haciendo un juicio de validez de la norma, pues carece además de competencia para declararla nula, dado que esta facultad es exclusiva del juez administrativo; su razonamiento se limita a cerciorarse

de la oposición entre ambas y a preferir en la aplicación a la de mayor jerarquía. La prelación de la norma legal sobre la reglamentaria no tiene más efecto que el de decidir una situación concreta conforme con la ley y no con el reglamento, y carece de cualquier pretensión invalidante de la misma. Este mecanismo se distingue de la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, la que, como su nombre lo indica, es un medio de defensa que sirve para enervar la pretensión que en su contra le esgrime una persona a otra, con base en determinada norma legal o reglamentaria, cuya validez se cuestiona e impugna.

Aplicando lo expuesto al caso de la adenda objeto de la consulta, se tiene entonces que las autoridades encargadas de tomar las decisiones sobre las pensiones de los ex-trabajadores del sector de las comunicaciones, deben optar por aplicar las reglas legales, dejando de lado las disposiciones contenidas en la adenda, cuyo origen es convencional y por lo mismo de inferior jerarquía. Estas autoridades no pueden declarar nulas las estipulaciones de la adenda pues carecen de competencia para ello, deben limitarse a inaplicarlas por ser contrarias a la ley y aplicar ésta. En la parte motiva de cada uno de los actos administrativos que expidan, debe dejarse expresa constancia del razonamiento seguido, que le permite aplicar la norma legal en vez de la convencional.

Con base en las premisas anteriores, se propuso la siguiente RESPUESTA:

Las adendas objeto de la consulta no forman parte del régimen de pensión de jubilación o vejez legal y convencional que se encontraba vigente al 1º de abril de 1994, para los servidores públicos de TELECOM y CAPRECOM. En consecuencia, los actos administrativos de reconocimiento de pensión para quienes sean beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 deberán fundamentarse en el régimen general de la ley 33 de 1985, y en el régimen de excepción por actividad, aplicable a los cargos relacionados de manera taxativa en el artículo 11 del decreto 2661 de 1960 que a su vez recogió las disposiciones del párrafo del artículo 1º de la Ley 28 de 1943 y de los párrafos 2º y 3º del artículo 1º de la Ley 22 de 1945

Fecha ut supra.

Suscribe el salvamento: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero.

3. Ley 996 de 2005. Ley de Garantías Electorales. Alcance de los artículos 32, 33 y 38

Radicado 1717

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 2006/02/17

Levantamiento de la reserva mediante auto del 8 de abril de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, consulta a la Sala en relación con el alcance y la interpretación de algunos artículos de la ley 996 de 2005, sobre Garantías Electorales, en los siguientes términos:

“1. ¿Las expresiones ‘dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones’ y ‘dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular’ contenidas en el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 hacen referencia exclusivamente a los cuatro meses anteriores a la campaña presidencial o cubren también cualquier tipo de elecciones para los cargos de elección popular?”

2. ¿Son aplicables a las restricciones contempladas en el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 las excepciones contempladas en los artículos 32 y 33 de la misma?”

CONSIDERACIONES

Para absolver la presente consulta la Sala considera necesario hacer un breve análisis sobre la forma como está estructurada la ley de Garantías Electorales, con el fin de establecer el alcance de las disposiciones que dieron origen a la misma.

La ley está dividida en tres títulos que se desarrollan en 42 artículos. *El título primero* contiene normas generales que delimitan su objeto y definen algunos conceptos básicos. *El título segundo* desarrolla la temática propiamente dicha de la campaña presidencial así: mecanismos de selección de candidatos, proceso de inscripción de candidaturas, financiación de las campañas, topes de los gastos de campaña, auditoria de las mismas, acceso a los medios de comunicación por parte de los candidatos, mecanismos para la garantía del equilibrio en el acceso a dichos medios, encuestas electorales, derecho a réplica y regulaciones especiales durante la campaña. *El título tercero* establece las disposiciones relacionadas con la facultad de intervención en política de los servidores públicos.

De conformidad con las reglas de la técnica legislativa, la división de una ley en títulos implica que la misma está integrada por partes claramente diferenciadas como, por ejemplo, una general y otra especial, o una de derecho sustantivo y otra de procedimiento. En el caso de la ley que nos ocupa, dicha división encuentra sustento en el hecho de que algunas de sus normas son particulares para el evento en que el Presidente o el Vicepresidente participen como candidatos en la campaña presidencial, y las demás son reglas generales que regulan las elecciones presidenciales, independientemente de que los referidos funcionarios aspiren o no.

1. Título I “DISPOSICIONES GENERALES”.

Objeto de la ley 996 de 2005.

La Constitución Nacional, en el artículo 152, señala taxativamente las materias que deben ser reguladas mediante ley Estatutaria por el Congreso de la República, tales como derechos y deberes fundamentales de las personas, administración de justicia, organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, instituciones y mecanismos de participación ciudadana y estados de excepción. Esta norma fue adicionada por el Acto Legislativo No. 2 de 2004, cuyo artículo 4o. incluye como tema objeto de regulación estatutaria “*La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley*”.

En virtud de lo previsto del citado artículo 4o. del AL 2 de 2004, se expidió la ley 996 de 2005, por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, cuyo objeto fue definido en el artículo 1o. así:

“ARTICULO 1o. OBJETO DE LA LEY. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición”.

La Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005 al ejercer el control de constitucionalidad del respectivo proyecto de ley estatutaria, declaró la exequibilidad del citado artículo en los siguientes términos:

“Así las cosas, el campo de aplicación que el proyecto de ley estatutaria describe en su primer artículo no excede el espectro jurídico fijado por la Constitución Política pues ésta le encomendó a la ley estatutaria que fijara las pautas de equilibrio electoral en todo tipo de elecciones presidenciales, incluso en las que el presidente decida no proponer su nombre para una reelección”.

De lo dispuesto tanto en los artículos 4o. del AL 2 del 2005 y 1o. de la ley 996 del mismo año, como en el aparte de las consideraciones de la Corte Constitucional, antes transcritas, se infiere la ley tiene por objeto permitir el equilibrio electoral en cualquier elección presidencial, particularmente cuando se presenten como candidatos el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio; no obstante lo cual el parágrafo del artículo 38 de la misma contiene un régimen de prohibiciones aplicable en todo periodo preelectoral a las entidades territoriales, como se analizará más adelante.

2. Título II, “REGLAMENTACION ESPECIAL DE LA CAMPAÑA PRESIDENCIAL”

Como su nombre lo indica contiene una serie de disposiciones relacionadas con la campaña presidencial cuando el Presidente o el Vicepresidente de la República son candidatos; sin embargo, para los efectos de la presente consulta, la Sala considera pertinente centrarse en el examen del Capítulo VII *“Regulaciones especiales durante la campaña presidencial”*, ya que éste consagra lo relacionado con las prohibiciones al Presidente durante su campaña, el monto de la publicidad en la misma y las restricciones en materia de vinculación a la nómina del Estado y de contratación pública, estos dos últimos temas se encuentran regulados en los artículos 32 y 33 que son del siguiente tenor:

*“Artículo 32. VINCULACION A LA NOMINA ESTATAL. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, **durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.***

Parágrafo. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos”. (Resalta la Sala).

“Artículo 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACION PUBLICA. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la construcción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”. (Resalta la Sala).

La lectura de los artículos transcritos permite concluir que durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial se suspende toda vinculación que afecte la nómina estatal en *la rama ejecutiva*, a excepción de que la misma se requiera en los casos de defensa y seguridad del Estado, para cubrir emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras o infraestructura energética y de comunicaciones que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y para las de entidades sanitarias y hospitalarias. Lo anterior, por expresa remisión directa que a las excepciones contempladas en el artículo 33 hace el inciso primero del artículo 32, lo cual permite que haya una integración o incorporación de las dos normas.

Es de anotar, que la prohibición de contratación directa se aplica a todos *los entes y órganos del Estado*, mientras que la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal rige únicamente para la rama ejecutiva del poder público, restricción que, según el alcance dado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1153-05, ha de entenderse como *“la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”*.

3. Título III, “PARTICIPACION EN POLITICA DE LOS SERVIDORES PUBLICOS”.

En este Título la ley establece las disposiciones relacionadas con la intervención en política de los servidores públicos. Específicamente el artículo 38 al referirse a las prohibiciones, dispone:

“Artículo 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PUBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

- 1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.*
- 2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.*

3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.

4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

*PARAGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, **dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos** para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.*

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. *Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.*

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. *Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.*

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa". *(Resalta la Sala).*

Para efectos de responder la pregunta relacionada con la posibilidad de aplicar a las restricciones contempladas en el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, las excepciones consagradas en los artículos 32 y 33 ibídem es necesario inicialmente analizar los alcances del mismo.

De la lectura del texto del párrafo del artículo 38 se concluye que cuando en él se habla de cuatro meses anteriores a las elecciones, ha de entenderse que el término "elecciones" es genérico, es decir, comprende las correspondientes a todos los cargos de elección popular a que se refiere la ley, incluido el de Presidente de la República, de ahí que de acuerdo con el mencionado párrafo, en todos los procesos electorales subsisten para gobernadores, alcaldes y demás autoridades locales allí mencionadas, la prohibición para inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en los cuales participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, al congreso, gobernaciones y asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales.

Así mismo, dispone dicho párrafo que no se podrá autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a los cargos de elección popular a que se refiere la ley; y en su parte final expresamente dice que la nómina del respectivo ente territorial no se podrá modificar, todo ello dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley—*incluido el de Presidente de la República*—; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 *ibidem*, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32.

SE RESPONDE:

1. Las expresiones “dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones” y “dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular” contenidas en el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, hacen referencia a todas las elecciones para cargos de elección popular a que se refiere dicha ley.

2. Las excepciones consagradas por el artículo 33 de la ley 996 de 2.005 en relación con las restricciones y prohibiciones contempladas en ese artículo y en el artículo 32 de la misma ley, no son aplicables a las prohibiciones contenidas en el párrafo del artículo 38.

4. Ingreso base de cotización de pensión y salud de los funcionarios y exfuncionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores. Reliquidación de Pensión e ingreso base de cotización en salud

Radicado 1749

Consejero Ponente: Flavio Rodríguez Arce

Fecha: 2006/07/19

Levantamiento de la reserva mediante auto del 22 de julio de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con ocasión de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, consignados en las sentencias C-292 de 2001 y C-173 de 2004, en los cuales, se declaró la inexequibilidad de las disposiciones legales que consagraban que el ingreso base de la cotización y liquidación de las pensiones de los funcionarios que prestaban servicios en la planta externa era el salario que correspondía a un cargo equivalente en planta interna, formuló a la Sala, la siguiente consulta :

“1. Para las personas que han trabajado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores y que se encuentran pensionadas, incluidas las que lo fueron con la legislación anterior a las sentencias de constitucionalidad ¿se debe proceder a la reliquidación de la pensión con base en el ingreso base de cotización correspondiente a la asignación básica percibida en moneda extranjera? ¿A partir de cuándo se paga el mayor valor? ¿Cabe la prescripción trienal de mesadas?.

2. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿se debe hacer el descuento de la cotización que en su momento le hubiere correspondido aportar a los pensionados de conformidad con su ingreso percibido en moneda extranjera por todo el tiempo servido en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores?.

3. A las personas que todavía no tienen pensión, ¿se les debe hacer el descuento de todo lo que no han aportado de su ingreso percibido en moneda extranjera? Dentro de este grupo deben entenderse:

3.1. ¿Los funcionarios activos del Ministerio de Relaciones Exteriores?

3.2. ¿Los extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran trabajando en otras entidades publicas o privadas?

3.3. ¿Los extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran retirados?

4. Teniendo en cuenta que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 el aporte para salud se hace sobre el mismo ingreso base de cotización que para pensiones, ¿este descuento también debe hacerse en forma retroactiva incluyendo el punto de solidaridad para el Fosyga?.

5. Si las respuestas a las preguntas anteriores son afirmativas, ¿cuál sería el procedimiento para obtener el pago de las sumas adicionales que correspondan por cotizaciones?.

6. ¿En caso de existir esa obligación de reconocimiento y pago de reajustes de las cotizaciones y de las pensiones, ¿debería ello hacerse oficiosamente o para ese efecto se requeriría de una petición elevada en tal sentido por el funcionario o exfuncionario, teniendo en cuenta que estos deben cotizar la cuarta parte del monto del aporte?.

7. ¿Se podría subordinar el reajuste de la pensión, con base en la asignación percibida en moneda extranjera, al pago del mayor valor de las cotizaciones?.
8. ¿Para determinar el monto de las cotizaciones adicionales que deben realizarse deberán tomarse en cuenta el valor de las cotizaciones no realizadas, el valor faltante del calculo actuarial o el monto de las cotizaciones faltantes actualizadas?.
9. ¿Si dicho monto adicional debe pagarse sobre las cotizaciones actualizadas, ¿cuál sería el procedimiento para su actualización?.”

Adicionalmente, señaló que a partir del fallo C-173 de 2004 proferido por la Corte Constitucional, el Ministerio de Relaciones Exteriores empezó a calcular el ingreso base de cotización de los funcionarios de la planta externa de acuerdo a su asignación en divisas y no a la asignación mensual de los cargos equivalentes en la Planta Interna, pues ni en la parte motiva, ni en la resolutive de dicha providencia, se determinó que ésta tuviera efectos retroactivos.

No obstante, la entidad consultante manifiesta que su interior se ha discutido sobre la posibilidad de reliquidar los aportes pensionales correspondientes tanto a personas que en alguna oportunidad prestaron servicios en la planta externa de la entidad como al personal activo, con miras a que se reajusten las cotizaciones que en su momento y en cumplimiento de la normatividad legal vigente realizó el Ministerio de Relaciones Exteriores ante la Caja Nacional de Previsión Social, el I.S.S y los diferentes administradores de fondos de pensiones, a raíz de los fallos de tutela T-083 de 2004 y T-098 de 2006, en los que la Corte ordenó el pago de los reajustes de aportes pensionales en forma proporcional al ISS, de acuerdo con los salarios realmente devengados por los accionantes, haciendo la conversión de la moneda extranjera con la cual fueron cancelados a moneda colombiana.

CONSIDERA LA SALA:

La Sala analizará, en primer lugar, el alcance de las sentencias de constitucionalidad y de tutela proferidas por la Corte Constitucional sobre el ingreso base de cotización al sistema general de seguridad social aplicable a los funcionarios del servicio exterior; en segundo término, los aspectos a tener en cuenta para la implementación de las decisiones judiciales –reliquidación de pensión, cotizaciones, actualización monetaria y prescripción trienal- y, finalmente, estudiará los efectos de las decisiones judiciales frente al Sistema de Seguridad Social en Salud.

I. Efectos de las sentencias de constitucionalidad y de tutela en materia de cotizaciones y reliquidación de la pensión de funcionarios y exfuncionarios que presten o prestaron sus servicios en la planta externa del ministerio de relaciones exteriores

Como quiera, que la sentencia C-292 de 2001, por la cual, se declararon inexecutable, entre otros, los artículos 65 y 66 del decreto ley 274 de 2000⁶⁴¹, se fundó en que el Go-

641 Decreto ley 274 de 2000. (...) “Artículo 65. El ingreso base de cotización a los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema de seguridad social integral, de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, se regulará así: a. Cuando por virtud de la alternación o de comisiones, excepto la de servicios, el funcionario se encontrare en el exterior, el ingreso base de cotización será

bierno excedió las facultades precisas otorgadas por el Congreso de la República al regular el régimen salarial y prestacional de quienes atienden el servicio exterior, considera la Sala procedente centrar el análisis en los fallos de constitucionalidad y de tutela en los que esa Corporación se ha pronunciado sobre el fondo del asunto objeto de la consulta.

1. Corte Constitucional. Sentencias de Constitucionalidad C-173 de 2004 y C-535 de 2005. Efectos

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-173 de 2004, se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 7º de la ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, que sobre el ingreso base de cotización para los funcionarios que presten servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, prevé:

*“Artículo 7º.- El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 quedará as”i: “Artículo. 20.- Monto de las cotizaciones: (...) Parágrafo 1º- Para efectos del cálculo del ingreso **base de cotización** de los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se tomará como base la asignación básica mensual y los factores salariales establecidos en las normas vigentes **para los cargos equivalentes de la planta interna**”.*

*“En todo caso, el **ingreso base de liquidación** de estos servidores también será el establecido en las normas vigentes para los cargos equivalentes en la planta interna, teniendo en cuenta los topes de pensión que sean aplicables”.* (Se resalta)

Esa Corporación declaró la inexequibilidad de la expresión *“para los cargos equivalentes de la planta interna”*, previo: a) El recuento de las normas referidas a la naturaleza de las funciones de los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores en la planta externa contenidas en el decreto ley 274 de 2000; b) El análisis del derecho de los servidores del servicio exterior a recibir el mismo tratamiento de otros funcionarios públicos al momento de calcular el monto de la pensión; y c) La jurisprudencia de esa Corporación que en sede de tutela ha sostenido que la liquidación de pensiones de funcionarios que se han desempeñado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores debe ajustarse a la realidad salarial de los mismos y no a una ficción legal.⁶⁴²

A continuación, la Sala transcribe los apartes pertinentes de la Sentencia en comento, con el fin de identificar los efectos de dicho fallo.

*“Esta Corte ya ha estudiado el asunto planteado en esta oportunidad en diferentes ocasiones. Así en diversos procesos de tutela, **antiguos funcionarios** del Ministerio de Relaciones Exteriores consideraron vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la subsistencia digna y al mínimo vital, por cuanto el mencionado ministerio había liquidado los aportes al sistema de pensiones*

la asignación básica mensual que le correspondiere al funcionario en planta interna, salvo lo previsto en el literal d. del artículo 64 de este estatuto. b. Cuando por virtud de la alternación o de comisiones, excepto la de servicios, el funcionario se encontrare en el país, el ingreso base de cotización será el determinado por el artículo 10. del Decreto 1158 de 1994 o por las normas que lo modifiquen, adicionen o deroguen”.

*“Artículo 66.- Las prestaciones sociales de los funcionarios *pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular se liquidarán y se pagarán con base en la asignación básica mensual y en los conceptos laborales legalmente reconocidos como factores de salario, que le correspondieren en planta interna*”.*

642 Corte Constitucional T-1016 de 2000; T-534 de 2001, T-1022 de 2002- T-083 de 2003.

sobre un ingreso base de cotización que no corresponde al que realmente devengaron cuando se desempeñaron como funcionarios públicos en el servicio exterior. Tal es el resultado del establecimiento de equivalencias entre los cargos de planta interna y los de planta externa, y específicamente al punto de las equivalencias salariales.

“13- En la sentencia T-1016 de 2000, la Corte estudió la tutela interpuesta por Pedro Felipe López Valencia (Sic) contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Instituto de Seguros Sociales. En aquella oportunidad el actor ya había solicitado al Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el ejercicio del derecho de petición, una nueva certificación sobre el ingreso base de liquidación y éste había mantenido intangible su decisión de basarse en las equivalencias. Por tal razón la Corte concedió el amparo, **pues la liquidación de su pensión no fue hecha con base en la remuneración que efectivamente recibió sino en el salario menor correspondiente a una función distinta.**

“Por su parte, la Sentencia T-534 de 2001 **analizó también la situación pensional de un exembajador.** En aquella oportunidad el peticionario ya había interpuesto los recursos de reposición y apelación ante el Seguro Social, y en ellos cuestionó, entre otros asuntos, la determinación del salario base de liquidación para los servidores públicos en el exterior. En esa ocasión este Tribunal tuteló los derechos del peticionario pues, a pesar de los reclamos elevados, el monto de liquidación de su pensión no había sido corregido.

“En la sentencia T-083 de 2004 la Corte concedió la acción de tutela interpuesta por Carlos Villamil Chaux pues los salarios que él realmente devengó **cuando se desempeñaba** como cónsul general de Colombia en Berlín no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión en virtud de las equivalencias.

(...) De acuerdo con lo dicho anteriormente, es claro que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido precisa al señalar que las cotizaciones para pensión deben hacerse tomando en consideración la asignación que corresponde al cargo realmente desempeñado, pues hacerlo a partir de una asignación distinta o supuestamente equivalente resulta discriminatorio. Si se acogiera un criterio distinto al determinado jurisprudencialmente el resultado sería que aquellos trabajadores que han devengado un mayor salario van a recibir prestaciones sociales que en realidad pertenecen a labores de menor asignación, desarrolladas por trabajadores que generalmente cumplen distintas funciones a consecuencia también de su nivel de preparación, quienes además ostentan otras responsabilidades concordantes con su cargo. Es decir, lo recibido no correspondería al empleo, ni a las funciones, ni a las cargas propias del trabajo desempeñado. **Por ese motivo, esta Corte ya ha anotado que las normas que respaldan este tipo de prácticas frente a cierto grupo de trabajadores son inconstitucionales y deben ser inaplicadas,** pues resultan contrarias a los principios de dignidad humana e igualdad, y violatorias de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social, derechos que tienen un fundamento constitucional expreso (C.P. arts. 48, y 53). Sobre este particular la Sentencia T-1016 de 2000 expresó lo siguiente:

“...se afecta ostensiblemente la igualdad si a todos los trabajadores se les liquida la pensión según el salario devengado y por el contrario a unos servidores del Estado se les computa con base en el salario de otros funcionarios que reciben sumas muy inferiores a la que percibe el aspirante a pensionado.”

“(…) De otro lado, es imperativo tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 ordena tener en cuenta el salario real del trabajador para los efectos de la liquidación de las prestaciones sociales (arts. 17 y 18). Tal criterio recoge principios constitucionales tales como la proporcionalidad entre el trabajo

desempeñado y la remuneración al mismo. En este sentido, la citada Sentencia T-1016 de 2000 anotó que, conforme con la Constitución, el legislador está plenamente habilitado para establecer los porcentajes sobre los cuales ha de pagarse la pensión y el monto de la misma, pero **no para “excluir el salario del trabajador como elemento calificador del monto pensional”**.

“Visto todo lo anterior es claro que en cuanto a la cotización y liquidación de aportes para pensión de quienes hicieron parte del cuerpo diplomático en el exterior, existe una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que tal liquidación debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado por el ex trabajador y nunca un salario inferior, que además es ficticio, pues no corresponde realmente al cargo desempeñado y a las responsabilidades derivadas del mismo. Y la razón es que la pensión es un salario diferido⁶⁴³. De ello se sigue la inconstitucionalidad de cualquier norma o disposición que ampare una liquidación de aportes con base en un salario equivocadamente denominado equivalente, que en realidad resulta ser menor al recibido por el titular del derecho.

*“Teniendo en cuenta que se trata de un tratamiento claramente discriminatorio es evidente que la forma de **cálculo de la pensión de quienes prestaron parte de sus servicios diplomáticos en el extranjero desconoce el derecho a la igualdad** en materia pensional tal como está consagrado en la norma parcialmente demandada. (...)”*

*“La inexequibilidad de estos apartes **corrige además la reiterada violación a la igualdad** que se ha venido presentando. Así, todas las acciones de tutela presentadas por antiguos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores demuestran la magnitud del problema constitucional que se ha generado con estas medidas discriminatorias. Además, esta declaratoria de inconstitucionalidad permite que el monto de cotización y el de liquidación de la pensión sean calculados con base en lo realmente devengado, lo cual garantiza el equilibrio del sistema pensional, pues las cotizaciones y las liquidaciones ya no se realizarán con base en ingresos inferiores a los que estos funcionarios perciben, ya sea que estén en la planta interna o en la externa, pues en cada caso se hará la cotización y la liquidación con base en el salario real (...).” (Se resalta).*

Por su parte, en la sentencia C-535 de 2005, la Corte analizó de fondo los mismos problemas constitucionales planteados en la Sentencia C-173 de 2004, frente a lo dispuesto decreto ley 10 de 1992,⁶⁴⁴orgánico del servicio exterior y de la carrera diplomática y consular, que preveía:

“Artículo 57. Las prestaciones sociales de los funcionarios del servicio exterior, a excepción de los administrativos locales, se liquidarán y se pagarán con base en las asignaciones del cargo equivalente en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores.”

La declaratoria por la Corte Constitucional de la inexequibilidad de lo locución “para los cargos equivalentes de la planta interna” contenida en los artículos 57 del decreto ley 10 de 1992 y 7° de la ley 797 de 2003, por quebrantar los principios de la dignidad humana y de igualdad y los derechos al mínimo vital y a la seguridad social y constituir una práctica contraria a los derechos derivados de la relación laboral, implica que la liquidación de las

643 Ver sentencias T-1016 de 2000, T-181 de 1993 y T-453 de 1993 (sic) corresponde a la sentencia T- 453 de 1992.

644 La Corte precisó que aunque la demanda se dirige contra un artículo que hace parte del Decreto ley 10 de 1992, fue derogado por los Decretos leyes 1181 de 1999 y 274 de 2000, analizará su constitucionalidad en tanto, continúa produciendo efectos jurídicos y el Ministerio de Relaciones Exteriores optó por aplicarlo ante la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 65 y 66 del decreto ley 274 de 2000 en la sentencia C-292 de 2001.

prestaciones debió efectuarse con fundamento en los salarios y emolumentos establecidos en los decretos salariales dictados en desarrollo de la ley marco para los funcionarios del servicio exterior. Esta posición la compartió el señor Procurador General de la Nación al afirmar que no existe razón alguna para otorgar un trato diferente a los funcionarios del servicio exterior y liquidar las prestaciones sociales a partir de un salario de un cargo equivalente, pero sustancialmente menor al devengado.

El retiro del ordenamiento de las normas mediante el control abstracto de constitucionalidad produce efectos *erga omnes* hacia el futuro sin perjuicio de los derivados del control concreto que son *inter partes* para la protección de los derechos fundamentales de los exservidores de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores en sede de tutela.

Concretamente, en relación con los efectos de las sentencias de constitucionalidad respecto de las situaciones particulares en curso de consolidación, de manera general, la entidad consultante está obligada a partir de la ejecutoria de la sentencia C-173 de 2004, cuyos argumentos de fondo fueron ratificados en la sentencia C-535 de 2005, a liquidar las cotizaciones y reliquidar los aportes efectuados por el personal que actualmente presta servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores con base en el salario realmente devengado por dichos funcionarios.

2. Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 2006. Efectos inter-comunis

La Corte Constitucional en la sentencia T-098 de 2006, tuteló el derecho de un Ex Embajador a la reliquidación de su pensión que le había sido negado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, argumentando que los fallos contenidos en las sentencias C-292 de 2001 y C-173 de 2004 tienen efectos “*solo hacia el futuro*”, así como, la carencia de recursos para pagar los reajustes de liquidaciones. En esta providencia, de manera expresa e inequívoca, la Corte extendió el efecto de su decisión *a casos semejantes*, en los siguientes términos:

“Tercero: Teniendo en cuenta la existencia de una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que la liquidación de aportes para pensión de quienes hicieron parte del cuerpo diplomático en el exterior debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado y nunca un salario inferior, se PREVIENE al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre sus efectos vinculantes, para que la precitada doctrina sea observada y aplicada en casos semejantes.”

En concepto de la Sala, la advertencia contenida en el último fallo -T-098 de 2006-, en la que de manera explícita la Corte extiende los efectos de sus decisiones a casos similares, despeja cualquier duda que pudo haberse generado con las sentencias de constitucionalidad, obligando al Ministerio y al Instituto de Seguros Sociales a reconocer, administrativamente y sin que el afectado tenga que interponer una acción de tutela para que se proteja su derecho particular, el derecho que les asiste a los pensionados y ex funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, al reajuste de su pensión, so pena de comprometer su responsabilidad.

En consecuencia, si bien es cierto, la Corte no determinó explícitamente el alcance de los fallos C-173 de 2004 y C-535 de 2005, el operador jurídico no puede perder de vista, el efecto inter-comunis que esa Corporación le dio al fallo de tutela T-098 de 2006, cuya

finalidad es evitar que existan criterios de discriminación entre quienes se encuentran en la misma situación de hecho y de derecho.

Sobre el alcance de los efectos inter-comunis de las sentencias proferidas en sede de tutela, esa Corporación en sentencia T-203 de 2002, manifestó:

“De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la Corte Constitucional puede modular los efectos de sus sentencias. Dentro de las múltiples alternativas disponibles, la Corte puede decidir cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Así lo ha hecho esta Corporación cuando ejerce un control abstracto de normas, al fijar, por ejemplo, los efectos retroactivos o diferidos de las sentencias correspondientes. (...)

“En la sentencia SU.1023/01, la Corte decidió que sus órdenes debían tener efectos inter comunis, con el fin de proteger los derechos de todos los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., hubieran o no presentado acción de tutela, por considerar que al conceder el amparo exclusivamente en beneficio de los tutelantes, sin considerar los efectos que tal decisión tendría frente a quienes no habían interpuesto la acción de tutela, podría implicar la vulneración de otros derechos fundamentales. Dijo entonces la Corte:

“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentre en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.”

Así las cosas, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la entidad administradora de pensiones respectiva, deberán analizar caso a caso las solicitudes que se formulen sobre este particular, con el fin de verificar que el peticionario se encuentre efectivamente en la mismas condiciones de las personas a quienes se les ha reconocido el derecho a la reliquidación de su pensión. Como quiera que la reliquidación de la pensión y el cobro reajustado de las cotizaciones implica la modificación de situaciones jurídicas particulares contenidas en actos administrativos en firme, se precisa elevar solicitud expresa del funcionario o exfuncionario.

En consecuencia, al desaparecer del mundo jurídico las disposiciones legales que preveían el sistema de equivalencias para efectos del cálculo del ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social de los funcionarios del servicio exterior del Ministerio de Relaciones, el régimen aplicable es el de los demás servidores públicos, que se fundamenta en:

a) La regla general contenida en la ley 100 de 1993, según la cual, el ingreso base de la cotización al Sistema General de Pensiones debe guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado, contenida en los siguientes artículos:

*“Ley 100 de 1993.- Artículo 17. Obligatoriedad de las cotizaciones. Modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, **deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen (...)**”.*

*“Artículo 18. Base de cotización. Modificado parcialmente por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: **La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.(...)**”.*

“El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.(...)”.

b) El artículo 7 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que específicamente contempla:

“Artículo 20. Monto de las Cotizaciones.-. Modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003. (...)

*“Parágrafo 1o. Para efectos del cálculo del ingreso base de cotización de los funcionarios que prestan sus servicios en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, se tomará como base **la asignación básica mensual y los factores salariales establecidos en las normas vigentes** (para los cargos equivalentes en la planta interna⁶⁴⁵). En todo caso, el ingreso base de liquidación de estos servidores también será el establecido en las normas vigentes para los cargos equivalentes en la planta interna, teniendo en cuenta los toques de pensión que sean aplicables.” Y,*

c) Los decretos proferidos por el Gobierno Nacional, en los cuales se fija la asignación básica mensual y la escala salarial aplicable a los Embajadores, Jefes de Delegaciones Permanentes en el Exterior, funcionarios que ocupen cargos diplomáticos y consulares y funcionarios administrativos en el exterior, que en la actualidad es el decreto 2078 de 2004.

En el mismo sentido, enfatiza la Sala, la reliquidación de las cotizaciones y por ende la pensión, debe seguir la regla general prevista en el artículo 17 de la ley 100 de 1993, en materia de límites o toques, en virtud de la cual: “El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.”⁶⁴⁶

II. Derecho a la reliquidación de la pensión y ajustes de las cotizaciones.

Problema Jurídico

¿Cómo de deben hacerse los ajustes de las cotizaciones y cuál es el procedimiento para su cobro?

645 Corte Constitucional. Aparte declarado inexecutable en la sentencia C-173 de 2004.

646 Modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003

¿Es viable proceder a la reliquidación de estas pensiones afectando el equilibrio económico del sistema que está garantizado constitucionalmente en el Acto legislativo 1 de 2005?

Con el fin de dar respuesta a estas inquietudes, es necesario transcribir unos apartes de las sentencias C-173 de 2004 y T-098 de 2006, en las que la Corte Constitucional expuso:

*“Sentencia C-173 de 2004.- (...) Esta concepción, desde luego, no se opone a que, frente a prestaciones como la pensión de jubilación, la cotización y liquidación se realice **respetando los límites máximos impuestos por la ley pues el respeto de tales límites asegura el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones.**” (Resalta la Sala).*

*“T-098 de 2006.- Resuelve. (...) Segundo: **ORDENAR** al Ministerio de Relaciones Exteriores que, si aún no lo ha hecho, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, proceda a enviar al Instituto de Seguros Sociales - ISS, la información que constitucionalmente corresponde para la pensión que le corresponda al señor Armando Echeverri Jiménez, como son los salarios que realmente devengó al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que esta nueva circunstancia material sea tenida en cuenta por el ISS en una correcta liquidación de la pensión que le corresponda al actor.*

*“Igualmente, considerando que los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores al ISS correspondieron a un salario menor al devengado por el señor Armando Echeverri Jiménez, **el mismo tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados según el salario real del trabajador, obligación compartida por el empleador y el trabajador, DISPONER** que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el señor Armando Echeverri Jiménez **quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda, la parte no aportada de las cotizaciones, a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora.**” (Resalta la Sala).*

Lo anterior, permite concluir que la Corte Constitucional, consciente del impacto económico de la decisión judicial ordenó a cada una de las partes de la relación laboral -entidad y pensionado-, aportar en forma proporcional y concurrente al monto de su obligación, al sistema pensional el valor que resulte de ajustar la cotización que debía haberse hecho con el salario realmente devengado por el pensionado, sin que haya lugar al cobro de intereses pues las razones de la reliquidación no le son imputables al Ministerio de Relaciones Exteriores o a los funcionarios que liquidaron las cotizaciones de acuerdo con las normas legales que estaban vigentes.

Al respecto, la Sala puntualiza que la reliquidación de la pensión y el ajuste de las cotizaciones debe hacerse de acuerdo con el régimen al cual pertenecía el trabajador -prima media con prestación definida - o ahorro individual y, en ningún caso, puede superar los límites máximos fijados en la ley, como se expuso en el capítulo anterior.

En cuanto al pago de las sumas adeudadas por el pensionado, ex funcionario y funcionario de la planta externa del Ministerio por concepto de los ajustes de las cotizaciones, considera la Sala que éstas deben descontarse por la entidad de previsión social o la administradora del fondo de pensiones correspondiente, cuando reliquide la pensión respectiva. Solución que ha sido adoptada por esta Corporación, al analizar algunos casos de reliquidación de pensiones de la Rama Jurisdiccional.

En efecto, esta Corporación, ha ordenado la reliquidación de las pensiones de algunos funcionarios de la Rama Judicial que tenían derecho a la aplicación del régimen especial, incluyendo todos los factores salariales, como también, hacer “*los descuentos correspondientes a los aportes no efectuados*”⁶⁴⁷ por el servidor, posición que armoniza con lo señalado por la Corte en el fallo de tutela transcrito.

De otra parte, en cuanto a la pregunta sobre si es viable subordinar el reajuste de la pensión al pago del mayor valor de cotización, considera la Sala que esto no es posible, pues la pensión que se liquidó con base en las normas declaradas inconstitucionales contraría el mandato de igualdad y resulta lesiva de derechos fundamentales como los de seguridad social y mínimo vital, situación que debe corregirse independientemente de los aspectos de orden financiero, pues como lo señala la Sección Segunda de esta Corporación, éste derecho no se puede afectar, ni siquiera en los casos de falta de cotización, en los siguientes términos:

“Finalmente, en la hipótesis de que respecto de algún factor de liquidación la administración judicial no le hubiere hecho el descuento a la demandante con destino a la Caja, tal circunstancia no puede afectar el derecho a la pensión en los términos de la ley y por ello, en la parte resolutive se adicionará la sentencia para ordenar que la demandada descuenta los respectivos aportes.”

Adicionalmente, agrega la Sala que la situación financiera del sistema no puede anteponerse a la protección del derecho fundamental del pensionado a percibir una pensión acorde con las responsabilidades que asumió y su realidad salarial.

Por último, así como la reliquidación de la pensión debe tener en cuenta el fenómeno inflacionario, el valor de las cotizaciones no realizadas por el trabajador, también debe indexarse de acuerdo con la fórmula que jurisprudencialmente se ha aplicado por la Sección Segunda de esta Corporación en el caso de las mesadas pensionales, en tanto la revalorización de las obligaciones dinerarias es un factor de equidad y de justicia que opera a favor del sistema, como del trabajador⁶⁴⁸ y deberá efectuarse a partir del momento en que el servidor o ex funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores ingresó en la planta externa de esa entidad.

647 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Expediente 5244. Sentencia 28 de octubre 1993 “3. Declarase la nulidad parcial del artículo 10 de la Resolución No. 00378 de 10 de enero de 1989 proferida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, en lo relacionado con la cuantía de la pensión de jubilación reconocida. 4. Como consecuencia de lo anterior, Condenase a la entidad demandada a efectuar una nueva liquidación de la pensión de jubilación de María Nora Cifuentes Rico, incluyendo como factor salarial en forma proporcional las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, devengadas en el último año de servicios y la prima ascensional por el valor de \$3.900.00. La Caja hará los descuentos correspondientes a los aportes no efectuados”; Jurisprudencia reiterada en sentencias proferidas por esta Sección en los expedientes Nos. 1247-98, sentencia del 5 de noviembre de 1998; Expediente 2239-99 del 4 de mayo de 2000; 5287-04. Sentencia 20 de octubre de 2005.

648 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Expediente 10075, 27 de junio de 1996. “Se dispondrá el reconocimiento de la indexación de los valores a pagar al demandante, en los términos del artículo 178 del C.C.A. (...) Para ello se acudirá a la fórmula que ha venido siendo utilizada de tiempo atrás por la Sección Tercera de esta Corporación, según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumo certificado por el DANE (Vicente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la ejecutoria del último acto acusado).”

III. Prescripción trienal de las mesadas pensionales

El decreto ley 3135 de 1968, contenido del régimen prestacional de los empleados públicos, establece la figura de la prescripción extintiva de prestaciones sociales, en los siguientes términos:

“Artículo 41.-Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual.”

El decreto reglamentario 1848 de 1969, al respecto dispone:

“Artículo 102.- Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

A la luz de la normas transcritas y de la premisa aceptada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶⁴⁹, Corte Suprema de Justicia⁶⁵⁰ y de esta Corporación,⁶⁵¹ según la cual, el derecho a la pensión es imprescriptible, salvo la prescripción de las respectivas mesadas pensionales, resulta claro para la Sala que el Ministerio de Relaciones Exteriores y la entidad administradora de la misma, al reliquidar la pensión y proceder al pago de los ajustes de las mesadas respectivas deberá tener en cuenta el término de prescripción trienal, siguiendo la regla prevista en el artículo 2513 del Código Civil, conforme a la cual, *“el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla.”*

IV. Aportes al sistema general de seguridad social en salud. Ingreso base de la cotización

La regla general sobre la igualdad del ingreso base para la cotización al sistema general de pensiones y sistema seguridad social en salud, prevista en el parágrafo 1º del artículo 204 de la ley 100 de 1993 en citado por la entidad consultante prevé:

“Artículo 204.- Parágrafo 1º.-La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta ley.”

Por su parte, el artículo 5º de la ley 797 de 2003, que sustituye el inciso 4 y parágrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.”

649 Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1998.

650 Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias del 25 de octubre de 1985 y 26 de mayo de 1986.

651 Consejo de Estado. Sentencia del 7 julio de 1991, Sección Segunda, expediente N° 6113; Sentencia del 30 de enero de 2003, expediente 4478-01; Sentencia del 23 de marzo de 2000. expediente 0559/2951/99.

“El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

“El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992. (...)

“Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.”

“En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.”

*“Parágrafo 1o. En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones **al sistema de salud se hagan sobre la misma base.**”⁶⁵² (Resalta la Sala).*

En concordancia con lo anterior, el decreto 510 de 2003, reglamentario de la ley 797, desarrolla el artículo 5º citado, establece que *“la base de la cotización para el Sistema General de Pensiones deberá ser la misma base de la cotización del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...).”*

Teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, mediante la Sentencia C-292 de 2001, se declaró inexecutable el artículo 64 del decreto ley 274 de 2000, que establecía que durante el tiempo de permanencia del funcionario del servicio exterior fuera del país, se debería aportar el punto de solidaridad de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual se liquidaría tomando como base el ingreso a que se refiere el artículo 65 de ese estatuto, es decir, la asignación básica mensual que le correspondiere al funcionario en planta interna, el cual también fue declarado inexecutable en la misma providencia, así como las sentencias de constitucionalidad y de tutela a que hemos hecho referencia a lo largo de este concepto, la Sala considera que al no existir un régimen especial para los servidores del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores debe darse aplicación a la regla general sobre igualdad del ingreso base para la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones para calcular el punto de la cotización que debe ser trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía creado para financiar los servicios de salud a los beneficiarios del régimen subsidiado.⁶⁵³

652 Corte Constitucional. Sentencias C-760 de 2004 y C-064 de 2005.

653 Decreto 806 de 1998, reglamentario de la ley 100 de 1993. “Artículo 72.- Régimen aplicable a los funcionarios que prestan el servicio exterior. Para los funcionarios del sector público que deban cumplir sus funciones en el exterior se deberá contratar la prestación de servicios de salud a través de entidades aseguradoras, mediante contratos que suscriba el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, de manera tal que todos los funcionarios reciban el mismo plan dentro de las mejores condiciones del mercado extranjero. El régimen de seguridad social en salud les será aplicable una vez el funcionario retorne al país. Cuando se trate de funcionarios de otras entidades públicas nacionales, la respectiva entidad trasladará al fondo rotatorio de dicho Ministerio los recursos correspondientes para la cobertura de dichos funcionarios y para el giro del punto de solidaridad al Fosyga. Parágrafo.- En todo caso este tiempo se contabilizará para efectos del período de antigüedad.”

LA SALA RESPONDE:

1. Las personas que han trabajado en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores y que se encuentran pensionadas, incluidas las que lo fueron con la legislación anterior a las sentencias de constitucionalidad tienen derecho a la reliquidación de la pensión con base en el ingreso base de cotización correspondiente a la asignación básica percibida en moneda extranjera, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 7º de la ley 797 de 2003 y la línea jurisprudencial establecida por vía de tutela, con efectos intercomunis. El mayor valor debe cancelarse a partir de la reliquidación respectiva, en la cual se debe tener en cuenta el fenómeno de la prescripción trienal de mesadas pensionales y el tope o límite de las cotizaciones previsto en la ley 100 de 1993.

2. Es procedente efectuar el descuento del mayor valor la cotización que en su momento le hubiere correspondido aportar a los pensionados de conformidad con su ingreso percibido en moneda extranjera por todo el tiempo servido en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3. A las personas que todavía no tienen pensión –funcionarios activos del Ministerio de Relaciones Exteriores, extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran vinculados en otras entidades publicas o privadas y extrabajadores del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encuentran retirados-, se les debe hacer el ajuste de todo lo que no han aportado de su ingreso percibido en moneda extranjera y remitir los valores resultantes de la reliquidación de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

4. A la luz del principio de solidaridad que informa el Sistema General de Seguridad Social, es procedente reajustar el aporte destinado al punto de solidaridad del régimen subsidiado de salud -Fosyga-, que deben realizar los servidores del servicio exterior y los exfuncionarios del mismo, siguiendo la regla general sobre la igualdad del ingreso base para la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, establecida en la ley 100 de 1993.

5. La entidad de previsión social o administradora de pensiones correspondiente, cuando reliquide la pensión respectiva, deberá hacer los descuentos correspondientes a los aportes no efectuados al sistema. Con los ex -funcionarios y funcionarios en servicio activo de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, esta entidad deberá acordar mecanismos de pago de los aportes no descontados en su oportunidad de acuerdo con el salario real.

6. Como quiera que la reliquidación de la pensión y el cobro reajustado de las cotizaciones implica la modificación de situaciones jurídicas particulares contenidas en actos administrativos en firme, se precisa elevar solicitud expresa del funcionario o exfuncionario.

7. Siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Sección Segunda de esta Corporación, el derecho a la pensión no se puede afectar, ni siquiera en los casos de falta de cotización. En consecuencia, no es viable subordinar el reajuste de la pensión con base en la asignación percibida en moneda extranjera, al pago del mayor valor de las cotizaciones. Lo anterior opera, sin perjuicio de los descuentos a que hubiere lugar en el acto de reliquidación de la pensión.

8.9. Para determinar el monto de las cotizaciones adicionales que deben realizarse deberán tomarse en cuenta el monto de las cotizaciones faltantes actualizadas, de acuerdo

con la fórmula de actualización aceptada por la Jurisprudencia de la Secciones Segunda y Tercera de esta Corporación.

Transcribábase a la señora Ministra de Relaciones Exteriores. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Con el respeto acostumbrado, me separo del concepto aprobado por la Sala, en síntesis por dos razones a saber: la primera, considero que una sentencia proferida en acción de tutela no puede condenar a un grupo indeterminado de personas, y la segunda, porque la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no puede avalar, en un concepto, esta creación genérica de obligaciones y derechos. Paso a referirme, muy brevemente a estos temas.

1. Los efectos de las sentencias de tutela

La Sala Segunda de Revisión de tutelas, conformada por tres de los nueve magistrados que integran la Corte Constitucional, en sentencia T-098/06 de fecha 16 de febrero de 2006⁶⁵⁴, cuyo peticionario fue el Sr. Armando Echeverri Jiménez y el demandado el Ministerio de Relaciones Exteriores, tomó las siguientes decisiones en su parte resolutive:

“Primero: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia REVOCAR los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Laboral y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Armando Echeverri Jiménez, en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores. En consecuencia, se CONCEDE el amparo a los derechos fundamentales a la dignidad, seguridad social, mínimo vital y debido proceso en conexidad con el derecho a la igualdad.”

“Segundo: ORDENAR al Ministerio de Relaciones Exteriores que, si aún no lo ha hecho, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, proceda a enviar al Instituto de Seguros Sociales - ISS, la información que constitucionalmente corresponde para la pensión que le corresponda al señor Armando Echeverri Jiménez, como son los salarios que realmente devengó al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que esta nueva circunstancia material sea tenida en cuenta por el ISS en una correcta liquidación de la pensión que le corresponda al actor.”

“Igualmente, considerando que los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores al ISS correspondieron a un salario menor al devengado por el señor Armando Echeverri Jiménez, el mismo tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados según el salario real del trabajador, obligación compartida por el empleador y el trabajador, DISPONER que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el señor Armando Echeverri Jiménez quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda, la parte no aportada de las cotizaciones, a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora.”

654 M.P. Dr. Beltrán Sierra. expediente T-1232077.

“Tercero: Teniendo en cuenta la existencia de una línea jurisprudencial consolidada, en el sentido de sostener que la liquidación de aportes para pensión de quienes hicieron parte del cuerpo diplomático en el exterior debe hacerse tomando como base el salario realmente devengado y nunca un salario inferior, se PREVIENE al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre sus efectos vinculantes, para que la precitada doctrina sea observada y aplicada en casos semejantes.”

“Cuarto: LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.”⁶⁵⁵ (Resaltados en el original).

De la lectura completa de la sentencia de tutela de tal Sala de Revisión, y en especial de la parte resolutoria, surgen múltiples dudas, las cuales planteo en forma interrogativa así:

- a. ¿Puede una sentencia de tutela definir definitivamente⁶⁵⁶ un asunto, cuando existe otro medio de defensa judicial y no medie un perjuicio irremediable?
- b. ¿Puede una sentencia de tutela, condenar al peticionario de la protección de su derecho fundamental, a pagarle a un tercero no parte del proceso, una cierta suma de dinero, cuando ninguna de las partes lo solicitó, y obviamente el tercero tampoco, porque no concurrió al juicio?
- c. ¿Puede una sentencia de tutela, ordenarle al tercero que no fue parte que pague una pensión, o un reajuste pensional?
- d. ¿Puede una sentencia de tutela, sin que medie la prueba del valor del capital necesario para que el tercero pague el reajuste pensional, ordenar un pago de aportes dejados de realizar?
- e. ¿Puede una sentencia de tutela, ordenarle a una de las partes, La Nación representada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a unos terceros que no son parte del proceso, como el Instituto de los Seguros Sociales, o eventualmente las cajas de previsión o los fondos privados de pensiones, y a unos pensionados que tampoco fueron parte, que paguen unos dineros para reajustar unas pensiones de jubilación?
- f. ¿Qué significa la expresión PREVENIR sobre los efectos vinculantes de esa tutela que utiliza la resolución tercera transcrita: una amenaza, una orden, una condena?

A juicio del suscrito Magistrado, la respuesta a la totalidad de los interrogantes planteados es negativa, y a riesgo de ser reiterativo y exponer lo evidente, en forma esquemática sustento la respuesta dada a las anteriores preguntas, así:

a. ¿Puede una sentencia de tutela definir definitivamente un asunto, cuando existe otro medio de defensa judicial y no medie un perjuicio irremediable?

El artículo 86 de la Carta, en su tercer inciso dispone: “esta acción (la de tutela) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que

655 Texto tomado de la versión magnética obtenida en la página web de la Corte Constitucional www.constitucional.gov.co.

656 Puede parecer una tautología decir que la tutela decide definitivamente, sin embargo, como se verá, cuando hay otro medio de defensa judicial, define de manera transitoria.

aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, del que se desprende con toda evidencia que la tutela solo tiene dos situaciones en las que procede, la primera cuando no hay otro medio de defensa judicial, y la segunda, en forma transitoria cuando se busque evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del reajuste pensional de los exdiplomáticos, existe otro medio de defensa judicial, esto es, accionar contra la entidad pagadora de su pensión, Instituto de los Seguros Sociales o la caja de previsión respectiva, quien podría denunciar el pleito a la Nación representada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, proceso en el que también podrían discutirse todos los pormenores de estos reajustes, sin las limitantes procesales del trámite incidental de la tutela.

La Corte Constitucional, en vez de hacer un pronunciamiento provisional si consideraba que había un perjuicio irremediable dada la avanzada edad del peticionario, o de rechazar la tutela porque no existía tal situación, definió de manera permanente el conflicto.

Es clara la oposición entre el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política con la parte resolutive del fallo de tutela que se comenta y que además sirve de base del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del que me aparto, puesto que la norma constitucional solo permite que la sentencia de tutela sea definitiva cuando no exista otro medio de defensa judicial, y en el caso que se comenta, existiendo ese otro medio, en vez de que la decisión fuere transitoria, se profirió una serie de condenas en forma definitiva. La Corte Constitucional actuó por fuera de sus competencias, y éste por lo menos debió ser un tema de reflexión dentro del concepto del que me aparto.

¿Es la acción de tutela un proceso de conocimiento? (Respuesta a las preguntas b, c, d, y e)

En las preguntas relacionadas el asunto que se plantea hace referencia a las limitaciones procesales de la acción de tutela derivadas de su propia naturaleza de ser un amparo, cercano a los llamados “interdictos” cuya finalidad es simplemente la de dar una orden o proteger un determinado estado de cosas o *statu quo* frente al abuso o amenaza de un tercero,⁶⁵⁷ desprovista por tanto de instituciones procesales tan importantes como un verdadero período probatorio, una discusión jurídica de fondo en los traslados para alegar de conclusión, la citación o intervención de terceros, la demanda de reconvencción, etc. Son tan grandes las limitaciones procesales de esta acción que no hay campo para discutir las causales de exoneración de la responsabilidad, como la causa extraña, el hecho exclusivo de la víctima o el de un tercero, esenciales a toda sentencia de responsabilidad.

Con el único fin de ilustrar los límites del procedimiento de tutela, baste con resaltar que en la segunda condena de la sentencia de tutela, se ordena “DISPONER que tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el ... (demandante) quedan obligados a cancelar al ISS, en la proporción que les corresponda, la parte no aportada de las cotizaciones,

657 Ver: SOHM, Rodolfo. “Historia e instituciones de ley Derecho Privado Romano” Traducción de la 7ª Edición. Ed. La España Moderna. Madrid 1883. Págs. 393 a 399.

a lo cual procederán una vez el ISS indique a cada uno la suma que adeudan por concepto de aportes, sin que dicha suma incluya valores correspondientes a sanciones ni a intereses de mora”, sin saber si este capital, representado por el mayor valor de las cotizaciones, realmente alcance para pagar el reajuste pensional, dado que no se realizó un dictamen pericial que así lo indique. El valor que fije el ISS, es incontrovertible, o puede discutirse en otra tutela?

El suscrito magistrado no entiende cómo se profieren unas condenas definitivas, incluso con efectos *erga omnes*, en un proceso que no puede ser de condena pues no fue estructurado para esto, sino tan sólo para dar una “orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo” según el mandato constitucional⁶⁵⁸. Decisiones como ésta y todas las anteriores en las que se fundamenta, han sido dictadas por fuera de la competencia de la Corte, por lo que mal puedo suscribir sin salvar el voto, el concepto en el que se avalan, sin reflexión, sentencias de tutela como la comentada.

f. ¿Qué significa la expresión PREVENIR sobre los efectos vinculantes de esa tutela que utiliza la resolución tercera transcrita: una amenaza, una orden, una condena?

Cuando se repasa el artículo 86 de la Carta, fácilmente se desprende que la acción de tutela es un mecanismo eminentemente subjetivo de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Cada persona a quien se le ha amenazado o vulnerado uno de estos derechos, puede pedir que el juez emita una orden para impedir que se le viole o continúe la conducta vulnerante. La finalidad de la tutela implica que esa sentencia tenga obviamente efectos *inter partes*. Nuevamente hay una falta de competencia de la Corte Constitucional al pretender hacerla obligatoria a la administración y a los terceros que, sin ser parte del proceso también resultan condenados, como por ejemplo el Instituto de los Seguros Sociales o incluso los mismos pensionados que no han reclamado, quienes deben pagar un mayor aporte.

La orden dada cobija a todos los pensionados en cualquier tiempo, por lo que tiene un clarísimo efecto retroactivo, pretendiendo modificar todas las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad al fallo, incluso aquellas realizadas antes del cambio constitucional operado en 1991, sin considerar que en el anterior régimen, las pensiones de jubilación se trataban jurídicamente como un derecho subjetivo, protegido bajo la noción del derecho adquirido, pero que no hacía parte de un derecho constitucional a la seguridad social, definido hoy por el artículo 48 superior. Decía el artículo 62 de la anterior Carta política que “la ley determinará... las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público.”

La rara mezcla de filosofías políticas que hace la Corte Constitucional en la sentencia que comento, y que el concepto de la Sala acoge sin el menor juicio, entre el *estado de bienestar* y el *neoliberalismo*, en la que garantiza los derechos constitucionales fundamentales pero el particular tiene que pagar por ellos, no se practicaba bajo el amparo de la anterior constitución.

658 Artículo 86 inciso segundo.

Esta retroactividad de la “prevención” que hace la sentencia de tutela en la que se funda el concepto del que me separo, es claramente inconstitucional, pues introduce en las relaciones jurídicas existentes y consolidadas unas obligaciones nuevas, que ninguna de las partes de esa relación pudieron tener en consideración al momento de comprometerse en ellas.

Fecha ut supra.

SUSCRIBE EL SALVAMENTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero.

5. Banco Agrario de Colombia. Alcance del Artículo 1 del Decreto 404 de 2006.

Radicado 1761

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 2006/08/24

Levantamiento de la reserva mediante auto del 30 de septiembre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, consulta a la Sala sobre el alcance del artículo 1o. del decreto 404 de 2006, en los siguientes términos:

“¿En virtud de la expedición del Decreto 404 de 2006, y específicamente de lo dispuesto en su artículo 1, tiene el Banco Agrario de Colombia la obligación de reconocer durante la vigencia del contrato de trabajo las prestaciones sociales correspondientes a: vacaciones, prima de vacaciones y bonificación por recreación, a los trabajadores oficiales del Banco?”.

CONSIDERACIONES

1. Banco Agrario de Colombia S.A.

El Banco Agrario de Colombia es una Sociedad Anónima de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del estado, vinculado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, establecimiento de crédito autorizado por la Superintendencia bancaria para funcionar como banco comercial. Esto significa que de acuerdo con el artículo 68 de la ley 489 de 1.998, el banco es una entidad pública descentralizada del orden nacional.

2. Servidores Públicos

El Constituyente de 1991, clasificó a los servidores públicos del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tres categorías generales, según se desprende del contenido del artículo 123, esto es: miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales; sin embargo por razones de metodología y en atención a la materia que se consulta, la Sala se referirá a las dos últimas categorías y en especial a la de trabajadores oficiales.

En relación con los *empleados públicos* la Constitución Política establece que la regla general para su ingreso al servicio es el concurso, y que su régimen de permanencia,

ascenso y retiro es la carrera administrativa (art. 125) y confiere al Congreso la facultad de dictar las normas generales que deben ser tenidas en cuenta por el gobierno al momento de fijarles el régimen salarial y prestacional (art. 150-19-e); en tanto que a los *trabajadores oficiales* los excluye del régimen de carrera administrativa (art.125) y defiere en el legislador la facultad de expedir las leyes marco a las cuales debe sujetarse el gobierno para efectos de *“Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales”*, (art. 150-19-f).

En el ordenamiento legal, la clasificación de empleados públicos y trabajadores oficiales fue sistematizada por el decreto ley 3135 de 1968 expedido en el marco de la reforma administrativa de ese año en Colombia. Al respecto, el artículo 5o. del mencionado decreto prescribe:

“ARTICULO 5. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.”

Las personas que presten sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”. (Resalta la Sala).

Los apartes subrayados del inciso segundo fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-484 de 1995, por considerar que *“la fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales o comerciales, corresponde a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello, modifique la naturaleza del empleo ni la de la relación laboral de carácter oficial que está dada por ley”*.

Como corolario de lo expuesto se tiene que las personas que prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las anteriores, tienen por regla general la categoría de trabajadores oficiales y, en consecuencia, están vinculadas por contrato de trabajo, excepción hecha de algunos cargos que ocupan personas que cumplen actividades de dirección o confianza, expresamente contemplados en los estatutos de las mismas, quienes ostentan el carácter de empleados públicos sometidos a una situación legal y reglamentaria.

3. Régimen salarial y prestacional de los servidores públicos

Manteniendo en términos generales el esquema normativo trazado por la Constitución Política de 1886 con las modificaciones introducidas específicamente por la reforma constitucional de 1.968 (artículo 76-9), la Carta de 1.991 dispuso que corresponde al Congreso de la República por medio de una ley *—de las denominadas Leyes Marco—*, establecer las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para *“Fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública”* y *“Regular*

el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales”. (art. 150, numeral 19, literales e) y f).)

Paralelamente, al Presidente de la República el artículo 189-14 Superior lo faculta para *“Crear, fusionar y suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar las funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos”,* al tiempo que le señala la prohibición de crear con cargo al tesoro, *“obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales”.*

En síntesis, el Presidente de la República con base en las normas generales profesadas por el Congreso sobre la materia, fija el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, competencia que en relación con los trabajadores oficiales, se contrae primordialmente a establecer el régimen prestacional mínimo que ha de regir los contratos, de manera que cualquier pacto por debajo de dichos mínimos es nulo y carece de validez.

Así mismo, conviene precisar que como los trabajadores oficiales gozan del derecho de sindicalización y, por ende, del de negociación colectiva, pueden celebrar convenios colectivos de trabajo en los que se consagren mejores condiciones de empleo, mayores salarios, prestaciones sociales, recreación, educación, etc., salvo las excepciones o limitaciones establecidas en la ley (art. 55 C.N.). En torno a este tema, la Corte Constitucional en sentencia C-112 de 1993, dijo:

“La Contratación Colectiva no es ajena a la situación económica y social de las empresas estatales, a los gastos de administración que debe fijar el Legislador (art. 150 numeral 11 C.N.) ni al régimen laboral de sus servidores (Arts. 150 numeral 7o. y 210 C.N. y Decretos 1050 y 3074 de 1968).

Dentro del margen de discrecionalidad que le permiten la Constitución y la Ley, la negociación colectiva está precedida por la prevalencia del interés general o colectivo y del bien común.

Por ello, la ausencia de los lineamientos legales y de los topes señalados por el Legislador conduciría a que, por la vía de la contratación colectiva aquellos se desconocieran, con el consiguiente quebrantamiento de la potestad del Legislador de regular dichas materias.

Así mismo, produciría el desbordamiento de los gastos de la administración, permitiendo realizar erogaciones no contempladas en la ley de apropiaciones de la respectiva entidad, o en cuantía superior a la fijada en ésta, o a que aquellas se destinaran a fines no previstos en sus presupuestos.

Ello conduciría a que por ese medio pudiesen desequilibrarse las apropiaciones y crear el Gobierno o las entidades de la Administración Nacional -dentro de las cuales están las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en los términos examinados a la luz de las disposiciones constitucionales precitadas- obligaciones con cargo al tesoro nacional que excedieran el monto global fijado para el respectivo servicio en la misma ley de apropiaciones, con ostensible quebranto de los artículos 189-14 y 364 de la Carta Política.

Por ello, las entidades del Estado, al igual que sus sindicatos y trabajadores, deben negociar dentro de los límites legales con el fin de lograr un orden económico y social más justo, en el que exista un equilibrio entre el Estado y sus trabajadores en el logro de la justicia y equidad.

De ahí que las pretensiones laborales no puedan ser a tal punto ilimitadas, que conlleven al aniquilamiento de la empresa, a su quiebra, deterioro o improductividad, y que tampoco los entes estatales puedan constitucionalmente conceder salarios, prestaciones o prebendas irrisorias, al margen de la realidad social. (...)

Por ello, para la Corte es claro que bien puede el Legislador, en ejercicio de sus competencias constitucionales fijar topes máximos a la remuneración y prestaciones de los trabajadores oficiales pues tal actuación tiene nítido asidero constitucional en las disposiciones ya comentadas, sin que, por lo demás, pueda válidamente aducirse que tal proceder comporta desconocimiento de la libertad de negociación colectiva, ya que, si el Gobierno está sometido a los derroteros normativos que sobre la materia fije la Ley, con mayor razón lo están sus representantes en las citadas entidades y sus trabajadores al negociar su régimen salarial y prestacional y al plasmarlo en las Convenciones respectivas.

(...)". (Destaca la Sala).

4. Alcances del decreto 404 de 2006

Las consideraciones preliminares de esta ponencia, así como los elementos de análisis suministrados por la consulta, permiten a la Sala tener claridad sobre los siguientes elementos fácticos y jurídicos, indispensables para el concepto que se solicita:

1. El Banco Agrario es una entidad pública descentralizada del orden nacional, organizada como sociedad anónima de economía mixta, sujeto al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.
2. La consulta se refiere a los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo al Banco del Estado.
3. El artículo 1o. del decreto 404 de 2.006 consagra para empleados públicos y trabajadores oficiales de entidades públicas del orden nacional, que se retiren del servicio sin haber cumplido un año de labor, el derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado, las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación.

Bajo estos presupuestos, corresponde a la Sala establecer la naturaleza del decreto en mención, con el fin de determinar sus alcances en relación con los trabajadores oficiales del Banco Agrario

Al respecto, cabe recordar que el artículo 150 de la Constitución Nacional dispone, en sus numerales 7o. y 11:

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

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

crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. (...)

11. *Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración. (...)*”.

A su vez, en el artículo 210 la Carta señala:

“ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. (...)

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”. (Destaca la Sala).

Armonizando el contenido de los preceptos citados con los elementos fácticos y jurídicos antes enumerados, se concluye que el Congreso está facultado para determinar mediante ley la estructura de la administración nacional, que incluye las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de éstas, como lo es el Banco Agrario; establecer el régimen jurídico de las mismas, esto es, entre otros aspectos lo atinente al régimen salarial y prestacional de los trabajadores oficiales de las respectivas entidades, todo ello en armonía con la competencia que la misma Carta le otorga para fijar los gastos de la administración.

Precisamente en ejercicio de esta última facultad⁶⁵⁹, el Congreso expidió la ley 995 de 2005, que en su artículo 1o. estableció:

“ARTICULO 1o. DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO O TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por un año cumplido, tendrán derecho a que éstas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado”.

Para entender el alcance de la disposición transcrita, es preciso revisar la legislación vigente a la fecha de expedición de la ley 995 sobre el reconocimiento y la compensación en dinero de las vacaciones causadas y no disfrutadas por el empleado, tanto en el sector público como en el sector privado.

El Código Sustantivo del Trabajo, aplicable a los empleados del sector privado, en el numeral 2o. del artículo 189, expresamente derogado por el artículo 2o. de la ley 995 de 2005, decía:

“ARTICULO 189. COMPENSACION EN DINERO DE LAS VACACIONES. (...)

2. Cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá (por año cumplido de servicio) y proporcionalmente por fracción de año, (siempre que éste exceda de tres meses)”.(Negrillas de la Sala).

659 GACETA DEL CONGRESO No. 390 DEL 26 DE JUNIO DE 2004 (páginas 17 y 18). En la exposición de motivos del proyecto de ley No. 60 de 2004 que devino en la ley 995 de 2005 se dijo: “Es preciso, por último, advertir que el presente proyecto de ley se ajusta a los preceptos constitucionales y legales, específicamente a lo consagrado en los artículos 150 y 154 que se refieren al origen de las iniciativas legislativas, sobre todo en los casos en que los proyectos de ley fijen nuevos gastos de la administración”.

NOTA: Los apartes entre paréntesis fueron declarados inexecutable en sentencias C-035 de 1995 y C-019 de 2004, respectivamente.

En el sector público dicha compensación se encontraba consagrada en el artículo 21 del decreto 1045 de 1978, también expresamente derogado por la ley 995 de 2005, el cual señalaba:

*“ARTICULO 21. DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES NO CAUSADAS EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO. Cuando una persona cese en sus funciones **faltándole treinta días o menos para cumplir un año de servicio**, tendrá derecho a que se le reconozcan y compensen en dinero las correspondientes vacaciones como si hubiera trabajado un año completo”.*

Del texto de las normas transcritas se observa que en el *sector privado* cuando el contrato terminaba sin que el trabajador hubiera disfrutado de vacaciones, éstas se le compensaban en dinero proporcionalmente por fracción de año y sin tener en cuenta el tiempo que hiciera falta para completar el año de servicio; en tanto que en el *sector público*, si bien es cierto que procedía la compensación en dinero cuando el empleado o trabajador era retirado del servicio sin que hubiera disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces, también lo es que para que se le reconocieran las correspondientes al último año de servicios se requería que faltaran treinta días o menos para cumplirlo.

En consecuencia, el logro de esta ley consistió en hacer extensivo a los servidores del Estado –*empleados públicos y trabajadores oficiales*- un derecho del cual ya eran beneficiarios los empleados del sector privado, esto es, el de reconocerles y concederles la compensación en dinero de las vacaciones causadas y no disfrutadas proporcionalmente por fracción de año, cualquiera que ésta sea, unificando de esta manera la legislación vigente a la fecha de expedición de la ley y que constituía una clara discriminación para los servidores públicos.

Así lo manifestó el ponente, en la exposición de motivos del proyecto de ley, en el cual dijo:

“Mi pretensión como Representante a la Cámara con la presente iniciativa legislativa es el reconocimiento para los servidores públicos de derechos que la normatividad vigente hasta el momento ha desconocido injustamente, como es el caso de la compensación en dinero de las vacaciones no disfrutadas por éstos cuando se produce el retiro del servicio y no se ha causado completamente el derecho. La presente iniciativa pretende entonces restablecer la justicia y la equidad para los empleados públicos y trabajadores oficiales al reconocerles, en estos casos, el pago proporcional en dinero de las vacaciones. (...)

*Es pertinente destacar que el sentido y fines del derecho a las vacaciones son el que los empleados disfruten efectivamente de su período vacacional, de acuerdo a los términos y plazos establecidos en la ley, y que **solamente como excepción** se permita el pago o compensación en dinero de éstas sin que sean disfrutadas efectivamente.*

Una de estas excepciones se configura cuando el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria terminan sin que el empleado o servidor hubiere disfrutado de las vacaciones.

*La reglamentación vigente en Colombia frente a esta excepción **trae tratamientos diferentes**, tanto para los empleados del sector privado como para los del sector público estatal;(…)*

Por lo tanto y según las normas y la jurisprudencia descritas a los trabajadores y empleados del sector privado, en los eventos de terminación del contrato, se les reconoce la compensación en dinero de las vacaciones no disfrutadas por año o proporcionalmente por fracción de año, cualquiera que ésta sea.(...)

En síntesis, los trabajadores, bien sea del sector privado o del público, deben recibir compensación o indemnización monetaria al no poder disfrutar en forma efectiva de las vacaciones, toda vez que las vacaciones así como la compensación en dinero son derechos que se causan con el simple transcurso del tiempo laborado y, por ello no resulta razonable ni proporcional que se desconozca un período de tiempo efectivamente trabajado”.⁶⁶⁰ (Se resalta).

Una vez consagrado para los servidores públicos, mediante la ley 995 de 2005, el mismo derecho de que disfrutaban los empleados del sector privado en relación con el reconocimiento de las vacaciones en dinero y proporcionalmente al tiempo laborado, el Gobierno Nacional, con fundamento en las normas generales previstas en la ley 4a. de 1992 -*ley marco para asuntos salariales y prestacionales*- expidió el decreto 404 del 8 de febrero de 2006 –*por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional*- en el cual se estableció:

“ARTICULO 1o. Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación”.

Este decreto, que es de los denominados decretos reglamentarios de Ley Marco, reprodujo lo dispuesto por la ley 995 de 2005 en relación con el reconocimiento y la compensación en dinero de las vacaciones a los empleados públicos y trabajadores oficiales en todos los órdenes, y a su vez amplió a otros servidores públicos, el reconocimiento de la *bonificación por recreación* prevista hasta ese momento sólo para los empleados públicos del orden nacional, como se verá a continuación.

En efecto, la bonificación por recreación fue creada como una institución salarial mediante decreto ley 451 de 1984⁶⁶¹ –*por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para el personal que presta sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencia, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del orden nacional*- que en su artículo 3o. dispuso:

“ARTICULO 3o. Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.

660 GACETA DEL CONGRESO No. 390, 26 de julio de 2004, pags. 17 y 18.

661 Este decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la LEY 52 DE 1983 que en su artículo 1o. señaló: “ARTICULO PRIMERO. De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístase, al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de sesenta (60) días, contados a partir de la vigencia de esta ley, para los siguientes efectos:

1o. Fijar la escala de remuneración y el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación correspondientes a las distintas categorías de empleos de: a) La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, incluidas las Unidades Administrativas Especiales; ...).

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones. (...)”.

La norma en comento –*artículo 3o. decreto 451 de 1984-* fue derogada expresamente por el decreto 25 de 1995 –*expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales previstas en la ley 4a. de 1992-* que en su artículo 15 prescribió:

“ARTICULO 15. BONIFICACION ESPECIAL DE RECREACION. Los empleados públicos a que se refiere el presente decreto⁶⁶² tendrán derecho a una bonificación especial de recreación, en cuantía equivalente a (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute de sus vacaciones.

Esta bonificación no constituirá factor de salario para ningún efecto legal y se pagará por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha señalada para iniciar el disfrute del descanso remunerado”.

Nótese cómo el decreto ley 451 de 1984 creó la bonificación en beneficio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, incluidas las Unidades Administrativas Especiales y posteriormente, el decreto 25 de 1995 la mantuvo para esa categoría de servidores y la hizo extensiva a empleados de entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial, como lo son, las Corporaciones Autónomas Regionales y los entes Universitarios Autónomos.

Posteriormente, por decreto 1919 de 2002 –*por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial-* se otorgó la misma bonificación a los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel territorial, al disponer el referido decreto que a partir de su vigencia, dichos servidores públicos gozarían del régimen de prestaciones sociales consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. (arts. 1o. y 4o.). Igual sucedió con la prima de vacaciones contemplada para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del nivel nacional en el artículo 24 del decreto 1045 de 1978⁶⁶³, y que en virtud de lo establecido en el decreto 1919, entró a hacer parte del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel territorial.

Ahora, con la expedición del decreto 404 de 2006, se amplió el ámbito de aplicación de la bonificación por recreación y de la prima de vacaciones a los trabajadores oficiales del orden nacional, modificando así el artículo 15 del decreto 25 de 1995 en relación con los destinatarios de la dicha bonificación.

662 DECRETO NUMERO 25 DE 1995, “por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por *empleados públicos* de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos, Entes Universitarios Autónomos, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, *del orden nacional* y se dictan otras disposiciones”.

663 DECRETO 1045 DE 1978, “ARTICULO 24. De la prima de vacaciones. La prima de vacaciones creada por los Decretos leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fuere establecida por las citadas normas. (...)”.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala RESPONDE:

El Banco Agrario de Colombia S.A. debe reconocer y pagar a sus trabajadores oficiales, durante la vigencia de los respectivos contratos de trabajo, las prestaciones sociales previstas en el artículo 1o. del decreto 404 de 2006.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural. Igualmente, envíese copia a la Secretaría jurídica de la Presidencia de la Republica.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

6. Régimen salarial y prestacional de empleados públicos que cambian de empleo por: (i) comisión de servicios, (ii) reubicación por desplazamiento, (iii) reincorporación como consecuencia de la supresión de empleos y (iv) concurso.

Radicado 1777

Consejero Ponente: Flavio A. Rodríguez Arce

Fecha: 2006/11/15

Levantamiento de la reserva mediante auto del 10 de diciembre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública formula consulta a la Sala en relación con el régimen salarial y prestacional aplicable a los empleados públicos que por razones de su participación en un concurso de méritos, por comisión de servicios, por desplazamiento o por supresión del empleo, pasan a ocupar otro empleo público con un régimen distinto. Concretamente pregunta:

“1.- Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es inscrito en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional?

2.- Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en la misma entidad, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

3.- Cuál es el régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

4.- Si bien las normas que regulan la liquidación de cesantías con liquidación retroactiva no contempla (sic) la solución de continuidad, en virtud del artículo 2º del decreto 1252 de

2000 y por tratarse de un ascenso dentro de la carrera administrativa, se pregunta: ¿el empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que mediante ascenso cambio de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad?

5.- ¿Cuál es el régimen de cesantías del empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que mediante ascenso cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004?

6.- ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado que participó a un cargo de otra entidad nacional o territorial con régimen salarial y prestacional diferente? ¿El empleado conserva el régimen que venía percibiendo o por tratarse de una nueva vinculación, por cuanto media un nombramiento en período de prueba, debe someterse al régimen salarial y prestacional de la entidad a la cual se vincula?.

7.- ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó a un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando? ¿conserva la prima técnica que se le había otorgado cuando era viable concederla a empleados del nivel profesional y asesores de la planta global?

8.- Un empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y es nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción de la misma entidad o de otra entidad y al cual se le confiere comisión para desempeñar dicho empleo, al tomar posesión del empleo de libre nombramiento y remoción mantiene el régimen de cesantías retroactivas o se suspende su relación laboral como empleado de carrera y pasa al régimen de cesantías anualizado?

9.- ¿Qué sucede con sus cesantías retroactivas cuando se retire del empleo de libre (nombramiento y remoción) y se devuelva al de carrera?

10.- ¿En el evento que el empleado solicite un pago parcial de cesantías encontrándose desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción, con qué salario se deben liquidar?

11.- El salario del empleo ejercido mediante comisión para ejercer el empleo de libre nombramiento y remoción, debe tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías en el régimen retroactivo?

12.- O contrario al punto anterior, el último sueldo o jornada (sic) devengado, a que hace alusión el artículo 6º del decreto 1160 de 1947, debe entenderse como el propio del empleo que da derecho a gozar del régimen de cesantías retroactivo?

13.- Al ser el empleado público de carrera reincorporado en otro empleo del nivel nacional o territorial, por razón de la supresión de su cargo o por razones de desplazamiento, qué régimen salarial y prestacional se les debe aplicar? ¿el que rige en la entidad donde se encontraba vinculado o el de la nueva entidad donde es reintegrado?"

LA SALA CONSIDERA:

Corresponde a la Sala dilucidar cuál es el régimen salarial y prestacional del empleado público- en provisionalidad o en carrera - que cambia de empleo – dentro de la misma entidad o en entidad diferente - por concurso, ascenso, comisión de servicios, reubicación por desplazamiento y/o reincorporación por supresión de cargo. La mayoría de los interrogantes inquieran si los servidores públicos que gozan de cesantías retroactivas y mudan de cargo por las referidas situaciones, conservan la retroactividad de las mismas o su régimen corresponde al del nuevo empleo. Para darle solución a los problemas jurídicos planteados la Sala parte de varias premisas:

1.- El nombramiento de empleados públicos es un acto condición y por ende su régimen salarial y prestacional es fijado por el ordenamiento jurídico.

2.- El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos puede ser modificado, razón por la cual para proteger los derechos adquiridos y mantener las condiciones laborales, el legislador prevé regímenes de transición, como ocurre en el caso de las cesantías.

3.- Los empleados públicos pueden cambiar de empleo, por diferentes causas, con solución o no de continuidad en la prestación del servicio, ya sea en la misma entidad o en otra, variables que se interrelacionan entre sí, y determinan sus derechos en materia salarial y prestacional.

4.- Por regla general, el régimen salarial y prestacional aplicable a los servidores públicos es el estatuido para el nuevo empleo; sin embargo, en ocasiones, puede mantenerse el régimen anterior por las causales previstas por el legislador.

1. El nombramiento de empleados públicos es un acto condición y por ende su régimen salarial y prestacional es fijado por el ordenamiento jurídico

El acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y, en tal virtud, el ingreso al servicio implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido en la ley y los decretos reglamentarios. Por ende, el servidor tiene una sujeción al status legal o reglamentario general o especial que corresponda y se coloca indefectiblemente en la situación jurídica allí prevista.

Por ello, en armonía con lo dispuesto por el artículo 150.19.e) de la Constitución Política, la ley 4ª de 1992, que establece las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de otros servidores, prevé que : (i) el régimen salarial y prestacional está dado en atención al empleo, a su nivel, su estructura, a la naturaleza de las funciones, de las responsabilidades y calidades exigidas para su desempeño – art. 2º -; (ii) para cada cargo o categoría de cargos se fija una escala y tipo de remuneración – art. 3º -; (iii) para fijar el régimen salarial y prestacional el Gobierno Nacional debe tener en cuenta, entre otros objetivos y criterios, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado; la sujeción al marco general de la

política macroeconómica y fiscal; la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad – art. 2º *ibídem*-.

En síntesis, la regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor. Por ello el artículo 7º del decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de “percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley”⁶⁶⁴ De esta manera y como lo consagra el artículo 19 de la ley 909 de 2004, es claro que los elementos de la noción de empleo público constituyen el núcleo básico de la estructura de la función pública.

Siguiendo a Gaston Jèze, puede afirmarse, entonces, que el acto de nombramiento de un empleado público “es un acto condición de aplicación a un individuo de un status legal o reglamentario, de una situación jurídica general e impersonal, es una manifestación de voluntad que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal, o de regularizar el ejercicio de un poder legal (...)”⁶⁶⁵

Así, resulta evidente que el nombramiento y posesión de una persona en un cargo público la coloca en el status de empleado público, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional vigente al momento del ingreso, que además de ser el preestablecido por el legislador y por el gobierno nacional según sus competencias, es de carácter general e impersonal.

2. El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y la protección de los derechos adquiridos sin desmejora de las condiciones laborales mediante la adopción de regímenes de transición. El caso concreto de las cesantías

Por su propia naturaleza, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible y por tanto puede ser variado, por razones como la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos y las limitaciones presupuestales de cada organismo o entidad – art. 2º, numerales h) e i) de la ley 4ª de 1992 -⁶⁶⁶.

Sin embargo, como una vez vinculado el empleado a la administración entra a gozar de los derechos constitucionales y legales previstos, entre otras disposiciones, en el artículo 53 de la Carta y en la ley 4ª de 1992 - dentro de los cuales se destacan los derechos adquiridos, la no desmejora de salarios y prestaciones sociales y el respeto a la carrera administrativa -, el ordenamiento jurídico establece regímenes de transición que per-

664 Desde el decreto 1732 de 1960 – art. 12 – (hoy en día derogado) se dispuso que la clasificación de los empleos – de acuerdo a las funciones, responsabilidades y requisitos para su desempeño - sería el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar la remuneración correspondiente, bajo el postulado de que todo empleo será remunerado con base en el sistema que garantice “el principio de igual salario para igual trabajo en condiciones similares”, principio que es reiterado por el artículo 8º del decreto 1950 de 1973. Ver además art. 75 dec. 1042/78

665 JÈZE Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, páginas 48 y siguientes. Sobre la clasificación del acto de nombramiento como acto condición ver además SERRA ROJAS Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., México 1985, pág. 236. STASSINOPOULOS Michel, El acto administrativo. Traducción jurídica del doctor Francisco Sierra Jaramillo, 1981, págs. 42 y 62. BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, Editorial La Ley, tomo II, sexta edición, 1980, págs. 163 y 164. RIVERO Jean, Derecho Administrativo. Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, traducción de la 9ª edición, pág. 97.

666 El propio artículo 4º *ibídem* determina que el Gobierno Nacional cada año, modificará el sistema salarial de los empleados públicos, aumentando sus remuneraciones. Ver sentencia C-710 de 1999.

miten armonizar la necesidad de mutabilidad del régimen salarial y prestacional con los derechos adquiridos de los empleados públicos.

2.1. Caso concreto de las cesantías. El régimen de cesantías ha presentado cambios en tanto del régimen de cesantías retroactivas se pasó al de cesantías anualizadas con intereses

“El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social”⁶⁶⁷. Su evolución puede concretarse así:

2.1.1. El régimen retroactivo de cesantías, que consiste en que esta prestación se liquida con base en el último salario devengado, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios, se consagra claramente en los artículos 17 de la ley 6ª de 1945 y 1º del decreto 2567 de 1946. Esta última norma dispuso:

“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.”

Como lo precisó esta Sala en Consulta 1448 de 2002, el régimen de cesantías previsto en las anteriores normas “(...) tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios ⁶⁶⁸. De esta manera, el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema, sin perjuicio de que el mismo fuera, en principio, más favorable para el trabajador; y se dice en principio porque se parte del supuesto que el trabajador día a día podría mejorar su situación laboral y, por ende, su salario, lo cual no siempre ocurre”.

La ley 65 de 1946, artículo 1º, y el decreto 1160 de 1947, artículo 1º, extendieron el beneficio de las cesantías retroactivas a los trabajadores de los departamentos y municipios y de las antiguas intendencias y comisarias. Se contempló además que el pago de cesantías definitivas procedía cuando operaba el retiro del empleado del servicio.

2.1.2.- El régimen retroactivo de cesantías cesó en la rama ejecutiva del poder público del orden nacional por virtud del decreto ley 3118 de 1968⁶⁶⁹ que dispuso la liquidación anual de la prestación y reconoció intereses a las mismas. A partir de la vigencia de este decreto los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional

667 Consulta 1448 de 2002.

668 En la actualidad algunas personas continúan cobijadas por este régimen.

669 Por medio del cual se creó el Fondo Nacional de Ahorro.

liquidan las cesantías de sus empleados año por año, sin que se hubiere dispuesto ningún régimen de transición para quienes venían disfrutando de cesantías retroactivas.

Teniendo en cuenta que el decreto 3118 de 1968 reguló exclusivamente el régimen de cesantías de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, los empleados del orden territorial mantuvieron el reconocimiento y pago retroactivo de tal prestación, conforme a las normas que lo establecieron⁶⁷⁰.

2.1.3. La ley 33 de 1985 – art. 7º - dispuso que las entidades que a la fecha de vigencia de la ley pagaban cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión, asumirían directamente el pago de dicha prestación. De otra parte, los servidores de la rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados a partir del 1º de enero de 1985 quedaron sometidos al régimen de liquidación anual con intereses de las cesantías previsto en el decreto 3118 de 1968⁶⁷¹. Quienes venían vinculados a esas entidades conservaron el régimen de pago retroactivo de cesantías.

2.1.4. Como se anotó los servidores de las entidades territoriales mantuvieron el régimen retroactivo luego de la expedición del decreto 3118 de 1968 que nada proveyó al respecto. Pero la ley 344 de 1996⁶⁷² ordenó que las personas que se vinculen a partir de su vigencia “a todos los órganos y entidades del Estado” se registrarán por el sistema de liquidación anual de cesantías - art. 13⁶⁷³ - .

Respecto de los servidores vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 344 se mantuvo el régimen retroactivo de cesantías, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 1997. Allí se precisó:

“Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.”

De esta manera con la entrada en vigor de la ley 344 se proscribió el pago retroactivo de cesantías en todos los órdenes del sector público, sin perjuicio de los derechos de quienes lo venían disfrutando, como quedó precisado. El personal uniformado de las fuerzas militares y de la policía nacional mantuvo su régimen⁶⁷⁴.

670 Literal a) del artículo 17 de la ley 6ª de 1945 y artículos 1º de decreto 2767 de 1945, 1º de la ley 65 de 1946 y 1º, 2º, 5º y 6º del decreto 1160 de 1947.

671 Posteriormente se expidió la ley 50 de 1990 que modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías y la ley 244 de 1995 - subrogada por la ley 1071 de 2006 – que tocó lo relativo a la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales y el término de las entidades para su cancelación.

672 Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público.

673 Frente al régimen de los empleados públicos del Distrito Capital ver decretos 1133 y 1808 de 1994, derogados por el art. 6º del decreto 1919 de 2002.

674 El decreto 1919 de 2002 - por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial – dispuso: “Art. 3º. Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la ley 344 de

2.1.5. No obstante que en la rama ejecutiva del orden nacional a partir del decreto 3118 se eliminó el sistema de pago retroactivo de cesantías sin haberse dispuesto la continuidad respecto de quienes lo venían gozando, el artículo 5º de la ley 432 de 1998⁶⁷⁵ reiteró ese mandato de afiliación obligatoria de tales servidores y autorizó la afiliación voluntaria de otros servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Al respecto previó el parágrafo de dicha norma:

“En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora.”⁶⁷⁶

En relación con el pago de las cesantías, la responsabilidad del Fondo Nacional de Ahorro se limitó al monto de los aportes efectivamente consignados por las entidades obligadas a su pago y a los intereses – art. 13 -

2.1.6. El decreto 1582 de 1998⁶⁷⁷ contempló que los servidores públicos del nivel territorial podían afiliarse a los fondos privados de cesantías – ley 50 de 1990 – o al Fondo Nacional de Ahorro. “Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la ley 432 de 1998.” - parágrafo del artículo 1º -

2.1.7. Tal como se desprende de la evolución normativa en la actualidad el régimen de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas beneficia a los servidores públicos de:

a).- La rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 33 de 1985.

b).- Las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996.

Reitera la Sala que los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional dejaron de disfrutar del sistema en mención desde la expedición y vigencia del decreto 3118 de 1968.

El decreto 1252 de 2000⁶⁷⁸ dispuso que “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen *hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional*”.

1996 y el decreto 1252 de 2000”. // Por su parte, el decreto 1252 de 2000, al cual se referirá la Sala más adelante, precisó que a “los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso”.

675 Mudó la naturaleza del Fondo Nacional de Ahorro a la de empresa industrial y comercial del Estado.

676 Norma que reproduce el artículo 27 del decreto 1453 de 1998, reglamentario de la ley 432.

677 Dictado en el marco de la ley 4ª de 1992, para reglamentar los artículos 13 de la ley 344 de 1996 y 5º de la ley 432 de 1998.

678 Dictado en desarrollo de los principios generales establecidos en la ley 4ª de 1992, por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

3. Efectos salariales y prestacional con ocasión del cambio de empleo

La movilidad en el servicio tiene diferentes variables dependiendo de que el servidor público se encuentre escalafonado, en provisionalidad o desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción.

Este movimiento puede ser voluntario, como acontece en los casos de renuncia para aceptar otro cargo una vez se ha superado un concurso en la misma u otra entidad o por ascenso; por razones del servicio, en caso de reincorporación por supresión de empleos originada en la reestructuración de entidades, o por comisión de un empleado de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción; o por factores externos, como acontece con la reubicación por desplazamiento.

Para el análisis del presente asunto la Sala tendrá en cuenta, además, si existe solución de continuidad en la prestación del servicio, si hay terminación del vínculo laboral, si se cambia o no de entidad y si hay lugar al reconocimiento de derechos adquiridos, advirtiendo que las situaciones son variadas y que por tanto el criterio expuesto es necesariamente general.

Debe destacarse que algunos de los interrogantes encuentran solución clara en la ley y en otros se detectan lagunas normativas o preceptos de textura abierta que merecerán estudio especial bajo el supuesto de que por regla general el régimen salarial y prestacional por cambio de empleo es el del cargo que entra a desempeñarse; sin embargo, no siempre se varía el régimen prestacional, puesto que en algunas oportunidades, por especial protección del ordenamiento jurídico, debe supeditarse tal situación al cambio de entidad, o al retiro definitivo del servicio, o a la causa que origina el movimiento de personal.

4. Preguntas concretas

4.1.- Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es inscrito en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional?

Ya dejó la Sala establecido cuáles servidores públicos mantienen el derecho a percibir el pago retroactivo de cesantías.

Los nombramientos provisionales por esencia han tenido vocación de temporalidad explícitamente señalada en la ley⁶⁷⁹. Sin embargo, dado que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-372 de 1999 declaró inexecutable muchas de las disposiciones relacionadas con la Comisión Nacional del Servicio Civil, ante la ausencia del organismo encargado por

679 Arts 53 dec. 1732/60, 5º dec. 2400/68, 28 dec. 1950/73, 4ª ley 61/87, 10 ley 443/98, 8º del decreto 1227 de 2005, mod. por el dec. 3820/05 y 25 de la ley 909/04 y. Este último señala: "Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera." Frente al tema de la provisionalidad en la exposición de motivos del proyecto que a la postre se convertiría en la ley 909 se dijo: "El proyecto omite la figura de la provisionalidad, como estrategia para que los empleos de la administración pública se provean siempre por concurso público, evitando de esta manera la utilización de esta figura que ha servido para desvirtuar el principio de mérito". Gaceta del congreso 232 de 2003, página 23.

mandato constitucional – art. 130 – de la vigilancia y administración de la carrera administrativa, se presentó una inusitada extensión del tiempo de la provisionalidad.

Cotejando las fechas de desmonte de las cesantías retroactivas en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital, con el lapso de duración de los nombramientos provisionales⁶⁸⁰, estima la Sala que deben ser muy pocos los eventos de las personas que se encuentran cobijadas por los supuestos a que alude la primera pregunta.

De esta manera, para avocar el caso concreto de la pregunta debe anotarse que, en principio, en la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, no podrían presentarse casos de empleados con nombramientos provisionales y cesantías retroactivas, por cuanto, como se vio, para ellos este régimen se desmontó desde 1968, por lo que resulta altamente improbable que pueda configurarse la hipótesis prevista en el interrogante.

Ahora bien, el régimen de retroactividad dejó de operar en el orden territorial para quienes se vincularon con posterioridad a la vigencia de la ley 344 de 1996 y en la rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil para los servidores vinculados a partir del 1º de enero de 1985. Los empleados públicos de tales entidades vinculados con anterioridad a las fechas indicadas conservan su régimen.

Para el momento de entrada en vigencia de las leyes 33 de 1985 y 344 de 1996 la provisionalidad tenía un límite en el tiempo y por ende no es jurídicamente posible que un servidor público, con régimen de cesantías retroactivas, hubiera mantenido un nombramiento en tal condición desde ese entonces hasta la fecha, esto es por más de diez años. En la hipótesis prevista en la pregunta, se parte entonces del supuesto de que en algún momento, antes de la sentencia C-372 de 1999, la vinculación del respectivo empleado, supuestamente con régimen de retroactividad en sus cesantías, fue irregular, pues, se reitera la provisionalidad tenía una duración de meses.

Con todo, es claro que el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 consagra que “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas –no se señala en qué condición, si con nombramiento en propiedad o si es un empleado de carrera - continuarán en dicho régimen *hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional*”. Por tanto, si la persona ejerce provisionalmente un determinado cargo, está amparada por el régimen de cesantías retroactivas, y fue nombrada en período de prueba e inscrita en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional, dado que no hay solución de continuidad en la prestación del servicio, ni cambio de entidad, es más se sigue ejerciendo el mismo empleo, se estima que debe continuar amparada por el sistema que venía cobijándola.

En la hipótesis consultada, si bien se pasa de ejercer el cargo en provisionalidad a ejercerlo en período de prueba y luego en propiedad, no hay una terminación de la vinculación laboral con el organismo respectivo y ello permite a la Sala considerar, en virtud del principio de favorabilidad que rige las relaciones de los servidores públicos, que el régimen de cesantías retroactivas se mantiene.

680 La ley 27/92 amplió la cobertura de las disposiciones contenidas en el decreto 2400/68 a los niveles departamental y municipal.

Sobre el particular, en fallo del 1º de septiembre de 2006 recaído dentro del expediente 2702- 00 [68001-23-31-000-1997 (2873) 01], proferido por la Sección Segunda, Subsección “B” de esta Corporación, se dijo:

(...) no pueden confundirse, entonces, las interrupciones transitorias con el retiro definitivo mediante el cual se rompe el vínculo laboral. Por ello, no puede concebirse una acumulación de tiempos de servicio, fruto de diferentes relaciones de trabajo, en cada una de las cuales se ha roto la vinculación para efectos de la obtención de una cesantía definitiva por todos ellos, pues cuando opera la ruptura del vínculo surge para el interesado el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la prestación y si no lo hace en tiempo, puede prescribir (...) Ahora bien, lo relevante legalmente para efectos de LA ACUMULACION DE TIEMPOS SERVIDOS OFICIALMENTE PARA EFECTOS DE LA CESANTIA DEFINITIVA ORDINARIA (RETROACTIVA) es la “continuidad” en el servicio oficial, sin operancia de ruptura de la vinculación laboral administrativa. Entonces, si después de un nombramiento y posesión el empleado “rompe” su vínculo laboral administrativo, v. gr. en virtud de insubsistencia del nombramiento, renuncia, etc., se entiende, que a partir de su desvinculación tiene derecho a reclamar su cesantía definitiva por dicho lapso y comienza a correr el término de prescripción del derecho. **Claro está que, en ocasiones, cuando se trata del mismo “patrono estatal” (v.gr. Departamento) es posible que al terminar una relación, como cuando se le acepta la renuncia del cargo, la persona toma posesión de otro cargo correspondiente a la misma Persona Jurídica Oficial, sin solución de continuidad, se admite la acumulación de tiempos de servicio para la liquidación de la cesantía definitiva retroactiva.”**⁶⁸¹

4.2. Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en la misma entidad, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

Las consideraciones expuestas en el punto 4.1. son aplicables a este evento, pues la única variación entre uno y otro, es el cambio de empleo permaneciendo en la entidad. Aún cuando el empleado debe renunciar al cargo que se ejerce en virtud del nombramiento provisional para entrar a tomar posesión del nuevo empleo, no se rompe el nexo laboral con el correspondiente organismo y ello hace viable que se aplique el artículo 1º del decreto 1252 de 2000. Por ello, se estima que si el servidor tiene régimen cesantías retroactivo debe mantenerse, pues el beneficio del régimen de transición es aplicable a quienes estén inscrito en la carrera administrativa y a quienes tienen nombramiento provisional.

4.3.- Cuál es el régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

En esta hipótesis y dado que hay un rompimiento de la primera relación laboral por voluntad del empleado con la entidad que venía reconociendo y pagando las cesantías retroactivas, no es dable predicar existencia de derechos adquiridos y concluye la Sala que no se

681 Ver además sentencias de la misma Sección Segunda del 15/08/96, exp. 8461; 30/04/77, exp. 2429; y 26/06/97, exp. 10067.

configura el supuesto previsto en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000⁶⁸². De esta manera el régimen de cesantías para el servidor colocado en la referida situación, es el general previsto para el respectivo empleo, sin perjuicio de señalar que una vez se retira de la primera entidad tiene derecho a que ésta le reconozca sus cesantías retroactivas definitivas.

4.4.- “Si bien las normas que regulan la liquidación de cesantías con liquidación retroactiva no contempla (sic) la solución de continuidad, en virtud del artículo 2º del decreto 1252 de 2000 y por tratarse de un ascenso dentro de la carrera administrativa, se pregunta: ¿el empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que mediante ascenso cambio de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad?”

Dentro de los derechos inherentes a la carrera administrativa, el legislador, con fundamento en los criterios de igualdad y equidad, ha protegido el ascenso para quienes estén inscritos en ella, pues, además de convertirse en un estímulo para el servidor público, resalta el mérito como factor determinante para obtener promociones dentro del servicio ⁶⁸³. Por su parte, el artículo 57 de la ley 909 de 2004 ⁶⁸⁴ ampara la conservación y el respeto de “(...) los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos o establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores”.

El ascenso dentro de una misma entidad, por su propia esencia, no implica una terminación de la relación laboral y, por ende, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 si el empleado ascendido disfrutaba del régimen de cesantías retroactivas continua abrigado con el mismo.

Como se vio, el interés real que dio lugar a la anualización de las cesantías, fue el desmonte de la retroactividad pero sin afectar derechos adquiridos y sin desmejorar las condiciones laborales del trabajador. Por ende la situación no puede estudiarse bajo una perspectiva netamente formalista, sino valorando la situación a la luz de principios que informan el derecho administrativo laboral. El objetivo del régimen de transición fue amparar al trabajador mientras dure vinculado. Por tanto, en el evento estudiado la protección de extiende hasta la terminación de la vinculación laboral la cual no se rompe con el ascenso. Una interpretación diferente no es compatible con la finalidad misma que informa esta institución.

4.5. – ¿Cuál es el régimen de cesantías del empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que mediante ascenso cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004?

¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado que participó a un cargo (sic) de otra entidad nacional o territorial con régimen salarial y prestacional diferente? ¿El empleado conserva el régimen que venía percibiendo o por tratarse de

682 Ley 909 de 2004: “Artículo 41. Causales de retiro del servicio (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; Artículo 42. Pérdida de los derechos de carrera administrativa . 1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley”.

683 Ver arts. 2º.b ley 165/38, 65 del dec. 1732/60, 7º y 46 dec. 2400/68, 222 a 227 del dec. 1950/73, 11 de la ley 27/92, 2º y 3º de la ley 443/98, 2º, 7º, 28, y 29 de la ley 909/04.

684 Regula la carrera administrativa, el empleo público y la gerencia pública

una nueva vinculación, por cuanto media un nombramiento en período de prueba, debe someterse al régimen salarial y prestacional de la entidad a la cual se vincula?

La hipótesis presenta una variante en relación con la estudiada en el punto anterior y es la de que en ésta opera cambio de la entidad. Conviene entonces determinar si por dicha situación se pierde el derecho a la retroactividad de las cesantías.

Es claro que: (i) el pago de cesantías retroactivas correspondía a la Caja Nacional de Previsión, y con el artículo 7º de la ley 33 de 1985 esa obligación la asumieron directamente las entidades empleadoras; (ii) las cesantías retroactivas definitivas las paga al momento del retiro del servicio del empleado, la respectiva entidad⁶⁸⁵ y no un fondo de cesantías y ello impide que pueda haber continuidad en el mantenimiento del régimen⁶⁸⁶; (iii) el servidor público que obtiene un ascenso de cargo o que previo concurso es nombrado – en período de prueba - para otro empleo en otra entidad, debe renunciar al anterior empleo y, por ende, rompe su vínculo laboral con el primer empleador, de manera voluntaria, situación que hace cesar el régimen de cesantías retroactivas; (iv) aunque ese movimiento laboral no necesariamente puede implicar solución de continuidad en la prestación del servicio, con el nuevo nombramiento – aún en período de prueba - en un cargo en distinto organismo de la administración el servidor inicia otro vínculo laboral, frente al cual el ordenamiento jurídico tiene previsto un régimen salarial y prestacional; (v) los derechos adquiridos y la no desmejora de las condiciones laborales previstos en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 están condicionados a que el servidor público mantenga su vinculación laboral con el organismo o entidad donde se aplica la modalidad de cesantías retroactivas, supuesto que en la hipótesis estudiada no se configura por las razones anotadas. Tales circunstancias llevan a la Sala a considerar que este evento el derecho a seguir amparado por la retroactividad se pierde.

4.6.- ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó (en un concurso para) un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando? ¿conserva la prima técnica que se le había otorgado cuando era viable concederla a empleados del nivel profesional y asesores de la planta global?

a) *Régimen salarial* . El régimen salarial no varía en cuanto está predeterminado estatutariamente y el servidor continúa en la entidad en el mismo nivel sin solución de continuidad en la prestación del servicio. El cambio de cargo solo determina una posible variación de la asignación básica en consideración a la escala salarial que corresponda.

b) *Régimen prestacional*. Se conserva dada la permanencia en el servicio en la misma entidad sin solución de continuidad, incluido el reconocimiento y pago de cesantías retroactivas si gozaba de ese régimen

685 Ver arts. 1º de la ley 65 de 1946, 28 y 37 del decreto 3118 de 1968 y 32 del decreto 1453 de 1998.

686 Excepcionalmente el Fondo Nacional de Ahorro paga cesantías definitivas, pues los artículos 5º de la ley 432 de 1998 y 27 del decreto 1453 del mismo año al ordenar la afiliación a ese Fondo de todos los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional dispusieron que frente a los servidores públicos con régimen de retroactividad en las cesantías el mayor valor sería responsabilidad de la entidad empleadora.

c) *Régimen de prima técnica*. Como se señala en la Consulta 1745, el decreto 1661 de 1991 – reglamentado por decreto 2164 del mismo año - previó dos clases de prima técnica: a) por formación avanzada y experiencia altamente calificada. b) por evaluación del desempeño⁶⁸⁷ La reglamentación respecto de los niveles en que procede la asignación de la prima ha tenido variaciones. Así, para los cargos del nivel asesor, no adscritos al Despacho del Jefe de la entidad, la prima técnica por formación avanzada y experiencia y por evaluación del desempeño, se dismanteló por el decreto 1336 de 2003; mientras que para los cargos del nivel profesional, la prima técnica por las dos modalidades se desmontó con el decreto 1724 de 1997.

De suerte que los empleados públicos de los referidos niveles que causaron la prima antes del cambio normativo, siguen teniendo el derecho siempre y cuando no se configure ninguna causal de extinción, dentro de las cuales está la de pasar a un cargo que ya no sea susceptible de asignación de la misma. Específicamente sobre este punto la Sala en Consulta 1539 de 2004 anotó:

“(...) la prima técnica no se consagra como un derecho anejo a los cargos señalados en el artículo 1° del decreto 1336 de 2003, esto es, que sea inherente a ellos, pues según tal norma en concordancia con el artículo 7° del decreto 2164 de 1991, para su disfrute es necesario que a cada cargo en particular le sea asignada la prima mediante resolución motivada o acuerdo “conforme con las necesidades específicas del servicio, con la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal” y, debe agregarse, las calidades del empleado y las condiciones particulares del cargo.”

Como en la hipótesis prevista en la consulta el cambio de empleo obedeció a un concurso, para un cargo que ya no tiene asignada prima técnica es claro que pierde el derecho.

4.7.- “Un empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y es nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción de la misma entidad o de otra entidad y al cual se le confiere comisión para desempeñar dicho empleo, al tomar posesión del empleo de libre nombramiento y remoción mantiene el régimen de cesantías retroactivas o se suspende su relación laboral como empleado de carrera y pasa al régimen de cesantías anualizado?

¿Qué sucede con sus cesantías retroactivas cuando se retire del empleo de libre (nombramiento y remoción) y se devuelva al de carrera?

El artículo 26 de la ley 909 regula la comisión que se otorga al empleado de carrera para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, en estos términos:

“Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

687 Ver decretos 1661 y 2164/91, 1724/97; 1335/99 y 1336/03.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. (...) En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño.⁶⁸⁸

Como se advierte, la norma contempló el derecho del empleado de carrera de ser comisionado en un cargo de libre nombramiento y remoción, previó que esa situación administrativa podría darse en la misma entidad o en entidad distinta, pero guardó silencio frente al régimen salarial y prestacional del empleado comisionado.

Comisión en la misma entidad. En esta hipótesis, considera la Sala no hay terminación del vinculación laboral con la entidad en la cual el servidor público se encuentra nombrado en cargo de carrera; la comisión opera por necesidades del servicio, y requiere el asentimiento de dos voluntades: la del empleado, y la de la entidad empleadora que es la misma que otorga la comisión. En materia salarial el empleado tendrá derecho a la remuneración prevista para el cargo de libre nombramiento y remoción en el cual está en comisión. Sobre el régimen jurídico del comisionado señala el Tratadista y ex - Consejero de Estado doctor Diego Younes Moreno lo siguiente:

“Esta comisión permite, pues, ejercer un empleo de libre nombramiento y remoción sin perder el status de carrera, pero en los demás aspectos significa un cambio de régimen jurídico. En efecto, este no será el que rige para el empleo del cual se es titular, sino el que se predique para el cargo que se desempeñe en comisión. El régimen de remuneración y de prestaciones sociales deberá ser el del empleo cuyas funciones se ejercen mediante la situación administrativa de comisión, y no el que rija para el destino del cual se separa transitoriamente el funcionario por el mecanismo que nos ocupa.”

No obstante lo anterior, como quiera que en materia de cesantías hay una norma expresa que le es más favorable al trabajador, según la cual “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional” – art. 1º del decreto 1252 de 2000 – se considera que si el empleado comisionado venía con el régimen previsto en la ley 6ª de 1945, no lo pierde, lo conserva .

Comisión en diferente entidad. No está contemplada como causal de retiro de los empleados públicos la comisión que se le otorga al empleado escalafonado para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción ni como causal de pérdida de los derechos inherentes a la carrera. Lo que sí produce esas consecuencias es la toma de posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva. – ver artículos 41 y 42 de la ley 909 de 2004 –. Es claro que si se presenta esta comisión en diferente entidad no hay terminación del vínculo laboral

688 Ver artículos 22 del decreto 2400 de 1968 – art. 22 -, 76, 95 y 94 del decreto reglamentario 1950 de 1973. Esta última norma señaló “La comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción no implica pérdida ni mengua de los derechos como funcionario de carrera.”

con la primera entidad pero si una suspensión del mismo; la causa de la comisión se relaciona indiscutiblemente con la mejor prestación del servicio y con un estímulo para el servidor público y emana de la voluntad de tres partes: del empleado quien la solicita y acepta, del organismo en donde ésta presta sus servicios que la autoriza y de la entidad en donde está ubicado el empleo de libre nombramiento y remoción que va a desempeñar el empleado comisionado.

Ahora bien, dada la circunstancia de que la ley no previó estrictamente la solución que cabe dar a la hipótesis estudiada, la Sala considera que en esta hipótesis debe entenderse que el régimen de cesantías retroactivas del servidor con el primer empleador se suspende mientras dura su relación laboral con el segundo empleador que le reconocerá y pagará las cesantías anualizadas por el lapso que dure en esa entidad, lo cual encuentra sustento en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 al señalar que el régimen de cesantías retroactivas sólo se reconoce mientras aquél permanezca en el organismo o entidad en donde se aplica dicha modalidad prestacional y en el hecho de que las cesantías retroactivas las reconoce y paga la entidad empleadora en donde rige ese sistema.

4.8.- ¿En el evento que el empleado solicite un pago parcial de cesantías encontrándose desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción, con qué salario se deben liquidar?

El salario del empleo ejercido mediante comisión para ejercer el empleo de libre nombramiento y remoción, debe tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías en el régimen retroactivo?

O contrario al punto anterior, el último sueldo o jornada (sic) devengado, a que hace alusión el artículo 6º del decreto 1160 de 1947, debe entenderse como el propio del empleo que da derecho a gozar del régimen de cesantías retroactivo?

Si el empleado solicita un pago parcial de cesantías encontrándose desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad, se le deben liquidar con base en el salario de este último cargo.

Si es en otra entidad y dado que como quedó visto en el punto anterior la relación laboral con la primera entidad se suspendió, la liquidación de las cesantías retroactivas se debe hacer tomando en consideración la asignación prevista para el cargo de carrera.

4.9.- Al ser el empleado público de carrera reincorporado en otro empleo del nivel nacional o territorial, por razón de la supresión de su cargo o por razones de desplazamiento, qué régimen salarial y prestacional se les debe aplicar? ¿el que rige en la entidad donde se encontraba vinculado o el de la nueva entidad donde es reintegrado?"

4.9.1.- *Reincorporación por supresión de cargos.* Como ha quedado expuesto nuestro ordenamiento jurídico protege los derechos adquiridos de los servidores públicos y prohíbe desmejorar sus condiciones salariales y prestacionales. Ahora, por vía general, si un servidor público se retira de una entidad con un régimen salarial y prestacional determinado y, posteriormente, se revincula al sector público pero a otro organismo con

un régimen distinto, el principio ordinario es que queda sometido a éste último⁶⁸⁹. Sin embargo, no se puede desatender la causa o motivo de la desvinculación inicial, pues si es atribuible al Estado, por razones del servicio o de modernización de la entidad, como es el caso de la supresión de empleo, como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, por mandato legal el empleado de carrera administrativa tiene derecho preferencial "(...) a ser incorporado en *empleo igual o equivalente* de la nueva planta de personal" y si ello no es posible puede optar por "*ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización*". – art. 44 de la ley 909 de 2004⁶⁹⁰ –

Esa equivalencia tiene que ser medida en todos los aspectos, funcionales, salariales, prestacionales, de requisitos, etc.⁶⁹¹. De manera que en este evento la administración está obligada a reincorporar al empleado a un cargo con las mismas características del que tenía, caso en el cual mantendrá el régimen de cesantías retroactivas y, si no lo puede hacer, lo debe compensar en los términos fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C- 880 de 2003⁶⁹². Sin embargo ello no significa darle al empleo al cual es reincorporado el servidor un régimen salarial y prestacional distinto al señalado por la ley.

4.9.2.- Reubicación por razones de desplazamiento. El desplazado como persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, tiene derecho a acceder a soluciones definitivas y al regreso a su lugar de origen – arts. 1º, 2.5 y 2.6 de la ley 387/97⁶⁹³-. Dentro de los objetivos que busca el Plan nacional para la atención integral a la población desplazada por la violencia, se resaltan, entre otros el de adoptar medidas de atención humanitaria de emergencia a la población desplazada, con el fin de asegurarle su protección y las condiciones necesarias para la subsistencia y la adaptación a la nueva situación; diseñar y adoptar medidas que garanticen su acceso a planes, programas y proyectos integrales de desarrollo urbano y rural, ofreciéndole los medios necesarios para que cree sus propias formas de subsistencia, de tal manera que su reincorporación a la vida social, laboral y cultural del país, se realice evitando procesos de segregación o estigmatización social y adoptar las medidas necesarias que posibiliten su retorno voluntario a su zona de origen o su reubicación en nuevas zonas de asentamiento – art. 10.3, 10.5 y 10.6º *Ibidem* -

689 Los arts.7º de la ley 27/92 y 41 de la ley 909 contemplaron como causal de retiro del servicio de los empleados de carrera la supresión del empleo en tanto que el artículo 37 de la ley 443/98 no lo hizo.

690 "Artículo 45. (...) Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido. Cuando la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.

691 "Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa (...) e Conformar (...)el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados" – art. 11 ley 909/04 -

692 Ver concepto 1539 de 2004, acápite 4.2.

693 Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia

El Gobierno Nacional está obligado a promover acciones y medidas de mediano y largo plazo con el propósito de generar condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento en otras zonas rurales o urbanas. Estas medidas deberán permitir el acceso directo de la población desplazada a la oferta social del gobierno, en particular a los programas relacionados con planes de empleo urbano y rural de la Red de Solidaridad Social –art. 16 y 17 de la ley 387 de 1997 -.

En desarrollo de todas estas políticas la ley 909 de 2004 atribuye a la Comisión Nacional del Servicio Civil la función de “Conformar, organizar y manejar (...) el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia” – art. 11.e) y establece como medida de protección de los empleados de carrera administrativa desplazados por razones de violencia, previa demostración de su condición de tal, su reubicación, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en una sede distinta a aquella donde se encuentre situado el cargo del cual es titular, o en otra entidad - artículo 52 de la ley 909, en armonía con la ley 387 de 1997 -.

Frente al asunto planteado, considera la Sala que si el empleado de carrera es reubicado en una sede distinta de aquella donde habitualmente laboraba en la misma entidad, no hay controversia en torno al régimen salarial y prestacional, pues éste no varía, con la advertencia que la administración debe garantizar la no desmejora de las condiciones laborales.

El problema se presenta cuando el empleado es reubicado en un empleo perteneciente a otra entidad pública⁶⁹⁴. En consideración a que el órgano encargado de manejar el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados es la Comisión Nacional del Servicio Civil, se entiende que el régimen prestacional es siempre el de la rama ejecutiva del poder público, unificado en los órdenes nacional y territorial por el decreto 1919 de 2002.

Sin embargo, en caso de estar el empleado gozando del régimen de cesantías retroactivas es posible admitir la hipótesis de que aquél sea reubicado en una entidad que no esté regida por el mismo. Esta situación no ha sido regulada expresamente por el legislador y ante esa circunstancia, *dado que el motivo de cambio de empleo es forzado y obedece a causas externas a la voluntad del servidor* y que es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado como lo son la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia – art. 3º-, considera la Sala que el régimen del empleado público se debe mantener, pues es la forma de garantizar su protección y estabilización socioeconómica. En consecuencia el empleado conserva el régimen de cesantías retroactivas que lo gobierna.

LA SALA RESPONDE:

1. y 2.- El régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es

694 La condición de desplazado forzado por la violencia cesa cuando se logra la consolidación y estabilización socioeconómica, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento – art. 18 de la ley 387 de 1997

inscrita en carrera administrativa en el empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional o en empleo distinto, es el mismo que traía, siempre y cuando no exista rompimiento de la relación laboral y solución de continuidad en la prestación del servicio.

3.- El régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que es nombrado, previo concurso, en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, es el previsto para el nuevo cargo.

4.- El empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que por concurso y/o ascenso cambió de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad.

5. y 6- El empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que por concurso (ascenso) cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004, tiene derecho al régimen de cesantías previsto en la nueva entidad, así como al régimen salarial y prestacional de ésta.

7.- El régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó en un concurso para un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando, es el previsto para el nuevo cargo. Excepcionalmente, si la persona está amparada por el régimen de cesantías retroactivas, lo conserva siempre y cuando no haya rompimiento de la relación laboral con la respectiva entidad. Los empleados del nivel profesional o asesor de la planta global de una entidad que cambiaron de empleo por concurso, pierden el derecho a seguir percibiendo la prima, dado que el nuevo cargo no la tiene asignada.

8., 9, 10, 11 y 12 - El empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y se le concede comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad conserva su derecho. En esta hipótesis la prestación se debe liquidar con base en el salario del último cargo.

El derecho al régimen retroactivo de cesantías se suspende para el empleado público de carrera que se le concede comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en otra entidad. La liquidación de las cesantías retroactivas se debe hacer tomando en consideración la asignación prevista para el cargo de carrera. Durante el tiempo que dure la comisión en el cargo de libre nombramiento y remoción se le deben reconocer y pagar cesantías anualizadas.

13.- El empleado público de carrera cuyo cargo fue suprimido tiene derecho a ser reincorporado a un empleo igual o equivalente al que venía desempeñando, con el régimen salarial y prestacional de este cargo.

El empleado público de carrera que es desplazado tiene derecho a ser reubicado en un cargo igual o equivalente al que venía desempeñando.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

7. Cumplimiento de fallo judicial. Reintegro de trabajador con fuero, destituido sin permiso judicial e inhabilitado para el desempeño de cargos públicos

Radicado 1787

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 2006/10/27

Levantamiento de la reserva mediante auto del 5 de noviembre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de la Protección Social, consulta a la Sala sobre la posibilidad de reintegro de un funcionario que se encuentra inhabilitado para el desempeño de cargos públicos.

Al respecto manifiesta que como consecuencia de dos investigaciones disciplinarias adelantadas a un funcionario de ese Ministerio por faltas calificadas como gravísimas, le fueron impuestas sendas sanciones de destitución e inhabilitación general; la una, por el término de 10 años sin que se hubiese interpuesto recurso alguno contra ellas; y la otra, por 15 años, sanción que fue confirmada por su despacho al resolver el respectivo recurso.

Sostiene que en virtud de lo dispuesto en el artículo 172 del Código Disciplinario Único, el despacho a su cargo procedió a expedir las resoluciones Nos. 004376 y 004677 del 14 y 24 de diciembre de 2004 respectivamente, por medio de las cuales ejecutó las sanciones disciplinarias impuestas. Aduce igualmente, que en ejercicio de la acción prevista en el artículo 118 del C. P. del T. impetrada por el funcionario despedido, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 23 de enero del año en curso, al definir que al momento de la ejecución de la primera de las resoluciones citadas, el accionante estaba amparado por la garantía foral, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, representado por el Ministro ..., o quien haga sus veces a reintegrar a (...) al servicio del Ministerio de Protección Social, en las mismas condiciones de empleo de que gozaba antes y con la consiguiente orden de pago de salarios dejados de percibir desde la fecha del despido ... y hasta que se haga efectivo el reintegro, así como al pago de las prestaciones sociales compatibles con el reintegro con los respectivos reajustes legales y actualizados a la fecha de pago. Condena que implica además, la no solución de continuidad en el servicio”⁶⁹⁵

Ante dicha decisión judicial el Ministro pone en conocimiento de la Sala la confusa situación a que se encuentra avocado, toda vez que si da cumplimiento a la sentencia judicial, procediendo al reintegro ordenado por el juez, estaría, por una parte, pretermitiendo la disposición legal que prevé como falta gravísima para el funcionario nominador, “Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilitación, incompatibilidad o conflicto de intereses”⁶⁹⁶; y por la otra, desconociendo que uno de los requisitos que se exigen para acceder a un cargo público, es “No encontrarse en período de inhabilitación como consecuencia de una destitución”⁶⁹⁷. Si por el contrario no da cumplimiento a la sentencia judicial podría enfrentar una eventual denuncia por fraude a resolución judicial.

695 Cita tomada de la consulta.

696 LEY 734 DE 2002, Código Disciplinario Único, art. 48.17

697 DECRETO 1950 DE 1973, art. 25.b

Ante tal disyuntiva, formula las siguientes preguntas:

“1. ¿Procede dar cumplimiento a la orden de reintegro de un funcionario respecto del cual la jurisdicción laboral declaró la existencia de un fuero sindical y como resultado de procesos disciplinarios debidamente concluidos fue sancionado con destitución e inhabilitación general de diez (10) y quince (15) años, sanciones cuyos actos administrativos de ejecución gozan de la presunción de legalidad, se encuentran ejecutoriados y registrados en la Procuraduría General de la Nación?

2. En el evento de ser afirmativa la respuesta anterior, ¿corresponde al Ministerio, en forma previa al cumplimiento de las sentencias, modificar o revocar los actos administrativos de ejecución de las sanciones disciplinarias, con el fin de no contravenir lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 1950 de 1973 ni incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

3. De proceder dar cumplimiento a la orden de reintegro, ¿puede el Ministerio, una vez ordenado el mismo, expedir en forma inmediata, los actos administrativos que ordenen la nueva ejecución de las sanciones administrativas?

4. En el evento de ser negativa la respuesta, ¿corresponde al Ministerio declarar la imposibilidad legal del reintegro del funcionario sancionado, y ordenar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones legales dejadas de percibir por éste, desde la fecha de retiro hasta el momento en que se encuentre en firme la resolución que da cumplimiento a las sentencias judiciales?

5. De no ser procedente dar cumplimiento a la orden de reintegro, es necesario que el Ministerio, una vez expedido el acto administrativo que da cumplimiento a las sentencias en cuanto a las obligaciones económicas, adelante las actuaciones y trámites necesarios para modificar el término de vigencia de las inhabilitaciones generales?”

CONSIDERACIONES:

1. Potestad sancionadora de la administración

EL debido desarrollo de la actividad administrativa, y con más veras dentro del esquema del Estado Social de Derecho, exige un incremento de los poderes de la administración; y dentro de ellos, el reconocimiento de una potestad sancionadora que le permita el adecuado logro de sus fines, mediante la asignación de competencias para sancionar el incumplimiento de sus decisiones.

En el campo del derecho disciplinario esta finalidad se concreta en la posibilidad de regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar que en el ejercicio de sus funciones se preserven los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función administrativa, para lo cual la ley describe una serie de conductas que estima contrarias a esos cometidos, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses. Al respecto el artículo 16 del Código Disciplinario Único (ley 734 de 2.002) señala:

“Artículo 16. Función de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública”.

Por ello, cuando un servidor público incumple sus deberes, incurre en comportamientos prohibidos por la Constitución o la ley, o viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, comete una falta disciplinaria que debe ser sancionada por las autoridades competentes, previamente definidas por el legislador.

El control disciplinario se convierte entonces, en un presupuesto necesario para que en un Estado de Derecho se garantice el buen nombre y la eficiencia de la administración, y tiene dos grandes ámbitos de aplicación. Por un lado está la potestad disciplinaria interna, que es ejercida por el nominador o el superior jerárquico del servidor estatal –art. 67 C.D.U-. Por el otro, existe un control disciplinario externo, que de acuerdo con la Constitución -arts. 118 y 277.6- le corresponde al Procurador General de la Nación, sus delegados y agentes, en virtud del cual deben “ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes; e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”.

La potestad de la Procuraduría para ejercer el poder disciplinario sobre los empleados estatales, cualquiera sea la naturaleza de su vinculación, tiene el carácter de prevalente o preferente. En consecuencia, dicho organismo está autorizado para desplazar al funcionario público que esté adelantando la investigación, quien deberá suspenderla en el estado en que se encuentre y entregar el expediente a la Procuraduría. Como es obvio, si la Procuraduría decide no intervenir en el proceso disciplinario interno que adelanta la entidad a la que presta sus servicios el investigado, será ésta última la que adelante el trámite y decida el proceso correspondiente.

Ahora bien, de acuerdo con el C.D.U o ley 734 de 2.002, una vez ejecutoriado el fallo que impone la sanción disciplinaria, procede la ejecución de la misma, ejecución que consiste en una actuación administrativa, cuya finalidad es lograr que el correctivo impuesto se cumpla. La efectividad de la sanción se relaciona, entonces, con su eficacia. Es de anotar, que aunque por regla general quien tiene la facultad para imponer sanciones también la tiene para hacerlas efectivas, ello no es óbice para que la ley, por razones de economía, celeridad y eficacia, asigne esta última función a un funcionario distinto de quien sanciona.

Al efecto el artículo 172 del C.D.U. relaciona los funcionarios competentes para hacer efectivas las sanciones y en su párrafo dispone: *“Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación”.* Acto seguido, como lo establece el artículo 174 ibídem, la sanción disciplinaria deberá ser registrada en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes disciplinarios.

2. Fuero sindical

De conformidad con la definición que trae el artículo 405 del Estatuto del Trabajo, el fuero sindical consiste en la garantía que tienen algunos trabajadores, en virtud de la cual no pueden ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto “*sin justa causa previamente calificada por el Juez del Trabajo*”.

Por lo tanto, para que un empleador pueda despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de trabajo de un empleado amparado por el fuero sindical es necesario que solicite un permiso al juez laboral⁶⁹⁸, a través de la acción de levantamiento de fuero, aduciendo la justa causa en que fundamenta dicha petición, para lo cual se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 113 y siguientes del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-029 del 2004, expresó:

“Se tiene que esta Corporación ha encontrado ajustado a derecho el despido de servidores públicos en razón de la liquidación o supresión de entidades públicas, así gocen de fuero sindical, ... pero ha sido enfática en considerar que ‘(..) si bien toda causa legal de retiro del servicio de un servidor público constituye una justa causa, ésta no puede ser calificada motu proprio por la entidad estatal, sino que en virtud de la garantía constitucional del fuero sindical, se debe solicitar la calificación judicial de esa justa causa, al juez laboral a fin de que se pueda proceder a la desvinculación del servidor público en forma legal’ –se destaca–”.

Sobre el contenido de la sentencia que decide la acción de reintegro impetrada por el empleado aforado, el inciso segundo del artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

“Artículo 408. Contenido de la sentencia. ...

Si en el caso de que trata el inciso primero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo⁶⁹⁹ se comprobare que el trabajador fue despedido sin sujeción a las normas que regulan el fuero sindical, se ordenará el reintegro y se condenará al patrono [hoy empleador] a pagarle a título de indemnización los salarios dejados de percibir por causa del despido”.

Al declarar la constitucionalidad de la expresión “*a título de indemnización*” la Corte Constitucional, en sentencia C-201 de 2001, precisó:

“Se concluye entonces que el daño sufrido por el trabajador aforado, provocado por el despido sin justa causa declarada mediante sentencia judicial, debe ser reparado de manera integral, esto es, de acuerdo con lo que se logre probar en cada caso, lo cual incluye, además del pago de los salarios no devengados, con sus reajustes y prestaciones, cualquier otro valor dejado de percibir o pagado por el trabajador, como consecuencia directa del despido injusto. Siendo entendido, además, que la reparación integral incorpora la correspondiente indexación.

698 LEY 712 DE 2001, “Artículo 2o. El artículo 2o. del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social quedará así: *Artículo 2o. Competencia General. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce: ... 2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.*”.

699 C.S.T. “Artículo 118. La demanda del trabajador amparado por fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes. ...”.

Por consiguiente, la Corte declarará la constitucionalidad de la expresión ‘a título de indemnización’ contenida en la norma acusada, en el entendido de que la indemnización a que tiene derecho el trabajador aforado despedido ilegalmente, según sentencia judicial, debe ser integral en la medida de lo judicialmente probado”.

Finalmente conviene precisar que al tenor del artículo 39 de la Carta, debido a que tanto los trabajadores privados como los públicos tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones sindicales, ambos gozan del fuero y demás garantías necesarias para el cumplimiento de sus derechos laborales; así lo confirma la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 1993 al señalar:

“En consecuencia, los empleados públicos tienen el derecho de constituir sus sindicatos sin intervención del Estado, de inscribir las correspondientes Actas de Constitución que les otorgan reconocimiento jurídico y, en consecuencia, tendrán legalmente unos representantes sindicales a los cuales no se puede negar que el Constituyente de 1991 reconoció ‘el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”.

Lo anterior lo corrobora el párrafo del artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo que dice:

“ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. Están amparados por el fuero sindical: (...)

PARAGRAFO 1o. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración”.

De ahí que en el artículo 1o. de la ley 712 de 2001 –modificatorio del artículo 2o. del Código Procesal del Trabajo- se establece la competencia de la jurisdicción laboral ordinaria para conocer los asuntos relativos al fuero sindical “cualesquiera sea la naturaleza de la relación laboral”.

3. El caso concreto

Como ya se expuso en la síntesis de la consulta, el asunto materia de estudio se contrae a establecer si procede el cumplimiento de la sentencia judicial por medio de la cual se ordena el reintegro de un funcionario del Ministerio de la Protección Social, amparado por fuero sindical, que fue destituido de su cargo por actos administrativos de ejecución de sendas sanciones disciplinarias que así lo dispusieron e inhabilitaron para ejercer cargos públicos, debido a que, previamente a la ejecución de los fallos disciplinarios, el empleador no adelantó la denominada acción de levantamiento del fuero ante el juez laboral.

En derecho administrativo se tiene que mientras no exista decisión judicial que suspenda o anule las decisiones definitivas por medio de las cuales se concluyeron sendos procesos disciplinarios, los actos por medio de los cuales se impusieron las correspondientes sanciones, gozan de plena validez y deben ser ejecutados por la autoridad competente.

Sin embargo, en tratándose de servidores públicos amparados por fuero sindical, la expedición de los actos administrativos de ejecución se condiciona al cumplimiento de los

trámites judiciales que la ley (artículos 113 y siguientes del Código Procesal del Trabajo) consagra para efectos de obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, ello con el fin de otorgar plena eficacia a la protección especial consagrada por el Artículo 39 de la Carta y desarrollada por los artículos 405 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

Si bien es cierto que los actos administrativos por medio de los cuales se ejecutaron las sanciones impuestas como resultado del correspondiente proceso disciplinario están amparados por la presunción de legalidad, también lo es que el propio Ministerio de la Protección Social, órgano que por naturaleza tiene la función de vigilar el cumplimiento de los derechos y garantías laborales, ignoró que la efectividad de la garantía constitucional y legal del fuero sindical, exige que antes de proceder a la expedición de los actos administrativos de ejecución de las sanciones disciplinarias, se debe obtener del juez laboral competente la calificación judicial de la justa causa a fin de proceder a la desvinculación del servidor en forma legal.

Habiéndose ejecutado la sanción disciplinaria en forma ilegal y con agravio injustificado en contra del servidor aforado, por violación de garantías constitucionales y legales, corresponde al Ministerio revocar los actos administrativos de ejecución, sin que por ello se afecte la validez de las sanciones disciplinarias, razón por la cual, para ajustarse a las exigencias legales en protección de la garantía foral, el Ministerio, dentro de los dos meses siguientes *“a la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa”*, debió solicitar la correspondiente autorización judicial, para luego proceder, en caso de sentencia favorable al respecto, a la expedición de los actos administrativos de ejecución de las sanciones.

La revocación de los actos administrativos por medio de los cuales se ejecutaron las sanciones disciplinarias, se hace absolutamente necesaria para efectos de poder cumplir la orden judicial de reintegro, sin que ello signifique que el nominador esté desconociendo el mandato del artículo 25 del decreto 1950 de 1973 *-que exige como requisito para entrar a desempeñar cargos públicos que la persona no se encuentre inhabilitada como consecuencia de una destitución-*; ni quede incurso en la falta disciplinaria prevista en el artículo 48.17 de la ley 734 de 2002 *-Código Disciplinario Único-* que consagra como falta disciplinaria gravísima *“Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses”*; pues con dicha revocación no se afecta para nada la validez de los actos de sanción, los cuales mantienen su plena vigencia, sino que se da posibilidad para que la administración corrija una actuación adelantada en contra de la Constitución y la ley, de manera que luego de la revocación de los actos de ejecución de las sanciones disciplinarias pueda expedir el acto administrativo de reintegro de quien por garantía constitucional no podía ser desvinculado sin previo cumplimiento del denominado procedimiento de levantamiento de fuero.

Por otra parte la Sala considera que al disponer el artículo 4o. del decreto 818 de 1994 que el incumplimiento de una decisión judicial que ordene el reintegro de un servidor público acarrea responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal, el organismo con-

sultante tiene que cumplir la orden impartida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, puesto que en este caso la administración no se encuentra ante una justificable imposibilidad física o jurídica para dar cumplimiento pleno a la sentencia proferida por el juez laboral que dispuso el reintegro objeto de consulta, única circunstancia que autorizaría al nominador para reemplazar la orden judicial de reintegro por la indemnización integral a que se refiere el artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo en los términos y con los alcances señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-201 de 2.001.

También la Corte Suprema de Justicia ha encontrado acorde con el ordenamiento jurídico que protege la estabilidad de los trabajadores y empleados, el reconocimiento y pago de la indemnización a que se refiere el artículo 408 del Código laboral, pero solo para aquellos casos en que sea física y jurídicamente imposible cumplir la orden de reintegro. Dice la Corte Suprema:

*“El Tribunal acierta cuando sostiene que el cierre total del lugar donde prestaban el servicio los demandantes hace imposible el reintegro, porque esa es una verdad axiomática. **Más aún, para que una obligación exista es necesario que sea física y jurídicamente posible**, de manera que una persona no puede obligarse por un acto o declaración de voluntad a cumplir lo imposible y de la misma manera el juez no puede gravar al demandado, con una decisión judicial suya, a que cumpla un hecho o un acto materialmente imposible. Cuando el hecho debido se torna imposible, la obligación original (de dar, hacer o no hacer) se resuelve en una de indemnizar perjuicios, de modo que lo jurídicamente procedente es la demanda judicial de los perjuicios. Por otra parte, cuando el Tribunal sostiene que el juez del trabajo debe analizar las circunstancias que aparezcan en el juicio para decidir entre el reintegro o el pago de la indemnización y encuentra que la desaparición de la empresa es una de esas circunstancias, aplica principios básicos del derecho común sobre la posibilidad del objeto de toda prestación, pues, como se dijo en el párrafo anterior, no es jurídicamente posible asumir una obligación que tenga por objeto el cumplimiento de un hecho o acto físicamente imposible, ni le está dado al juez hacer cumplir lo que se escapa de las leyes físicas”⁷⁰⁰*

En similar sentido se manifestó la Corte Constitucional en sentencia T-218 de 2005, en la cual dijo:

*“Ahora bien, frente a la aseveración de la Administración municipal según la cual **el reintegro del demandante es imposible** porque la estructura administrativa del Municipio fue modificada y el cargo que aquél ejercía ya no existe, esta Sala considera que existen otras formas de cumplir la orden judicial –como es el caso del reintegro a un cargo equivalente o la indemnización por desvinculación–, por lo que la desaparición del cargo no es excusa suficiente para negar el cumplimiento de la sentencia judicial”. (Negrillas de la Sala).*

En el caso objeto de consulta, el Ministerio no se encuentra en imposibilidad jurídica de cumplir con el fallo judicial, sino que por el contrario, luego de revocar el acto inconstitucional e ilegal de desvinculación del servidor aforado, debe ordenar el reintegro del mismo, en consideración a que su destitución se produjo a sabiendas de que se estaba pretermitiendo un procedimiento judicial establecido en defensa de una garantía Constitucional.

700 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, radicación 10.157, 2 de diciembre de 1997.

Por ello, para no incurrir en fraude a resolución judicial, el Ministerio debe dar cumplimiento a la sentencia procediendo en la forma en que se recomienda en el presente concepto.

Sin embargo es menester observar que por descuido, negligencia o cualquiera otra circunstancia exclusivamente atribuible a los funcionarios competentes al interior del Ministerio, no será posible que luego del reintegro, el órgano consultante proceda a solicitar del juez laboral el permiso para despedir al servidor con fuero, pues el artículo 118 A del Código de Procedimiento Laboral (Art. 49 de la ley 712 del 2.001), estableció en termino de prescripción de dos meses contados a partir de la fecha en que el empleador tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa, para iniciar la acción de “levantamiento de fuero”. Si se tiene en cuenta, de acuerdo con la información allegada a la Sala, que las resoluciones de ejecución de las sanciones disciplinarias datan del 14 y 24 de septiembre de 2.004, y por tanto los fallos disciplinarios son de fechas anteriores, es evidente que el término de los dos meses ha sido ampliamente superado, lo que jurídicamente impide al nominador hacer efectivas dichas sanciones, por lo menos mientras el servidor sancionado mantenga su fuero sindical; sin olvidar, por otra parte, que de acuerdo con el parágrafo del artículo 172 de la ley 734 del 2.002 - C.D.U. “*ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación*”, -negrillas de la Sala-; por tanto si la ejecución del fallo sancionatorio debe hacerse en un plazo máximo de diez días contados de acuerdo con lo previsto en el parágrafo del artículo 172 del C.D.U., es posible que definitivamente ya no exista forma de ejecutar la sanción, pues la norma consagra un caso especial de perdida de fuerza ejecutoria.

En virtud de las anteriores consideraciones la Sala, RESPONDE:

“1. ¿Procede dar cumplimiento a la orden de reintegro de un funcionario respecto del cual la jurisdicción laboral declaró la existencia de un fuero sindical y como resultado de procesos disciplinarios debidamente concluidos fue sancionado con destitución e inhabilidad general de diez (10) y quince (15) años, sanciones cuyos actos administrativos de ejecución gozan de la presunción de legalidad, se encuentran ejecutoriados y registrados en la Procuraduría General de la Nación?

Con el fin de no incurrir en fraude a resolución judicial y debido a que la desvinculación del servidor público se llevó a cabo con violación de la garantía constitucional del fuero sindical, el Ministerio de la Protección Social debe dar cumplimiento a la orden de reintegro impartida por el juez laboral.

2. En el evento de ser afirmativa la respuesta anterior, ¿corresponde al Ministerio, en forma previa al cumplimiento de las sentencias, modificar o revocar los actos administrativos de ejecución de las sanciones disciplinarias, con el fin de no contravenir lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 1950 de 1973 ni incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

De conformidad con el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, el Ministerio de la Protección Social debe revocar los actos administrativos de ejecución de las sanciones disciplinarias.

3. De proceder dar cumplimiento a la orden de reintegro, ¿puede el Ministerio, una vez ordenado el mismo, expedir en forma inmediata, los actos administrativos que ordenen la nueva ejecución de las sanciones administrativas?

Una vez cumplida la orden de reintegro, teóricamente el Ministerio debería iniciar la acción judicial tendiente a obtener la calificación judicial de la justa causa, y una vez en firme la sentencia de autorización, podría proceder a expedir los actos administrativos de ejecución de las sanciones disciplinarias. Sin embargo, cómo de acuerdo con el artículo 118 A del Código Procesal del trabajo, el término para instaurar dicha acción prescribió, mientras el servidor público sancionado mantenga su fuero sindical, el Ministerio no podrá ejecutar las sanciones disciplinarias. Por otra parte tampoco se puede olvidar que según reza el parágrafo del artículo 172 del C.D.U. “ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación”, por tanto es posible que definitivamente ya no exista forma de ejecutar la sanción.

4. En el evento de ser negativa la respuesta, ¿corresponde al Ministerio declarar la imposibilidad legal del reintegro del funcionario sancionado, y ordenar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones legales dejadas de percibir por éste, desde la fecha de retiro hasta el momento en que se encuentre en firme la resolución que da cumplimiento a las sentencias judiciales?

Como la respuesta de la Sala fue positiva, no cabe la hipótesis que plantea esta pregunta, aunque de todas maneras hay que recordar que de acuerdo con el artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo al ordenar el reintegro del servidor público amparado por fuero sindical, “se condenará al patrono [hoy empleador] a pagarle a título de indemnización los salarios dejados de percibir por causa del despido”.

5. De no ser procedente dar cumplimiento a la orden de reintegro, es necesario que el Ministerio, una vez expedido el acto administrativo que da cumplimiento a las sentencias en cuanto a las obligaciones económicas, adelante las actuaciones y trámites necesarios para modificar el término de vigencia de las inhabilidades generales?”.

Igual que para la anterior pregunta, como la respuesta de la Sala fue positiva, no cabe la hipótesis que plantea esta pregunta. Sin embargo es menester tener en cuenta que tanto el Código Disciplinario Único como el Código Procesal del Trabajo establecen términos preclusivos que deben ser estrictamente cumplidos, por tanto habiéndose ejecutoriado el fallo que estableció la sanción disciplinaria, no puede la administración de manera unilateral expedir un nuevo acto modificando el término de vigencia de las inhabilidades.

Transcribese al Señor Ministro de la Protección Social, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

SALVAMENTO DE VOTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Con el respeto habitual, me aparto del concepto citado en la referencia porque estimo que cuando un servidor público que goza de fuero sindical es destituido, previo un procedimiento disciplinario, es improcedente el proceso judicial de reintegro ante el Juez Laboral del Circuito, pues este juez no puede anular, invalidar o dar la orden de incumplir un acto administrativo ejecutoriado dado que estas decisiones judiciales son de exclusiva competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. De manera brevísima paso a explicar.

Para fundar la explicación de mi punto de vista, presento cuatro posibles situaciones de terminación de una relación laboral de un servidor público con fuero sindical:

- a. *Se trata de un trabajador oficial que el empleador público despide unilateralmente sin justa causa.* En este caso, al igual que un trabajador del sector privado, el juez laboral no debe autorizar el despido, por lo que procede la acción de reintegro, pues el retiro sin justa causa, por sí mismo es un acto contrario al derecho que rompe unilateralmente, y por lo mismo incumple, el contrato de trabajo.
- b. *Se trata de un trabajador oficial que el empleador despide con justa causa, sin que exista sanción disciplinaria de destitución.* En este caso debe pedirse el levantamiento del fuero, y si no se solicita procede la acción de reintegro, pues la ley exige que ésta justa causa sea definida previamente por el juez, a efectos de evitar abusos de los empleadores en contra de los trabajadores sindicalizados.
- c. *Se trata de un empleado público a quien se declara insubsistente sin justificar el acto administrativo correspondiente.* Si bien el tema puede ser muy discutible pues existe de por medio un acto administrativo cuya legalidad se presume, considero que debe prevalecer el derecho del sindicato a que el retiro del trabajador sindicalizado que tiene fuero sea previamente valorado por el juez, con el fin de evitar un posible abuso por parte de los empleadores públicos. Entonces debe solicitarse el levantamiento del fuero, y si no se pide, procede el reintegro. Sin embargo, como bien lo expresa el artículo 406 del C.S.T en su parágrafo, el fuero desaparece en caso de aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.
- d. *Se trata de un empleado público o de un trabajador oficial destituido previo un procedimiento administrativo sancionatorio.* En esta hipótesis, que es la consultada, no se necesita pedir al juez laboral el levantamiento del fuero previo al despido del empleado que goza del fuero sindical, de conformidad con las razones que expongo enseguida:

Se trata de una sanción disciplinaria impuesta después de un procedimiento administrativo regulado por la ley 734 de 2002 o código Disciplinario Único, sanción que está contenida en un acto administrativo debidamente motivado que goza de presunción de legalidad, lo que significa que las manifestaciones que hace la autoridad que sanciona, se presumen ciertas y válidas sin necesidad de declaración judicial. Por esto se dice que el acto administrativo, como consecuencia del principio de legalidad, goza del privilegio de la *declaración oficiosa*, también llamado de *autotutela declarativa*, que en síntesis consiste en que lo

declarado por quien expide la decisión administrativa, se presume cierto y legal sin necesidad de acudir o pasar previamente por el juez.

Por razón de esta presunción, el juez laboral carece en absoluto de competencia para revisar, anular, suspender y en general ordenar que se incumpla la decisión administrativa de destitución que goza de presunción de legalidad. Esta competencia de anulación es exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, que podría, si se violó el derecho de asociación sindical al servidor público amparado con fuero, suspender provisionalmente la sanción de destitución y ordenar el reintegro inmediato y provisorio del funcionario ilegalmente desvinculado del servicio.

Es necesario anotar que si se exige que una vez proferido el acto administrativo definitivo de destitución, se deba proceder a pedir al Juez Laboral el levantamiento del fuero, como carece en absoluto de competencia para invalidar o suspender éste acto, necesariamente su decisión será de levantamiento del fuero y la consecuente autorización del despido, convirtiendo este procedimiento judicial en un inútil formalismo pues el Juez no puede decidir si la causa probada en el proceso disciplinario y que está consignada en la decisión de destitución es o no una justa causa, pues insisto, éste es un juicio de validez de un acto administrativo que es de exclusiva competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, y en ningún caso de la jurisdicción laboral ordinaria.

Ahora bien, en el caso consultado, a un funcionario con fuero sindical se le impusieron dos sanciones diferentes de destitución, es de suponer que por hechos distintos, sanciones que la administración procedió a ejecutar sin pedirle al juez laboral que levantara el fuero sindical. Este proceder, a mi juicio es correcto según expuse. A pesar de lo anterior, el funcionario doblemente destituido inició y ganó una acción de reintegro porque la administración no pidió el levantamiento del fuero. Ante esta orden judicial, la administración le solicitó a la Sala de Consulta una recomendación sobre la forma de actuar, expidiendo el concepto del que me aparto, que en síntesis expresa que es necesario proceder a reintegrar al ex-funcionario y que las dos sanciones devinieron inejecutables, pues prescribió la posibilidad de pedirle al juez laboral que autorizara el levantamiento del fuero.

Concluí anteriormente que la sentencia del juez laboral levantando el fuero de un funcionario sindicalizado después de una sanción de destitución es innecesaria, pues sería una ritualidad inútil; pero como esa ritualidad es la que en el caso consultado echa de menos el juez en su orden de reintegro, puede y debe pedirse en éste momento, pues no ha prescrito la acción de levantamiento de fuero, dado que es un mero requisito formal en el que el juez laboral carece de competencia para valorar el acto administrativo de destitución y por lo mismo necesariamente debe aprobar ese levantamiento.

No puede ser que la ausencia de un simple requisito formal cuya presencia en nada iría a cambiar la situación del funcionario sancionado, implique la inejecución de las dos sanciones de destitución. Explicito este argumento: la omisión del requisito en comento es inocua, esto es no tiene la virtualidad de causar daño, para el funcionario doblemente sancionado, pues como el juez laboral necesariamente tenía que levantar el fuero, el resultado final era el mismo, esto es el cumplimiento de los actos administrativos de

destitución. El derecho de defensa de éste sancionado se le garantiza constitucional y legalmente mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho mas la medida cautelar de la suspensión provisional, que procede para amparar derechos fundamentales, de manera que este funcionario no está desprotegido frente al eventual abuso por parte de la administración.

En síntesis, mi posición consiste entonces en sostener que no se requiere de permiso judicial una vez se ha destituido un funcionario previo el procedimiento sancionatorio; pero si ya el Juez Laboral definió que era necesario agotar el paso por esa jurisdicción para poder ejecutar la sanción, siendo un mero requisito formal puede ser cumplido en cualquier momento y no le es aplicable la prescripción del artículo 118 A del código Procesal del Trabajo, por lo que la conclusión del concepto debió ser la de reintegrar al ex-funcionario, proceder a pedir el levantamiento del fuero, y obtenida la autorización judicial proceder a ejecutar la sanción, cuyos términos de inhabilidad comenzarían a contarse a partir de este nuevo cumplimiento.

La conclusión del concepto del que me separo lleva a una recomendación inaceptable desde la perspectiva de la ética pública: la inobservancia de un requisito meramente formal, y que a mi juicio no es legal, tiene como efecto premiar al funcionario sancionado dos veces con destitución, pues el requisito omitido no se puede subsanar.

Fecha ut supra.

SUSCRIBE EL SALVAMENTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero.

8. Regimen Pensional Detectives del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS.

1) Actividad de alto riesgo. 2) Régimen de transición pensional. Cotización

Radicado 1790

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 2006/12/812

Levantamiento de la reserva mediante auto del 13 de diciembre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, doctor Andrés Peñate Giraldo, formula a la Sala una consulta dirigida a determinar cuál es el régimen de transición pensional aplicable a los detectives de esa institución y si éste se encuentra supeditado a que se haya realizado la cotización especial, adicional a la ordinaria.

1. ANTECEDENTES

El Director del DAS manifiesta que hasta principios de 2006, CAJANAL pensionó a los detectives vinculados al DAS, con el régimen especial creado para ellos en el decreto 1933 de 1989, es decir con veinte años de servicios continuos sin consideración a la edad o con 18 años de servicios discontinuos y 55 años de edad. Hoy en día CAJANAL está negando las pensiones con base en un concepto de la Superintendencia Delegada para la

Seguridad Social y otros Servicios Financieros de la Superintendencia Financiera⁷⁰¹, y ha invocado dos motivos para dichas negativas. Estos motivos son:

De conformidad con el decreto ley 2091 de 2003, el peticionario no cumple los requisitos del régimen de transición general establecidos por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, esto es, contar a 1º de abril de 1994, con 35 o 40 años de edad, según sea mujer u hombre, o 15 años de cotizaciones.

Las 500 semanas de cotización exigidas por el parágrafo 5º del artículo 2º de la ley 860 de 2003, deben acreditarse como cotizaciones especiales y no ordinarias.

2. INTERROGANTES

El Director del DAS presenta a la Sala los siguientes interrogantes:

“1. Los detectives vinculados con anterioridad a 3 de agosto de 1994 y que acrediten 20 años de servicio en el DAS, ¿Deben cumplir los requisitos de la transición contenidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

2. Para el reconocimiento de la pensión, ¿debe acreditarse el pago de la cotización a que se refiere el régimen de transición contenido en el parágrafo 5º del artículo 2º de la Ley 860 de 2003? Si es así, cuál de las dos clases de cotización diferenciando si el funcionario está o no en transición: la normal conocida como ordinaria o la especial, con el 8.5% que creó el Decreto 1835 de 1994?

3. Cuando la norma de transición del Decreto 1835 de 1994, no estableció como requisito para pensionar a los detectives vinculados con anterioridad a su vigencia, el pago de cotización especial y en el régimen pensional a que pertenecían no existía este gasto a cargo del empleador, ¿Cuál sería el fundamento para asumir el pago como empleador y atender así los requerimientos de Cajanal?”

3. CONSIDERACIONES

3.1 La normatividad pensional especial de los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad- DAS, y su régimen de transición

En el caso del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, se estableció un régimen pensional especial para determinados servidores públicos, de una parte por consideraciones de riesgo para la salud, como en el caso de los dactiloscopistas, y de otra, por motivo de alto riesgo, como en el de los detectives.

La consulta se refiere inicialmente al régimen de transición pensional de los detectives de la institución, para lo cual es oportuno ver la secuencia normativa sobre este tema, que la Sala presenta, haciendo el correspondiente análisis jurídico y destacando en negrilla los principales apartes de las disposiciones:

701 El consultante alude, muy seguramente, al Oficio No. 120000-2005043108-002 del 6 de marzo de 2006, de dicha Superintendencia, citado en la Resolución de CAJANAL No. IHC-39764 del 11 de agosto de 2006, de la cual anexó una fotocopia.

1) Decreto ley 1047 de 1978

En primer lugar, es preciso citar dos normas que si bien, en principio, no se dirigen a los detectives, sí se van a aplicar a ellos por remisión de un decreto posterior.

Son los artículos 1º y 2º del decreto ley 1047 del 7 de junio de 1978, “Por el cual se determina el régimen de pensión vitalicia de jubilación para las personas que desempeñen funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad”, los cuales dicen así:

*“Artículo 1º.- Los empleados públicos que ejerzan por **veinte años** continuos o discontinuos las funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de **jubilación cualquiera sea su edad**”.*

*“Artículo 2º.- Los empleados públicos que hayan aprobado el curso a que se refiere el artículo anterior y que permanezcan al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad por un término no menor de **18 años** continuos en el desempeño de funciones de dactiloscopista, tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir **50 años de edad**, siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento”.*

En consecuencia, estas disposiciones consagran un régimen especial de pensión de jubilación para los dactiloscopistas del DAS en dos eventos, siempre con aprobación del respectivo curso de formación.

- 20 años de servicios continuos o discontinuos y cualquiera edad.
- 18 años de servicios continuos y 50 años de edad.

2) Decreto ley 1933 de 1989

El decreto ley 1933 del 28 de agosto de 1989, “Por el cual se expide el régimen prescricional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, dispone en el artículo 10:

“Artículo 10.- Pensión de jubilación.- Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido, en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto-ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones”.

Esta norma de rango legal extiende el régimen especial de la pensión de jubilación de los dactiloscopistas, a :

Los detectives agente, profesional o especializado, que desarrollen funciones de dactiloscopistas.

Los demás detectives en los distintos grados y denominaciones.

3) Ley 100 de 1993

El artículo 140 de la ley 100 de 1993, que crea el Sistema de Seguridad Social Integral, faculta al gobierno nacional para regular las actividades de alto riesgo y sus condiciones pensionales así:

“Artículo 140.- De conformidad con la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad”.

4) Decreto especial de rango legal 1835 de 1994

El decreto 1835 del 3 de agosto de 1994, “Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo de los servidores públicos”, fue dictado con base en las facultades conferidas al Presidente de la República por “el ordinal 11 del artículo 189 y los literales e) y f) del ordinal 19 del artículo 150 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 140 de la ley 100 de 1993”.

De acuerdo con la doctrina de esta Sala el decreto 1835 ha de considerarse de rango legal, en la medida en que, si bien reglamenta la ley 100, es ante todo, un decreto de ley marco, no solo por la invocación de los literales e) y f) del ordinal 19 del artículo 150 de la Carta, sobre la facultad presidencial de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, sino porque desarrolla una ley marco, como es la ley 4ª de 1992, a la cual remite el artículo 140 de la ley 100, como facultad para expedir el régimen de las actividades de alto riesgo.

El decreto 1835 de 1994, que fue derogado por el decreto ley 2090 de 2003 y que, posteriormente, la ley 860 de 2003, se remite expresamente a algunas de sus disposiciones, reguló varias situaciones que inciden en el tema bajo examen, así:

a) Para el caso del DAS, determinó cuáles de sus servidores desempeñan actividades consideradas como de alto riesgo, mencionando a las tres clases de detectives de la institución. Dice así esta norma:

“Artículo 2º.- Actividades de alto riesgo.- En desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, sólo se consideran actividades de alto riesgo las siguientes:

1. En el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS:

*Personal de **detectives** en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente. (...).”*

b) De otra parte, mantuvo el régimen de transición pensional especial, para los detectives del DAS, en la siguiente forma:

“Artículo 4º.- Artículo corregido por el art. 1º del decreto 898 de 1996.- Régimen de transición.- Los funcionarios de las entidades señaladas en este capítulo que laboren en las actividades descritas en los numerales 1º y 5º del artículo 2º de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la ley 100 de 1993.

Para los demás servidores, las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador”.

De esta norma, se desprenden varias observaciones:

El régimen de transición pensional para los detectives del DAS en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente, es *especial* y se encuentra consagrado en esta disposición.

Es evidente que dicho régimen de transición no es el general establecido por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que exige para lograr la pensión con el régimen anterior, tener 35 o más años de edad, las mujeres, o 40 o más años de edad, los hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, al 1º de abril de 1994, puesto que el citado artículo 4º deja a salvo las condiciones más favorables sobre los requisitos pensionales. Además, no establece una edad o un tiempo de servicios en una fecha determinada, como en el régimen general, sino que tan solo señala dos condiciones:

- Que el servidor público labore como detective del DAS.
- Que haya sido vinculado con anterioridad al 4 de agosto de 1994, fecha de iniciación de vigencia del decreto 1835 de 1994.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia⁷⁰² ha definido que ese régimen de transición especial anterior es el contenido en los decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

702 Sobre la existencia de un régimen pensional especial para los detectives del DAS, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de agosto de 2004 (Radicado 25000-23-25-000-1998-48305-01) (Ref. 5661-02), expresó:

“Los primeros –a que se refiere el Art. 10-2 del D. L. 1933 /89- al establecer una pensión de jubilación “especial” son los detectives que en el D.A.S. cumplen funciones de dactiloscopistas. Entonces, la parte final del precitado inciso 2º referente a los detectives en sus distintos grados y denominaciones –que no son los anteriores- lógico es que *se refiere a los detectives que se dedican a la función específica de su empleo*. Este personal indudablemente está sometido a *situación es de alto riesgo (por actividades de peligro)* que de esta manera fueron ser (*sic*) tenidos en cuenta por el Legislador –desde esa época- para establecer una prerrogativa en el ámbito pensional. Por lo tanto, cuando se reclame la pensión de jubilación especial por *labores propias de “detective”* es necesario resaltar *la normatividad especial que la consagra*, para no confundirla con la anterior (por protección de salud por labores en dactiloscopia). Ahora, se deben determinar los parámetros de esta pensión especial. Al final del inciso 2º del art. 10 del Dcto. L. 1933 de 1989 se dispuso que al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones se aplicarían las normas del Decreto Ley 1047 de 1978, que tiene relación con el régimen de pensión de jubilación. (...)

Y se agrega que tiempo después, es decir, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991, esta clase de pensiones (con protección por actividades de alto riesgo) tienen su asidero en el Art. 140 de la Carta, que luego se contempló en el Art. 2º de la Ley 4ª de 1992 y que más tarde se desarrolló en el Decreto No. 1835 de 1994 (que reglamentó las actividades de alto riesgo de los servidores públicos, los requisitos para la obtención de su pensión de jubilación y estableció un *régimen de transición especial* para esos servidores que estuvieran *vinculados antes de la vigencia de ese decreto -Agosto 03/94*). Se destaca que en este decreto, dentro de los empleos catalogados como de alto riesgo, se encuentra el personal de detectives del D.A.S. en sus distintos grados y denominaciones. Es decir, que también en el NUEVO REGIMEN este personal –de detectives- cuenta con una protección especial.

El citado decreto mandó en su Art. 4º: “Los funcionarios de las entidades señaladas en este capítulo que laboren en las actividades descritas en el numeral 1º del Art. 2º de este decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán

c) El decreto 1835 creó, en su artículo 12, una cotización *especial* de 8.5 puntos adicionales a cargo del DAS como empleador. Dice así esta norma:

“Artículo 12.- Monto de las cotizaciones.- El monto de la cotización para las actividades de alto riesgo de que trata este decreto, es el previsto para el sistema general de pensiones por la Ley 100 de 1993 más 6 puntos adicionales, a cargo exclusivo de la entidad empleadora, en el caso de la Rama Judicial y el Ministerio Público, y de 8.5 puntos adicionales a cargo exclusivo de las demás entidades empleadoras de que trata este decreto.

Cuando se trate de afiliados beneficiados por los regímenes de transición especiales descritos en los artículos 4º, 7º, 9º y 10 de este Decreto, el régimen de cotizaciones será el ordinario, señalado para pensiones por la ley 100 de 1993 y sus reglamentos, excepto cuando el servidor público desarrolle cualquiera de las actividades de alto riesgo señaladas en el artículo 2º del presente Decreto, en cuyo caso se causarán las cotizaciones especiales adicionales antes señaladas”.

Se consulta si esta cotización adicional es exigible a los detectives vinculados antes del 3 de agosto de 1994. Al respecto, la Sala considera que el requisito de esta cotización especial no afecta el régimen de transición especial de los detectives, puesto que el mismo artículo 4º impide que se puedan variar las condiciones del régimen allí establecidas, al señalar que tales condiciones no pueden ser menos favorables a las que existían antes de la ley 100. Esto significa que el decreto mantuvo incólume la normatividad existente hasta ese momento, es decir, los decretos leyes 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

En consecuencia, la exigencia de una cotización especial, aunque ésta sea a cargo del empleador, se convierte en una condición más gravosa que altera el régimen y lo hace menos favorable. De hecho, según la información recibida, CAJANAL está negando, hoy en día, el otorgamiento de pensiones a detectives que llenan los requisitos de la normatividad anterior a la ley 100, alegando que no cumplen con la cotización especial, lo cual, eventualmente, puede vulnerar el derecho fundamental a la igualdad puesto que anteriormente no exigía dicho requisito.

En conclusión, respecto de los detectives amparados por el régimen de transición del DAS, no es procedente exigir el pago de la cotización especial, como requisito para el otorgamiento de la pensión.

condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o de jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.” De esta manera, el personal al cual se aplica la norma anterior queda sometido al régimen anterior en lo pertinente, que comprende los Decretos Leyes Nos. 1047/78 y 1933/89”.

De igual manera, la Sección Segunda, en sentencia del 14 de julio de 2005 (Radicado 44001-23-31-000-2002-00045-01 (3700-03)), manifestó:

“Para la Sala es claro, que en el presente caso existe un especial tratamiento pensional, respecto de los servidores que laboren en actividades que se cataloguen como de alto riesgo, debido a las actividades peligrosas que se desarrollan en el ejercicio del empleo, en consecuencia, el legislador establece condiciones favorables, a fin de obtener la debatida prestación social.(...)

El Decreto 1933 de 1989 antes citado, en el artículo 10º inciso 2º, previene sobre la aplicación del Decreto 1047 de 1978 para todas aquellas personas que hubieren prestado sus servicios al DAS como detectives agentes con funciones de dactiloscopistas o *Detectives sin distinción de grado y denominación*”.

5) Decreto ley 2090 de 2003

El decreto ley 2090 del 26 de julio de 2003, “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”, reguló el régimen pensional de los trabajadores de actividades de alto riesgo, salvo el de los detectives del DAS, que se realizó en el decreto 2091 de 2003, promulgado en la misma fecha.

Este decreto entró a regir el 28 de julio de 2003 y derogó el 1835 de 1994 como se mencionó atrás.

6) Decreto ley 2091 de 2003

El decreto ley 2091 del 28 de julio de 2003, “Por el cual se reforma el régimen de pensiones de los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS”, ha de considerarse inexecutable como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente, decisión tomada en la sentencia C-1056 de noviembre 11 de 2003.

En efecto, el decreto ley 2091 de 2003 fue dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente, en el numeral 3º del artículo 17 de la ley 797 de 2003, para reformar el régimen pensional del DAS.

Ocurre que la Corte Constitucional, declaró la inexecutable de la expresión “y DAS”, contenida en dicho numeral 3º, con lo cual dejó sin fundamento jurídico al decreto ley 2091 de 2003, que devino “inexecutable por consecuencia” de dicho fallo, como lo ha expresado la Corte en otras oportunidades en que se ha presentado este fenómeno.

Se podría pensar entonces, que el numeral 1º del artículo 2º del decreto 1835 de 1994, que fue derogado por el decreto ley 2091, “revivió”, al desaparecer del ordenamiento jurídico su decreto derogatorio. Sin embargo, ello no fue así, pues como ya se dijo, el decreto ley 2090 de 2003, había derogado en su integridad el 1835 de 1994, generándose entonces, un vacío normativo respecto de los regímenes pensionales para cargos de alto riesgo en el DAS.

7) Ley 860 de 2003

La ley 860 del 26 de diciembre de 2003, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones” vino a llenar, mediante su artículo 2º, el vacío legislativo generado por la inexecutable del decreto ley 2091 de 2003, en la siguiente forma:

“Artículo 2º.- Definición y campo de aplicación.- El régimen de pensiones para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al que se refieren los artículos 1º y 2º del decreto 2646 de 1994⁷⁰³ o normas que lo modifiquen o adicionen, será el que a continuación se define.

703 Para el presente caso, el artículo 1º del decreto 2646 del 29 de noviembre de 1994, “Por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, prescribe:

“Artículo 1º.- Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores

Para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que labore en las demás áreas o cargos, se les aplicará en su integridad el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 1º.- Pensión de vejez por exposición a alto riesgo.- Los servidores públicos señalados en este artículo, dada su actividad de exposición a alto riesgo, que efectúen la cotización especial señalada en el artículo 12 del decreto 1835 de 1994 y la que se define en la presente ley, durante por lo menos 650 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente (se refiere al parágrafo siguiente) como servidores del Departamento de Seguridad (sic), DAS, en los cargos señalados en los artículos 1º y 2º del decreto 2646 de 1994.

Parágrafo 2º.- Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a alto riesgo (DAS).- La pensión de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

*La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de **cotización especial**, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.*

Parágrafo 3º.- Monto de la cotización especial.- El monto de la cotización especial para el personal del DAS del que trata la presente Ley, será el previsto en la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, más diez (10) puntos adicionales **a cargo del empleador.** (...)

Parágrafo 5º.- Régimen de transición.- Los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado 500 semanas les serán (sic) reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el decreto 1835 de 1994. (...)."

La ley 860 de 2003 empezó a regir el día de su promulgación (art. 5º), el 29 de diciembre de 2003 (Diario Oficial 45.415).

Como se observa, la ley 860 de 2003, en el parágrafo 5º del artículo 2º estatuyó que las condiciones del régimen de transición para los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994, que hubieren cotizado 500 semanas (exigencia adicional, que carece de fundamento constitucional, como se verá más adelante), serían las del régimen de transición contenidas en el decreto 1835 de 1994, el cual estaba derogado en el momento de promulgación de la ley 860. Esta circunstancia obliga a profundizar el análisis de aplicabilidad de dicho decreto, porque podría interpretarse que la ley "restauró" el artículo 4º del decreto 1835 de 1994, sin cumplir el requisito de técnica legislativa

tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual". (Resalta la Sala).

consistente en reproducir el texto derogado en la nueva ley, según lo manda el artículo 14 de la ley 153 de 1887⁷⁰⁴.

Al respecto, la Sala considera que en el presente caso el requisito de la reproducción del texto no se necesita porque el derecho al régimen de transición especial contenido en ese decreto derogado, ya había consolidado a favor de los detectives que ingresaron al DAS antes del 3 de agosto de 1994, una “expectativa legítima” que no era posible modificar, según la doctrina de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C- 754 de 2004. En esa sentencia se declaró inexecutable el artículo 4º de la ley 860 que modificaba el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Las razones fundamentales para la inexecutable fueron las siguientes: “

(...)

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.⁷⁰⁵ Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25).(…) (…)

*Así las cosas, el régimen de transición, “se traduce en la supervivencia de normas **especiales favorables y preexistentes** a una ley general de pensiones”⁷⁰⁶.*

*Una vez que haya entrado en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo, **consolidan una situación jurídica concreta que no se les puede menoscabar. Además adquiere la calidad de derecho subjetivo que no puede ser desconocido por ningún motivo**, pues le da a su titular la posibilidad del reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al Estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento de la misma. (...)*”

Cabe precisar al respecto que como se desprende de los antecedentes legislativos de la Ley 100 de 1993, a esas personas se les garantizó una transición en los términos establecidos en ella, con el propósito no sólo de preservar en ese momento su expectativa legítima en cuanto a las condiciones de acceso a la pensión, sino de “no provocar un traslado masivo del Instituto a los fondos”, creados por la misma Ley.

La Corte advierte en este sentido que al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las personas que a primero de abril de 1994 cumplían con los requisitos señalados en la norma adquirieron el derecho a pensionarse según el régimen de transición, -que por lo demás los indujo a permanecer en el

704 “Art. 14.- Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.”

705 La Corte ha sostenido que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador trate de manera diferente a personas que realizan el mismo trabajo durante la misma cantidad de años, y cuya única diferencia es el momento en el cual adquieren el derecho a pensionarse. Sin embargo, este cambio en las condiciones en que las personas se pensionan no puede ser desproporcionado. Al respecto, en Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), F.J. No. 9, la Corte dijo: “En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad.”

706 Corte Constitucional. Sent. T-631 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Instituto de los Seguros Sociales en lugar de trasladarse a los Fondos creados por la Ley 100, así estos ofrecieran flexibilidad para graduar la pensión-. Ello por cuanto a esa fecha cumplían con los requisitos establecidos en el artículo 36, y consecuentemente incluyeron en su patrimonio el derecho a adquirir su pensión en los términos del régimen de transición.

En otras palabras, en la Sentencia C-789 de 2002 la Corte advirtió claramente que si el cambio en la normativa del régimen de transición ocurre después de haber entrado a regir la norma y por tanto luego de haberse consolidado la situación de las personas a las que se les aplica, el mismo resulta ilegítimo.

De todo lo anterior se desprende que el Legislador al expedir la norma acusada no tuvo en cuenta que, como se explicó en la Sentencia C-789 de 2002, si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo⁷⁰⁷. Tampoco tuvo en cuenta que una vez entrada en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo consolidan una situación concreta que no se les puede menoscabar⁷⁰⁸.

(...)”. (Resalta la Sala).

Es evidente, que al aplicar la doctrina anterior al caso bajo estudio, los detectives del DAS vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994, cuyo régimen de transición pensional especial reconoció el decreto 1835 de 1994, continúan con ese régimen especial, ya que los componentes legales de su situación pensional se habían consolidado y no era posible modificarlos. Por tanto, hay que entender que la ley 860 de 2003, al remitirse a las condiciones del régimen de transición contenido en el derogado decreto 1835, simplemente está ratificando el derecho que tienen esos empleados a dicho régimen especial.

Así las cosas, para la Sala, hoy en día, los detectives del DAS que ingresaron antes del 3 de agosto de 1994, deben reunir las condiciones para la pensión establecidas por el artículo 4 del decreto 1835 de 1994, las cuales son, por remisión a los decretos 1047/78 y 1933/89, conforme a lo explicado:

- 20 años de servicios continuos o discontinuos a la institución, y cualquiera edad, o
- 18 años de servicios continuos y 50 años de edad.

707 Se reitera que en tal distinción hizo énfasis la Corte en la Sentencia C-789 de 2002, pues allí señaló que no era posible confundir la prestación económica ofrecida por el régimen de transición -es decir, la pensión- con la pertenencia al régimen, ya que mientras la prestación que aun no se adquiere es una mera expectativa, el régimen como tal, su pertenencia al mismo, es una situación jurídica que el legislador no puede desconocer. A este respecto, valga citar nuevamente el aparte correspondiente del fallo:

“Como se dijo anteriormente, los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no están contrariando la prohibición de renunciar a los beneficios laborales mínimos, pues las personas que cumplen los requisitos necesarios para hacer parte del régimen de transición no tienen un derecho adquirido a su pensión. Sin embargo, el valor constitucional del trabajo (C.N. preámbulo y art. 1º), y la protección especial que la Carta le otorga a los trabajadores, imponen un límite a la potestad del legislador para configurar el régimen de seguridad social. *En virtud de dicha protección, los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales, y por lo tanto, la ley posterior no podría desconocer la protección que ha otorgado a quienes al momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones llevaban más de quince años de trabajo cotizados.” (Resalta la Sala).*

708 Sentencias T-235/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-169/03 M.P. Jaime Araújo Rentería.

Respecto del requisito de haber cotizado 500 semanas al 29 de diciembre de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 860, para tener derecho al régimen de transición, la Sala encuentra que esa nueva obligación desborda las condiciones iniciales de dicho régimen que ya beneficiaba a las personas comprendidas dentro de su ámbito de aplicación y por ello, conforme a lo sostenido por la Corte Constitucional en las sentencias C-789/02 y C-754/04, no hay lugar a su exigencia. Esa condición de 500 semanas de cotización, impuesta por el parágrafo 5º del artículo 2º de la ley 860 de 2003, desvirtúa la intangibilidad del régimen de transición de los detectives del DAS que ingresaron a la institución antes del 3 de agosto de 1994, pues viene a modificar la normatividad que precisamente ya había surtido sus efectos sobre ellos, al crearles la “expectativa legítima”, como dice la Corte en la primera sentencia, o más aún, el derecho a ese régimen, como lo expresa en la segunda.

En consecuencia, el régimen de transición de dichos servidores públicos es el del referido artículo 4º del decreto 1835 de 1994 y no puede entenderse modificado por el parágrafo 5º del artículo 2º de la ley 860 de 2003, en cuanto al requisito adicional que éste establece, pues tal modificación deviene inconstitucional, conforme al señalamiento de la Corte.

Por último, la Sala encuentra que la decisión de negar el otorgamiento de las pensiones aduciendo incumplimiento de requisitos diferentes a los exigidos en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, eventualmente vulnera el principio del *in dubio pro operario*, así como el derecho fundamental a la igualdad.

LA SALA RESPONDE:

1. Los detectives vinculados al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS con anterioridad al 3 de agosto de 1994, que acrediten 20 años de servicio a la institución, por tener régimen de transición especial, no están sujetos al régimen general de transición pensional establecido por el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

2. Para el reconocimiento de la pensión de vejez, los detectives amparados por el régimen de transición propio del DAS, determinado por el artículo 4º del decreto 1835 de 1994, no deben acreditar semanas de cotización, por lo expuesto en la parte considerativa.

3. El DAS, como empleador, no está obligado a efectuar la cotización especial adicional para la pensión de los detectives que ingresaron a la institución antes de la entrada en vigencia del decreto 1835 de 1994.

Transcríbase al señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

9. Requisitos para el desempeño de cargos públicos. Carencia de antecedentes penales y disciplinarios para acceder y permanecer en los cargos de Defensores y Comisarios de Familia

Radicado 1915

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 2008/08/06

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 08696 de 24 de septiembre de 2008

El doctor Diego Palacio Betancourt, en su condición de Ministro de la Protección Social y Presidente del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, formula a la Sala una consulta sobre el requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios para el acceso y permanencia en los cargos de Defensores y Comisarios de Familia.

1. ANTECEDENTES

El señor Ministro cita el numeral 3º del artículo 278 del hoy derogado Código del Menor, Decreto Ley 2737 de 1989, que disponía que para ser Defensor de Familia se exigía, entre otros requisitos, el de no tener antecedentes penales ni disciplinarios y observar conducta ejemplar, el cual se reprodujo en el numeral 2º del artículo 80 del actual Código de la Infancia y la Adolescencia, ley 1098 de 2006, salvo en cuanto a la observancia de conducta ejemplar.

Menciona que este requisito se hace extensivo a los Comisarios de Familia en la medida en que el artículo 85 de la citada ley remite respecto de las calidades exigidas para el cargo, a las mismas de los Defensores de Familia.

Expone diversas hipótesis que se podrían presentar con la expresión “ausencia de antecedentes”, según la fecha de imposición de la sanción penal o disciplinaria, para concluir lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior, se hace necesario aclarar y precisar si la ausencia de tachas disciplinarias y penales constituye un requisito restringido para acceder al cargo de Defensor y Comisario de Familia, o más allá, una condición para mantenerse en el ejercicio de los mismos”.

2. INTERROGANTES

“1. Es requisito para acceder a los cargos de Defensor de Familia y Comisario de Familia no tener antecedentes penales ni disciplinarios en cualquier tiempo? Debe entenderse también como unas condiciones para permanecer en el cargo?

2. El concepto de ‘antecedentes’ debe entenderse como sanciones en firme preexistentes a la confirmación en los cargos de Defensor de Familia y Comisario de Familia o como sanciones en firme aplicadas antes o después de la confirmación?

3. Una sanción que no apareja inhabilidad que queda en firme después de la posesión en el cargo, se convierte en un factor de inhabilidad sólo en el caso del Defensor de Familia y del Comisario de Familia?

4. Cuando el Defensor de Familia ejerce sus funciones y es sancionado penal o disciplinariamente, incluso si la sanción no es de naturaleza inhabilitante, se genera una situación de inhabilidad que le prohíbe continuar con el desempeño del cargo, procede:

a) Proferir el respectivo acto administrativo de insubsistencia en el cargo o retiro del mismo, independientemente de si ese servidor público es de carrera o provisional?

b) Iniciar un proceso disciplinario en contra del Defensor de Familia con el fin de determinar la aplicación de la sanción de destitución e inhabilidad respectiva, por haber ejercido el cargo habiéndose generado una inhabilidad?

c) Requerir a cada uno de los Defensores de Familia sancionados para que presente renuncia a su cargo?

5. Dentro de las hipótesis consultadas, cómo se puede interpretar y aplicar la sanción penal ejecutoriada por delito culposo?

3. CONSIDERACIONES

3.1 La protección constitucional a los niños y adolescentes

La Asamblea Nacional Constituyente, siguiendo los lineamientos del Código del Menor, quiso dar un especial énfasis en la protección desde la Constitución, de los derechos de los niños y adolescentes y consagró expresamente en la Carta de 1991 los artículos 44 y 45, mediante los cuales les reconoce a los niños una serie de derechos fundamentales de la mayor importancia para su vida y desarrollo, fija una nueva regla de hermenéutica jurídica consistente en que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás y establece los derechos de los jóvenes a la formación integral y a la participación activa en los organismos públicos y privados relacionados con la juventud. Dicen así estas normas:

“Artículo 44.- Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

“Artículo 45.- El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

En desarrollo de estas disposiciones constitucionales, el Congreso nacional expidió la ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, que en su artículo 217 derogó el Código del Menor contenido en el Decreto Ley 2737 de 1989, con excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos, y constituye el actual Código de la Infancia y la Adolescencia, vigente desde el 8 de mayo de 2007, esto es, seis (6) meses después de su promulgación⁷⁰⁹, de acuerdo con el artículo 216.

Continúan en este Código, fortalecidas con un mayor acento en cuanto a sus funciones y actividades, dos instituciones dedicadas a la protección de los derechos de los niños y los adolescentes como son las Defensorías y Comisarías de Familia, dirigidas por los Defensores y Comisarios de Familia, respectivamente.

3.2 Los Defensores de Familia

Los artículos 79 a 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia se refieren a las Defensorías de Familia como *dependencias* del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, y establecen las calidades para ser Defensor de Familia, sus deberes y funciones. Los dos primeros disponen:

*“Artículo 79.- Defensorías de Familia.- Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de **prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.***

Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.

Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial” (Negritas no son del original).

“Artículo 80.- Calidades para ser Defensor de Familia.- Para ser Defensor de Familia se requieren las siguientes calidades:

1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.

2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.

3. Acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa⁷¹⁰” (Resalta la Sala).

La consulta se relaciona con el requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios, establecido en el numeral 2º de esta norma, el cual se aplica también a los Comisarios de Familia, como pasa a verse.

709 Diario Oficial No. 46.446 del 8 de noviembre de 2006.

710 En la actualidad cursan en la Corte Constitucional dos demandas de inconstitucionalidad contra el numeral 3º del artículo 80 de la ley 1098 de 2006 radicadas bajo los números D0007152 y D0007280.

3.3 Los Comisarios de Familia

Los artículos 83 a 87 del Código de la Infancia y la Adolescencia regulan lo referente a las Comisarías de Familia a las cuales se les confiere la naturaleza jurídica de *entidades* del orden territorial, y establecen su creación por parte de los concejos municipales, los requisitos para ser Comisario de Familia, sus funciones y la atención permanente y continua al público, al igual que las Defensorías de Familia, para garantizar la protección oportuna a los menores de edad. Señalan las tres primeras normas:

“Artículo 83.- Comisarías de Familia.- Son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

(...)” (Resaltado de la Sala).

“Artículo 84.- Creación, composición y reglamentación.- Todos los municipios contarán al menos con una Comisaría de Familia según la densidad de la población y las necesidades del servicio. Su creación, composición y organización corresponde a los Concejos Municipales.

Las Comisarías de Familia estarán conformadas como mínimo por un abogado, quien asumirá la función de Comisario, un psicólogo, un trabajador social, un médico, un secretario, en los municipios de mediana y mayor densidad de población. Las Comisarías tendrán el apoyo permanente de la Policía Nacional. El Gobierno Nacional reglamentará la materia con el fin de determinar dichos municipios. (...)”.

“Artículo 85.- Calidades para ser Comisario de Familia.- Para ser Comisario de Familia se requieren las mismas calidades que para ser Defensor de Familia” (Resalta la Sala).

Como se aprecia, el artículo 85 remite a las mismas calidades exigidas para ser Defensor de Familia, de modo que el requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios opera en ambos cargos.

3.4 La noción de antecedentes penales y disciplinarios

La noción de “antecedentes penales” se elevó a rango constitucional en la Carta de 1991. Su artículo 248 establece:

“Artículo 248.- Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales” (Resalta la Sala).

Como se observa, el ordenamiento superior dispone que solamente las sentencias judiciales condenatorias que se encuentran en firme, son las que constituyen antecedentes penales de una persona, con lo cual se excluyó cualquier otro tipo de actuación judicial en materia penal, como la recepción de una denuncia, la rendición de indagatoria, la medida de aseguramiento, la resolución de acusación, etc.

De otra parte, en materia disciplinaria, la noción de “antecedentes disciplinarios” se relaciona con el registro de las sanciones que establece el artículo 174 del Código Disciplinario Único, ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

“Artículo 174.- Registro de sanciones.- Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1º del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

*La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a **sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.***

*Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño **ausencia de antecedentes**, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro” (Destaca la Sala).*

El último inciso de esta norma, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1066 del 3 de diciembre de 2002, con el siguiente condicionamiento:

*“en el entendido de que **sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento”.***

Como se advierte, el inciso final quedó igual en su consecuencia jurídica al inciso tercero, de acuerdo con el condicionamiento de exequibilidad de la Corte, pues según éste, la certificación se debe referir a las providencias ejecutoriadas de los últimos cinco años y a sanciones o inhabilidades que estén **vigentes** en el momento de su expedición. Sin embargo, en una de las conclusiones de dicha sentencia, la Corte hizo la siguiente precisión, con la cual rescata el sentido original de la norma:

*“... En síntesis podemos afirmar que la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o instantánea. **También contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido más de cinco (5) años o sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política” (Resalta la Sala).***

En conclusión, la Procuraduría General de la Nación debe expedir los certificados de antecedentes disciplinarios, tanto los mencionados en el inciso tercero como los indicados en el inciso final del artículo 174, en este último caso con el alcance dado por la Corte Constitucional, para los cargos que exijan expresamente ausencia *total* de antecedentes disciplinarios.

La Procuraduría General de la Nación ha reglamentado mediante la resolución No. 143 del 27 de mayo de 2002, la expedición de tales certificados.

Esta resolución crea el sistema de registro de sanciones y causas de inhabilidad (SIRI), el cual es público y se compone de cinco subsistemas de registro: de sanciones disciplinarias; de sanciones penales; de inhabilidades en materia de contratación; de juicios con responsabilidad fiscal y de pérdida de investidura (art. 1º) y define el certificado de antecedentes disciplinarios como el documento expedido por la Procuraduría que certifica las anotaciones existentes respecto de una persona en el SIRI (art. 5º).

Precisamente, el artículo 6º de dicha resolución distingue los dos tipos de certificados, así:

“Artículo 6º.- Clases del certificado.- El certificado de antecedentes disciplinarios será de dos clases:

a) Ordinario, deberá contener las anotaciones de las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes;

b) Especial, el cual contendrá el total de las anotaciones registradas a nombre del interesado en el SIRI”.

3.5 El requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios para ser Defensor o Comisario de Familia

La consulta se refiere concretamente al requisito de no tener antecedentes penales ni disciplinarios⁷¹¹, para ser Defensor o Comisario de Familia, el cual ya existía en el anterior Código del Menor y había sido declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia⁷¹².

Resulta oportuno anotar que en el trámite en el Congreso del proyecto de ley No. 85 y 96 (acumulados) de 2005 – Cámara y No. 215 de 2005 – Senado, que se convirtió en la ley 1098 de 2006, la Cámara de Representantes, en la Comisión Primera y en la plenaria, aprobó en el numeral 2º del entonces artículo 78 el requisito de “No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad”⁷¹³, el cual fue modificado en la Comisión Primera del Senado por el de “No tener antecedentes penales ni disciplinarios”, con la justificación de que se debían señalar los requisitos para ser Defensor de Familia “de manera más técnica”⁷¹⁴.

711 Sobre este tema la Sala se ha pronunciado en varias oportunidades, como por ejemplo, en el Concepto No. 1868 del 18 de diciembre de 2007.

712 Sentencia No. 81 (Exp. No. 2246), del 13 de junio de 1991. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein. La Corte adujo lo siguiente:

“11. Defensor de Familia. Requisitos.

Entre los requisitos que debe cumplir quien aspira a acceder al cargo de Defensor de Familia se encuentra el de ‘no tener antecedentes penales ni disciplinarios y observar conducta ejemplar’ (art. 278–c), lo cual es apenas obvio y no puede interpretarse como violatorio de la protección debida al trabajo como no lo son las exigencias, inhabilidades e incompatibilidades que frecuentemente estatuyen las leyes con miras a garantizar la pureza, idoneidad y eficacia de la función.

De la norma transcrita, por otra parte, no puede ni lejanamente deducirse que el cargo, que ciertamente implica autoridad, pueda ser ejercido por extranjeros, a más de que el inciso inicial del mismo artículo exige que el funcionario sea ‘ciudadano en ejercicio’.

Igual puede decirse del Comisario de Familia (art. 298)” (Gaceta Judicial, Tomo 209, primer semestre 1991, No. 2448, pág. 459).

Adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-483 del 11 de junio de 2003, declaró exequible el artículo 298 del Código del Menor que contemplaba los requisitos para ser Comisario de Familia.

713 Gacetas del Congreso No. 751 de 2005 págs.18 y 37, y No. 75 de 2006, pág. 10.

714 Gaceta del Congreso No. 234 de 2006, págs. 6 y 17.

3.6 El requisito de carecer de antecedentes penales y disciplinarios no es en cualquier tiempo

La primera pregunta se refiere a si es requisito para acceder y permanecer en los cargos de Defensor y Comisario de Familia el no tener antecedentes penales y disciplinarios en cualquier tiempo.

La Sala observa que los artículos 80 y 85 del Código de la Infancia y la Adolescencia no exigen, de manera expresa, la carencia total o absoluta de antecedentes penales y disciplinarios, lo cual significa que el requisito no se refiere a carecer de antecedentes *en cualquier tiempo* sino a la circunstancia de no tener antecedentes *vigentes* al momento de la posesión o en el desempeño del cargo, como se precisará más adelante.

Sin embargo, existe una inhabilidad permanente aplicable en el presente caso para “quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado”, conforme al inciso quinto del artículo 122⁷¹⁵ de la Constitución, aprobado por el referendo del 25 de octubre de 2003 y formalizado mediante el artículo 1º del acto legislativo No. 1 de 2004.

Resulta oportuno anotar que una norma similar se encuentra en el inciso primero del artículo 46⁷¹⁶ del Código Disciplinario Único que dispone que cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado, la inhabilidad será permanente, con dos precisiones:

a) La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-948/02, declaró exequible esta parte de dicha norma de manera condicionada: “bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política”.

b) La comisión del delito debe ser a título doloso, según lo determinó la Corte en la sentencia C-064/03.

3.7 La existencia de antecedentes penales

Como se vio, de acuerdo con el artículo 248 de la Ley Básica, solamente las condenas dictadas mediante sentencias judiciales ejecutoriadas o en firme, constituyen antecedentes penales, de manera que si una persona ha sido sancionada con una medida de tal naturaleza y ésta se encuentra vigente, no reúne el requisito de carencia de antecedentes penales, por ende no es jurídicamente posible nombrarla en el cargo de Defensor o Comisario de Familia y tampoco confirmarla en el mismo y menos aún darle posesión. Si se

715 Constitución Política: “Artículo 122.- (...)”

Inciso quinto: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño” (Resalta y subraya la Sala).

716 Código Disciplinario Único: “Artículo 46.- Límite de las sanciones.- La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

(...)” (Destaca la Sala).

encuentra desempeñando el cargo, se le presenta una inhabilidad sobreviniente, como se verá, que le impide seguir en sus funciones, debiendo ser separada del empleo.

Se menciona que la sanción penal ejecutoriada debe encontrarse *vigente* por cuanto si ya se cumplió o prescribió, resulta claro que la persona no puede quedar inhabilitada a perpetuidad o de por vida, pues ello significaría la pérdida de su derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, reconocido por el numeral 7º del artículo 40 de la Carta.

En síntesis, si se trata de una *sanción penal* ejecutoriada, consistente en una pena privativa de la libertad, o la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas⁷¹⁷, o de otros derechos, y tal pena está vigente, existe un antecedente penal que impide a la persona acceder o permanecer en los cargos mencionados. De igual manera, existe antecedente, cuando se le ha impuesto judicialmente la pena de multa y ésta se encuentra vigente en razón de no haberse pagado y no estar prescrita.

3.8 La existencia de antecedentes disciplinarios

La Ley 734 del 5 de febrero de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, aplicable a los servidores públicos (art. 25), establece, en el artículo 44, las clases de sanciones de acuerdo con la gravedad de la falta, así:

“Artículo 44.- Clases de sanciones.- El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e **inhabilidad general**, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima⁷¹⁸.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e **inhabilidad especial** para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas⁷¹⁹.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Parágrafo.- Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones⁷²⁰ (Resalta la Sala).

Esta disposición se relaciona con el artículo 45 del mismo Código, que determina cada clase de inhabilidad, de la siguiente manera:

717 Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”: “Artículo 44.- La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.- La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”.

718 El numeral 1º fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C- 124 del 18 de febrero de 2003, ratificada por la sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. La expresión “o realizadas con culpa gravísima” es exequible, según sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002.

719 El numeral 2º es exequible, sentencia C-124 del 18 de febrero de 2003 de la Corte Constitucional.

720 El parágrafo del artículo 44 es exequible, según sentencia C-948/02 de la Corte Constitucional.

“Artículo 45.- Definición de las sanciones.-

1. La destitución e **inhabilidad general** implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o

c) La terminación del contrato de trabajo, y

d) En todos los casos anteriores, la **imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo**, y la exclusión del escalafón o carrera⁷²¹.

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y **la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo. (...)** (Destaca la Sala).

La duración de la inhabilidad sea general o especial, se debe establecer en el fallo disciplinario, teniendo en cuenta los límites fijados en el artículo 46 del Código que establece:

“Artículo 46.- Límite de las sanciones.- La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, **sin perjuicio de la inhabilidad especial**⁷²². (...)

 (Resalta la Sala).

Adicionalmente, existe una situación de sanciones por faltas graves o leves dolosas, en un determinado lapso, respecto de la cual el Código fija una inhabilidad específica de tres (3) años, que se encuentra consignada en el numeral 2º del artículo 38 en estos términos:

“Artículo 38.- Otras inhabilidades.- También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: (...)

2. **Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas.** Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción⁷²³. (...)

 (Destaca la Sala).

721 El literal d) del artículo 45 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-028 del 26 de enero de 2006.

722 En este inciso la parte después del punto y seguido es exequible, según sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002 de la Corte Constitucional.

723 El numeral 2º del artículo 38 es exequible por el cargo examinado (violación del principio de favorabilidad), como lo declaró la Corte Constitucional mediante la sentencia C-544 del 24 de mayo de 2005, ratificada por la sentencia C-987 del 29 de noviembre de 2006.

Ahora bien, el Código Disciplinario Único prevé la multa como una sanción de carácter pecuniario que no puede ser inferior al valor de diez (10), ni superior al de ciento ochenta (180) días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta (arts. 45 num. 3º y 46 inciso tercero).

Por último, la amonestación escrita implica un llamado de atención formal que debe registrarse en la hoja de vida (arts. 45 num. 4º y 46 inciso cuarto).

De las normas anteriores se infiere que la persona tiene *antecedentes disciplinarios* que le impiden ser nombrada, confirmada y posesionada, según el trámite que esté en curso, o su continuidad en el desempeño del cargo de Defensor o Comisario de Familia, si en el certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación le aparecen registradas *providencias ejecutoriadas* dictadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, que se refieren a *sanciones* de destitución, suspensión, multa o amonestación escrita o *inhabilidades* para desempeñar cargos públicos, ya sea la general o la especial correlativas a las dos primeras sanciones, o la contemplada en el numeral 2º del artículo 38 del Código Disciplinario Único, o cualquier otra establecida para el cargo o en disposiciones especiales, *que se encuentren vigentes en dicho momento*.

3.9 La inhabilidad sobreviniente derivada de una sanción penal o disciplinaria en firme, impuesta cuando el servidor público se encuentra ejerciendo el cargo de Defensor o Comisario de Familia

Ahora bien, las preguntas 1 (segunda parte), 3 y 4 indagan si la aparición de un antecedente penal o disciplinario cuando el servidor público ya se encuentra desempeñando el cargo de Defensor o Comisario de Familia, configuran una inhabilidad sobreviniente.

Al respecto, se debe señalar que la inhabilidad sobreviniente se presenta efectivamente, si la sanción penal o disciplinaria es impuesta a la persona en relación con el ejercicio de un cargo *distinto* al de Defensor o Comisario de Familia, mediante una providencia que queda ejecutoriada después de hallarse posesionado en uno de los cargos mencionados y siempre y cuando tal sanción se encuentre vigente.

En este evento, se produce la inhabilidad sobreviniente, en razón a que el funcionario *incumple* el requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios exigido para *el desempeño* de dichos cargos y en consecuencia, procede su retiro. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6º de la ley 190 de 1995, “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”, que preceptúa lo siguiente: “Artículo 6º.- *En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediateamente a la entidad a la cual preste el servicio.*”

*Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar*⁷²⁴ (Destaca la Sala).

724 La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996, resolvió: “Declarar EXEQUIBLE el inciso 2 del artículo 6º de la Ley 190 de 1995, pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto”. Cabe indicar que en el

Si se trata de una sanción disciplinaria de destitución o suspensión, con inhabilidad general o especial, respectivamente, resulta aplicable de manera específica el artículo 37 del Código Disciplinario Único, el cual define las inhabilidades sobrevinientes en los siguientes términos:

“Artículo 37.- Inhabilidades sobrevinientes.- Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan (sic) el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias “ (Resalta la Sala).

Esta norma se encuentra en concordancia con el inciso final del artículo 45 del mismo Código, en cuanto se refiere al desempeño de otro cargo, el cual dispone:

“Artículo 45.- Definición de las sanciones.- (...)

Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva” (Destaca la Sala).

En síntesis, si la sanción penal o disciplinaria o la inhabilidad está vigente, el funcionario no puede permanecer en el cargo y debe ser separado del mismo.

En este caso, el retiro se produce mediante la revocación del nombramiento, ya sea que se trate de un empleado de carrera o provisional (art. 41 literal j de la ley 909 de 2004, en concordancia con el art. 5º de la Ley 190 de 1995⁷²⁵).

caso de sanciones penales o disciplinarias se debe encontrar al origen de la conducta, el dolo o la culpa, en mayor o menor grado, por lo cual resulta oportuna la explicación de la Corte:

“(…) La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares” (Resalta la Sala).

725 Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”:

“Artículo 41.- Causales de retiro del servicio.- El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

(...)” (Resalta la Sala).

Ley 190 de 1995, Estatuto Anticorrupción:

“Artículo 5º.- En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

3.10 El antecedente penal consistente en una sentencia judicial ejecutoriada de condena por un delito culposo

Se pregunta en la consulta acerca de la sanción penal ejecutoriada por un delito culposo frente al requisito de carencia de antecedentes penales para acceder a los cargos de Defensor y Comisario de Familia.

Como se mencionó, en materia penal, de acuerdo con el artículo 248 de la Constitución, se considera “antecedente” la existencia de una sentencia judicial definitiva o ejecutoriada, mediante la cual se condena a una persona por la comisión de un delito, sin que la norma distinga si es a título doloso o culposo.

En consecuencia, la persona sobre la cual recaiga una sanción penal que se encuentre vigente y haya sido impuesta mediante una sentencia judicial ejecutoriada, por la comisión de un delito culposo, tiene un antecedente penal y por tanto, no cumple con el requisito de carencia de antecedentes de este tipo para el desempeño de los aludidos cargos.

LA SALA RESPONDE:

1. No es requisito para acceder ni para permanecer en los cargos de Defensor y Comisario de Familia carecer de antecedentes penales o disciplinarios *en cualquier tiempo*. Se exceptúa el caso de una sentencia condenatoria en firme por la comisión *dolosa* de un delito contra el patrimonio económico del Estado, porque esta inhabilidad es permanente.

2. El concepto de “antecedentes” se refiere a las sanciones penales o disciplinarias, impuestas mediante sentencias judiciales o fallos disciplinarios en firme, que se encuentran vigentes antes o después de la posesión en los cargos de Defensor y Comisario de Familia.

3 y 4. Se debe distinguir:

a) Una sanción *penal* con o sin inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que quede en firme después de la posesión en el cargo de Defensor o Comisario de Familia y se encuentre vigente, impide la permanencia del funcionario en el cargo, debiéndose revocar su nombramiento.

b) Una sanción *disciplinaria* con o sin inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, que quede en firme después de la posesión en el cargo de Defensor o Comisario de Familia y se encuentre vigente en el certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación, impide la permanencia del empleado en el desempeño del cargo y por tanto, debe procederse a su retiro mediante la revocación del nombramiento.

5. La existencia de una sentencia judicial ejecutoriada que imponga a una persona una sanción penal por un delito *culposo*, que se encuentre vigente, constituye un antecedente

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años”.

El primer inciso de esta norma fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-672/01, y el segundo también, por sentencia C-631/96, pero de manera condicionada: “bajo el entendido de que la inhabilidad allí prevista constituye una sanción accesoria que debe ser impuesta a través del correspondiente proceso penal o disciplinario”.

penal y en tal virtud, le impide tomar posesión o permanecer en el desempeño del cargo de Defensor o Comisario de Familia.

Transcribábase al señor Ministro de la Protección Social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. (Ausente con permiso). JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

10. Defensores y Comisarios de Familia. Requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios para posesión en el cargo

Radicado 1915 (Ampliación)

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 2009/11/11

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 00057006 de 26 de febrero de 2010

El señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, tomando en consideración diversas inquietudes de la administración del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y de los Defensores y Comisarios de Familia, formula a la Sala una consulta de ampliación del Concepto No. 1915 del 6 de agosto de 2008, sobre la aplicación del requisito de carencia de antecedentes penales y disciplinarios exigido para ser Defensor o Comisario de Familia, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la ley 1098 de 2006, en concordancia con el artículo 85 del mismo.

1. ANTECEDENTES

En primer término, el Ministro de la Protección Social transcribe el numeral 2º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia, referente al requisito de “no tener antecedentes penales ni disciplinarios”, para ser Defensor de Familia, el cual reproduce la misma calidad exigida en el artículo 278 del antiguo Código del Menor (decreto ley 2737 de 1989), y cita algunos apartes del concepto No. 1915 de 2008.

Manifiesta que los Defensores de Familia hacen parte de la planta de personal del ICBF y dependen en forma inmediata de los coordinadores de sus centros zonales y en última instancia de su Director General.

Anota que la interpretación literal dada por la Sala al referido numeral 2º del artículo 80, en el Concepto 1915, “justificada por la redacción del primer inciso”, en el sentido de que la ausencia de antecedentes penales y disciplinarios es requisito no sólo para la designación y la posesión en el cargo de Defensor de Familia sino también para la continuidad en él, genera algunas dificultades prácticas en la medida en que “la norma no precisa la ocasión ni el contenido de la sanción ni su alcance”.

Expresa que hay otra interpretación que parte de la consideración crítica de los términos que emplea la norma, para concluir que el requisito del numeral 2º se refiere a no

tener antecedentes sancionatorios antes de la posesión en el cargo, no cuando ya se está en ejercicio del mismo, salvo si surge una sanción *con inhabilidad* pues ahí sí se presenta la figura de la inhabilidad sobreviniente.

El Ministro añade que si se admitiera que cualquier sanción penal o disciplinaria es idónea para desvincular al Defensor de Familia de su empleo, “se convertiría de inmediato en una inhabilidad para continuar en el cargo, homóloga de la destitución”, y señala que la inhabilidad sobreviniente sólo se produce cuando se impone al funcionario una sanción aparejada de inhabilidad o incompatibilidad.

Se refiere al trámite legislativo del citado código para llamar la atención de que el texto del proyecto sobre el numeral 2º de “No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad”, se cambió en la Comisión Primera del Senado por el de “No tener antecedentes penales ni disciplinarios”, al considerar esta redacción “más técnica”, pero sin ningún argumento justificativo, y sin que se pudiera advertir el deseo del legislador de concebir un régimen especial para los Defensores de Familia o de que dicho numeral 2º fuera una norma disciplinaria de carácter especial, por lo cual “el ICBF estima que en la materia objeto de consulta sólo existe una norma especial, y es el Código Disciplinario Único”.

2. INTERROGANTES

El Ministro presenta los siguientes interrogantes:

“1. ¿Son causa suficiente para la separación del cargo, las sanciones de carácter no inhabilitante aplicadas al defensor o comisario de familia por hechos ocurridos en el ejercicio de su función?

2. ¿Consulta los principios de razonabilidad y proporcionalidad del derecho sancionatorio el que se produzca la separación del cargo de un defensor o comisario de familia cuando la causa la constituya una sanción penal originada en un delito culposo, como podría ser el caso de las lesiones personales en accidente de tránsito?

3. ¿La carencia de antecedentes penales y disciplinarios establecida en el artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, además de condición para acceder a los cargos de defensor y comisario de familia, es una exigencia para permanecer en ellos?

4. ¿Se puede retirar del servicio a los defensores de familia por presentarse una sanción mediana o menor (suspensión, multa o amonestación) después de la posesión en el cargo, bajo la modalidad de inhabilidad sobreviniente? En caso afirmativo, ¿no se estaría interpretando la norma de manera analógica en lugar de hacerlo de manera restrictiva?

5. A la luz de la exposición y preguntas precedentes, ¿cuál es el régimen disciplinario aplicable a los defensores y comisarios de familia?

6. ¿Cuál es la naturaleza del numeral 2 del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006: administrativa o sancionatoria, o ambas?

7. De conformidad con los antecedentes legislativos, ¿se puede inferir positivamente que al elaborar esta norma se pretendió establecer un régimen especial?

8. Si de ‘la historia fidedigna del establecimiento’ de la norma no se evidencia el propósito legislativo de establecer un régimen especial, ¿en su interpretación, es dable inferirlo?

9. Las consecuencias laborales de la norma en examen, en una de las posibles lecturas literales, ¿hacen de ella una previsión de inhabilidad sobreviniente diferente de las establecidas en el Código Disciplinario Unico y la Ley 190 de 1995?

10. Teniendo en cuenta los alcances de las decisiones tomadas desde los respectivos cargos, ¿qué razón justificaría que unas condiciones de permanencia que no se prevé para falladores de fondo como los jueces y magistrados de familia sí lo estén para los defensores y comisarios de familia?

3. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a la presente solicitud de ampliación del Concepto 1915 de agosto 6 de 2008, la Sala analizó los argumentos presentados por el Ministro consultante y comparó el nuevo cuestionario con el que dió origen al citado Concepto 1915, encontrando en la nueva consulta mayor claridad sobre los problemas jurídicos a resolver, lo cual ha permitido a la Sala revisar su posición sobre algunos de los temas bajo estudio.

3.1 Los requisitos para ser Defensor o Comisario de Familia

En primer lugar, conviene recordar el artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 80.- Calidades para ser Defensor de Familia.- Para ser Defensor de Familia se requieren las siguientes calidades:

1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.

2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.

3. Acreditar título de posgrado en derecho de familia, derecho civil, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho procesal, derechos humanos, o en ciencias sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea componente curricular del programa⁷²⁶ (Resalta la Sala).

726 La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-740 del 23 de julio de 2008 (Exp. D-7152), declaró exequible el numeral 3º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia, por el cargo de vulnerar presuntamente los derechos al trabajo y a la igualdad de los posibles aspirantes a ser Defensores de Familia. Consideró la Corte:

“En este aspecto debe tenerse en cuenta que, en forma general, de conformidad con lo previsto en el Art. 26 de la Constitución, la ley puede exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones y que, por otra parte, el legislador goza de la potestad de configuración en la expedición de las leyes que regulan la función pública, con los límites impuestos por los valores, principios y derechos constitucionales (Arts. 114 y 150, Num. 23, C. Pol.).

En este orden de ideas, a la luz de la Constitución es completamente válido que, con fundamento en la protección especial que aquella y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano dispensan al niño, el legislador exija una formación calificada para el desempeño del cargo de Defensor de Familia”

Luego, por medio de la sentencia C-149 del 11 de marzo de 2009 (Exp. D-7280), la Corte Constitucional declaró exequible el citado numeral, por el cargo de violar presuntamente el principio de igualdad por el hecho de excluir otros títulos de posgrados que resultan afines con los descritos en la norma, y lo hizo con el siguiente condicionamiento: “siempre que se entienda que para el cumplimiento del requisito se pueden acreditar también otros títulos de posgrado que resulten afines con los citados y que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al defensor de familia, conforme a los artículos 81 y 82 de la misma ley”.

Las calidades para ser Comisario de Familia son las mismas que para ser Defensor de Familia, por disposición del artículo 85 del citado código.

Es el numeral 2º el que ha dado origen a diversas interpretaciones que fueron planteadas en la consulta que motivó el Concepto No. 1915 de 2008 y ahora llevan a la Sala a efectuar un nuevo análisis sobre el tema.

3.2 La carencia de antecedentes penales y disciplinarios es requisito para acceder a los cargos de Defensores y Comisarios de Familia pero no para permanecer en ellos. Precisiones

Al revisar el texto del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia se aprecia que su epígrafe señala las calidades para ser Defensor de Familia.

La palabra “Calidad”, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su quinta acepción, se refiere a “Estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo o dignidad”, con lo cual se está aludiendo claramente a los requisitos que se exigen para **acceder a un cargo, o más concretamente, para posesionarse en el mismo.**

De otra parte, el numeral 2º de la norma señala que dentro de tales calidades se encuentra la de “No tener antecedentes penales ni disciplinarios”, en donde se verifica que la expresión “antecedentes” se refiere, de conformidad con el mismo diccionario, en su segunda acepción, a “Acción, dicho o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores”, lo cual significa que los antecedentes aluden a hechos o circunstancias anteriores⁷²⁷ a la vinculación de la persona en el cargo, mediante la posesión.

Así las cosas, se advierte que la **calidad** de no tener antecedentes penales⁷²⁸ ni disciplinarios, se debe predicar de hechos o circunstancias existentes con anterioridad a la posesión de la persona en el cargo de Defensor de Familia, o de Comisario de Familia, y no con posterioridad a ella, es decir, cuando ya la persona está desempeñando el cargo.

La exigencia del numeral 2º del artículo 80 se establece sin considerar que el antecedente esté vigente o no, puesto que si la norma no distingue, no es factible para el

727 El sentido esencial de la palabra ‘Antecedente’ de significar algo anterior a un hecho o acto, es reiterado por la Enciclopedia Jurídica Omeba, cuando precisa que “los hechos y circunstancias relativos a una persona, anteriores a un momento dado, constituyen sus antecedentes. Referidos a la totalidad de la vida, representan su biografía; pero ésta puede ser dividida en cuantos aspectos afectan a la existencia del individuo de que se trate, y así es frecuente hablar de sus antecedentes sanitarios, morales, profesionales, familiares, etc. Sus antecedentes penales estarán circunscritos a los castigos que hayan sido judicialmente impuestos a ese individuo como sanción de delitos o infracciones por él cometidos” (Tomo I – A, pág. 699) (Resalta la Sala).

728 La noción jurídica de antecedentes penales se elevó a rango constitucional al establecerse en el artículo 248 de la Carta que deben ser condenas judiciales que tengan el carácter de estar en firme, en lo cual ha insistido la Corte Constitucional en diversos fallos. Así, en la sentencia C-319 del 18 de julio de 1996, la Corte expresó:

“El concepto de ‘antecedentes penales’, se predica de la persona en sí misma y, de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Política, únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen esa calidad de antecedentes”.

Y en la sentencia T-023 del 29 de enero de 1993, manifestó:

“El artículo 248 de la Carta Magna exige además que las condenas proferidas en sentencia judicial sean definitivas, lo que quiere decir que se hayan agotado todas las instancias legalmente establecidas para que se pueda hablar de antecedentes, pues la sola sindicación y vinculación de un sujeto no los constituye per sé y significaría no solo el desconocimiento de la norma citada, la cual ha sido reproducida como principio rector en el artículo 12 del C.P.P., sino del derecho en virtud del cual ‘toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable’ (art. 29 inc. 4 C.N.).”

intérprete establecer distinciones sobre el particular⁷²⁹. En efecto, según se aprecia, la referida disposición no trae calificación alguna acerca de la vigencia o no de los antecedentes, de suerte que si ellos existen y aparecen reportados y certificados, independientemente de que se hayan cumplido las penas o sanciones o éstas se encuentren prescritas, el aspirante a ser Defensor de Familia, no cumpliría la calidad de carecer de antecedentes penales y disciplinarios, y por tanto, no podría acceder al cargo.

Adicionalmente, la Sala observa, que la calidad de “no tener antecedentes penales ni disciplinarios”, no se puede extender como requisito para la permanencia en el cargo, por cuanto el numeral 2º no le da ese alcance ni expresa ni tácitamente, ya que se refiere con precisión a una condición *para ser* Defensor o Comisario de Familia, en el sentido de posesionarse como tal.

Con todo, se deben hacer dos observaciones en relación con la permanencia en el cargo:

1) Si durante el desempeño del cargo de Defensor o Comisario de Familia aparece que a ese servidor público se le había impuesto con anterioridad a la posesión una sanción penal o disciplinaria, en firme, de carácter inhabilitante o no, que no había sido registrada, tal sanción constituye un antecedente penal o disciplinario que impedía su posesión, y por ende debe separarse del cargo, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º de la ley 190 de 1995, Estatuto Anticorrupción, que dice:

“Artículo 5º.- En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años”⁷³⁰ (Resalta la Sala).

2) Si durante la permanencia en el cargo le es impuesta a la persona una sanción penal o disciplinaria en firme, *de carácter inhabilitante*, se debe distinguir:

a) Si la sanción se origina en hechos ocurridos en el desempeño del cargo de Defensor o Comisario de Familia, le impide la continuidad en el mismo.

729 Conforme al aforismo jurídico que dice: “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, esto es, “Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”.

730 El artículo 5º de la ley 190 de 1995 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, así: el primer inciso mediante la sentencia C-672 del 28 de junio de 2001, y el segundo inciso por medio de la sentencia C-631 del 21 de noviembre de 1996 con el siguiente condicionamiento: “bajo el entendido de que la inhabilitación allí prevista constituye una sanción accesoria que debe ser impuesta a través del correspondiente proceso penal o disciplinario”.

En concordancia con la norma transcrita, el artículo 41 de la ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece:

“Artículo 41.- Causales de retiro del servicio.- El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

(...)” (Destaca la Sala).

b) Si la sanción se origina en hechos ocurridos en el desempeño *de un cargo distinto*, se está frente a una inhabilidad sobreviniente, conforme se explica más adelante.

En ambas hipótesis el funcionario debe separarse del cargo.

La Sala advierte que se debe examinar cada caso en particular, pues la circunstancia de que durante la permanencia en el cargo se imponga a la persona que desempeña las funciones de Defensor o Comisario de Familia, una pena o sanción que revista el carácter de antecedente penal o disciplinario, no significa que deba producirse en todos los casos la desvinculación o separación del cargo, ya que este alcance significaría atribuirle a la sanción, cualquiera que ella fuera, una consecuencia que no necesariamente tiene.

En efecto, si en el ejercicio del empleo se impone una sanción de destitución o de suspensión al Defensor o al Comisario de Familia, por causa o con ocasión de dicho ejercicio, es claro que se debe separar del cargo de manera definitiva o temporal, pero si la sanción es de multa o amonestación escrita, podrá continuar en el desempeño del cargo.

Es claro entonces, que si se admite que cualquier sanción, conduce a la separación del empleo, se le estaría confiriendo siempre un valor igual al de la destitución, dándole al citado numeral 2º del artículo 80 un alcance sancionador que ciertamente no tiene. El numeral se circunscribe tan solo a establecer un requisito para acceder a los mencionados cargos y no modifica, en manera alguna, las disposiciones disciplinarias de los servidores públicos.

Ahora bien, si se trata de sanciones que se deriven del ejercicio de *un cargo distinto* del de Defensor o Comisario de Familia, se debe examinar:

1) Si la sanción conlleva inhabilidad, como son, la sanción penal con inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la destitución e inhabilidad general, y la suspensión e inhabilidad especial, se debe producir la separación del cargo no por el hecho de que la sanción constituya un antecedente sino por el hecho de que la inhabilidad conlleva dicha consecuencia, de acuerdo con las normas de la inhabilidad sobreviniente, que más adelante se estudian.

2) Si la sanción *no* conlleva inhabilidad, como son, la sanción penal sin inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la suspensión sin inhabilidad, la multa y la amonestación escrita, el servidor público debe cumplir la sanción, sin que ello implique separación definitiva del cargo.

3.3 El retiro de los Defensores de Familia después de la posesión en el cargo, por presentarse un antecedente penal o disciplinario se produce sólo si la sanción tiene carácter inhabilitante.

El artículo 6º de la ley 190 del 6 de junio de 1995, “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”, dispone:

*“Artículo 6º.- En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión **alguna inhabilidad o incompatibilidad**, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.*

Si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar⁷³¹” (Destaca la Sala).

De otra parte, el artículo 37 del Código Disciplinario Único establece:

*“Artículo 37.- Inhabilidades sobrevinientes.- Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución **e inhabilidad general** o la de suspensión **e inhabilidad especial** o cuando se presente el hecho que las generan (sic) el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias” (Resalta la Sala).*

Como se observa, la figura de la inhabilidad sobreviniente se encuentra legalmente establecida sólo cuando se impone a un servidor público, por el ejercicio de un cargo *distinto* al que está desempeñando, una sanción disciplinaria como la de destitución o la de suspensión, *acompañada de inhabilidad, general o especial*, respectivamente, de manera que dicho servidor debe separarse del cargo que está ejerciendo.

En consecuencia, una sanción disciplinaria de carácter *no inhabilitante*, como las de suspensión sin inhabilidad, multa o amonestación escrita, impuesta a un Defensor o Comisario de Familia por hechos ocurridos durante su gestión en otro cargo, no conlleva la desvinculación del que esta ejerciendo actualmente.

3.4 El régimen disciplinario aplicable a los Defensores y Comisarios de Familia es el establecido en el Código Disciplinario Único

La ley 734 del 5 de febrero de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, establece en el Capítulo Tercero, “Sujetos disciplinables”, las personas a quienes se les aplica el código:

*“Artículo 25.- Destinatarios de la ley disciplinaria.- Son destinatarios de la ley disciplinaria **los servidores públicos** aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.*

(...)” (Destaca la Sala).

Como se aprecia, el Código Disciplinario Único es aplicable a los Defensores y Comisarios de Familia, dada su calidad de servidores públicos, sin que pueda considerarse el requisito sobre la carencia de antecedentes penales y disciplinarios para tales empleados, como un régimen disciplinario o sancionatorio especial ya que así no fue expedido ni concebido por el legislador, conforme se desprende del análisis efectuado en el punto 3.5 del concepto No. 1915 de 2008 referente al trámite del proyecto de ley

⁷³¹ Por medio de la sentencia C-038 del 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso segundo del artículo 6º de la ley 190 de 1995, con el siguiente condicionamiento: “pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto”.

No. 85 y 96 (acumulados) de 2005 – Cámara y No. 215 de 2005 – Senado, que a la postre se convirtió en la ley 1098 de 2006.

El numeral segundo del artículo 80 del CIA no tiene el alcance de modificar las normas del Código Disciplinario Unico respecto de dichos funcionarios, puesto que no entraña una contradicción o variación de lo dispuesto en éstas, de suerte que el mencionado código continúa siendo la ley disciplinaria para ellos.

En consecuencia, es claro que la norma contenida en el citado numeral 2º no establece un régimen disciplinario especial para los Defensores y Comisarios de Familia, circunstancia ésta que releva a la Sala de entrar a considerar las preguntas formuladas en los numerales 6 a 10 de la consulta, por carecer de objeto.

En este punto, la Sala considera oportuno destacar que además de los deberes y prohibiciones contemplados en los artículos 34 y 35 del Código Disciplinario Unico, los Defensores y Comisarios de Familia deben cumplir los deberes y funciones mencionados en los artículos 79, 81 y 82, y 83 y 86, respectivamente, del Código de la Infancia y la Adolescencia, y las diversas normas constitucionales y legales sobre el desempeño de funciones públicas, en orden a garantizar a los niños y adolescentes los derechos fundamentales consagrados en los artículos 44 y 45 de la Constitución, mencionados en el concepto inicial.

Por último, en cuanto a la pregunta específica de la consulta sobre el delito culposo, la Sala expresa que la sanción por esta clase de delitos mediante sentencia en firme, independientemente de los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁷³², constituye un antecedente penal que impide la posesión como Defensor o Comisario de Familia, por disposición del artículo 248 de la Constitución en concordancia con el referido numeral 2º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Si la condena se profiere durante el desempeño del cargo e incluye la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas⁷³³, trae como consecuencia la separación del empleo de Defensor o Comisario de Familia, como quedó explicado.

LA SALA RESPONDE:

1. Las sanciones de carácter no inhabilitante impuestas al Defensor o Comisario de Familia por hechos ocurridos en el ejercicio de su cargo, no son causa suficiente para la separación del cargo.
2. En el evento de una sentencia penal en firme dictada por causa de un delito culposo se debe distinguir:

732 Resulta conveniente mencionar que los delitos culposos de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, tienen en la actualidad, una mayor gravedad de la que tradicionalmente se les atribuía, dado que la ley 1326 del 15 de julio de 2009 les estableció una serie de circunstancias de agravación punitiva, como la de cometer la conducta bajo el influjo de bebida embriagante y que ello haya sido determinante para su ocurrencia, caso en el cual “la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena”.

733 El delito de peculado culposo, por ejemplo, conlleva la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas (artículo 400 del Código Penal).

a) Si la sentencia impone a la persona que está desempeñando el cargo de Defensor o Comisario de Familia la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, se debe retirar del servicio al funcionario.

b) Si la sentencia no impone dicha sanción, la persona puede continuar en el desempeño del cargo.

3 y 4. La carencia de antecedentes penales y disciplinarios es un requisito exigido para la posesión en los cargos de Defensor y Comisario de Familia, no para la permanencia en ellos.

Si en el desempeño de la función aparece que al servidor público se le había impuesto con anterioridad a la posesión una sanción penal o disciplinaria, en firme, de carácter inhabilitante o no, que no había sido registrada, y que por lo tanto, constituye un antecedente penal o disciplinario que impide su posesión, debe separársele del cargo.

Si durante la permanencia en el empleo se le impone una sanción penal o disciplinaria en firme, de carácter inhabilitante, debe retirársele del cargo.

Si la sanción inhabilitante se impuso por hechos cometidos en el desempeño de otro cargo, se considera como una inhabilidad sobreviniente, y deberá separarse del cargo.

5. El régimen disciplinario aplicable a los Defensores y Comisarios de Familia es el establecido en el Código Disciplinario Unico, ley 734 de 2002.

6 a 10. No resulta necesario dar respuesta a las preguntas formuladas en estos numerales, ante las respuestas anteriores y el análisis expuesto en la parte considerativa.

Transcríbase al señor Ministro de la Protección Social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

11. Ministerio de Defensa. Reconocimiento de prestaciones sociales del personal vinculado a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, tanto uniformado como civil

Radicado 1935

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 2010/03/18

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 29357 del 7 de abril de 2010

El señor Ministro de Defensa Nacional, consulta a la Sala sobre cinco aspectos relacionados con el reconocimiento de algunas de las prestaciones sociales del personal vinculado a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional. Por metodología, la Sala analizará y responderá de manera independiente cada uno de los aspectos consultados, de acuerdo con la siguiente tabla de contenido:

1. Reconocimiento de la asignación de retiro para el personal militar que a la fecha de entrada en vigencia del decreto 4433 de 2004 contaba con 15 años o mas de servicio

- y hubiese sido retirado por inasistencia; o contaba con menos de 20 años de servicio y hubiese sido retirado por separación absoluta.
2. Reconocimiento de asignación de retiro del personal uniformado de la Policía Nacional que es retirado del servicio por destitución o inhabilidad sobreviviente.
 3. Reconocimiento de la partida de subsidio familiar a dos cónyuges con derecho a asignación de retiro.
 4. Sistemas para el cómputo de tiempo y forma de pago de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales de oficiales, suboficiales y personal civil del Ministerio de defensa.
 5. Reconocimiento de prestaciones sociales a beneficiarios por causa de muerte de oficiales y suboficiales.

INTRODUCCION

Régimen prestacional especial para los miembros de las fuerzas militares y la policía nacional

La Asamblea Nacional Constituyente concibió la seguridad social como un derecho constitucional irrenunciable de todas las personas y como un servicio público a cargo del Estado, sujeto a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, en los términos que la ley señale.

Con el fin de desarrollar tal garantía constitucional, el Congreso de la República expidió la ley 100 de 1993 como un sistema general e integral de seguridad social para todos los habitantes del territorio nacional, integrado por: pensiones, seguridad social en salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.

No obstante el carácter general con que concibió el servicio público de la seguridad social, el Constituyente de 1991 admitió la existencia de regímenes prestacionales especiales en atención a las características de ciertos grupos humanos y a la función especialísima que ellos cumplen. En tal virtud, facultó al legislador en los artículos 217 y 218 de la Carta Política para establecer el de carrera, prestacional y disciplinario tanto para los miembros de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional. Igualmente, en el artículo 150, numeral 19, literal e), otorgó al Congreso de la República la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública.

Dichos regímenes prestacionales especiales constituyen un conjunto normativo que crea, establece, regula y desarrolla una serie de prestaciones a favor de un determinado grupo social, el cual goza de una reglamentación propia, en virtud de ciertas características individuales que le confieren plena particularidad.

La Corte Constitucional ha justificado en reiteradas oportunidades la existencia del régimen prestacional especial de los miembros de la Fuerza Pública, dada la naturaleza peligrosa que implica el ejercicio de sus funciones, razón que considera suficiente para que mediante aquél se pretenda compensar el desgaste físico y mental que involucra el estado latente de inseguridad al que es sometido durante largos periodos, no sólo el militar, si no también los miembros de su familia.

De ahí que la ley marco que fija el régimen prestacional para los miembros de la Fuerza Pública debe precisar el contenido especial del sistema pensional y de asignación de retiro de sus miembros, señalando los requisitos necesarios para su reconocimiento tales como edad, tiempo de servicios, montos, ingresos bases de liquidación, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias; correspondiendo al Gobierno Nacional mediante decreto, reglamentar los elementos accidentales y variables de dicho régimen.

Precisamente, la existencia del régimen prestacional especial de seguridad social con que cuentan los miembros de la Fuerza Pública, los excluye del sistema integral de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993, como lo dispone el artículo 279 de dicha ley, cuyos alcances analizará la Sala en el numeral 4o. de este concepto.

1. Reconocimiento de la asignación de retiro para el personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las fuerzas militares, retirados del servicio por inasistencia al servicio y separación absoluta

1.1 Antecedentes

Para responder las preguntas formuladas, es menester precisar las normas que reglamentan tanto el régimen de carrera como el prestacional del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. Al efecto es de anotar que la ley 66 de 1989 otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de oficiales, suboficiales, agentes y civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. En ejercicio de dichas facultades el Gobierno Nacional expidió los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, por medio de los cuales reguló las prestaciones sociales y la carrera profesional del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; del personal de Agentes de la Policía Nacional y del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. Para efectos del problema que se plantea en este capítulo es menester observar:

- Mediante el decreto ley 1211 de 1990 se reformó el decreto ley 95 de 1989, anterior estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que regulaba tanto la carrera profesional del mencionado personal como sus prestaciones sociales.
- Posteriormente se expidió el decreto ley 1790 de 2000 el cual modificó algunas de las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares contenidas en el decreto ley 1211 de 1990.
- A su vez, por el decreto ley 4433 de 2004, expedido en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 923 de 2004, se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y se derogaron y subrogaron *algunas* de las disposiciones que sobre dicho régimen contenía en el decreto ley 1211 de 1990.

1.2. Retiro por inasistencia al servicio sin causa justificada o por separación absoluta

El decreto ley 1790 de 2000 *“Por el cual se modifica el decreto⁷³⁴ que regula las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”*, define en su artículo 1o. a las Fuerzas Militares como *“las organizaciones instruidas y disciplinadas*

734 DECRETO 1211 DE 1990.

conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía nacional y de las instituciones patrias. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”.

A su vez, en el Título IV “*De la Suspensión, Retiro, Separación y Reincorporación*” de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se refiere al *Retiro* como la situación en que dicho personal, sin perder su grado militar, cesa por disposición de autoridad competente, en la obligación de prestar servicios en actividad.

Dentro de las causales de retiro del servicio activo, el decreto ley 1790 de 2000 contempla la siguiente:

“ARTICULO 100. CAUSALES DE RETIRO. El retiro de servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a). Retiro temporal con pase a la reserva:

...

6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio

...”. (Resalta la Sala).

El artículo 109 al referirse a la causal de retiro antes citada, señala:

“ARTICULO 109. RETIRO POR INASISTENCIA AL SERVICIO SIN CAUSA JUSTIFICADA. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares serán retirados en cualquier tiempo de servicio activo, por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio”⁷³⁵, o cuando acumulen igual tiempo en un lapso de treinta (30) días calendario, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria correspondiente”.

En cuanto a las causales de *Separación absoluta* de las Fuerzas Militares, el artículo 111 del decreto ley 1790 de 2000 precisa que ésta se presenta cuando el oficial o suboficial es condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la Justicia Ordinaria, salvo que la condena obedezca a delitos culposos, o cuando así lo determina un fallo disciplinario, y advierte que el personal así separado no podrá volver a pertenecer a las Fuerzas Militares.

1.3. Régimen especial de asignación de retiro para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares

La ley 923 de 2004⁷³⁶, defirió en el Gobierno Nacional la facultad para fijar el régimen de asignación de retiro, las pensiones de invalidez y sus sustituciones y, la de sobrevivientes

735 LEY 522 DE 1999 “Código Penal Militar”, “ARTICULO 126. ABANDONO DEL SERVICIO. El oficial o suboficial de la Fuerza Pública, o el personal de agentes o del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que abandone los deberes propios del cargo por más de diez (10) días consecutivos, o no se presente al respectivo superior dentro del mismo término contado a partir de la fecha señalada por los reglamentos u órdenes superiores, para el cumplimiento de actos del servicio, o no se presente dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de su cancelación comunicada legalmente, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años”.

736 LEY 923 DE 2004, “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el

de los miembros de la Fuerza Pública. (art.1o.), y en su artículo 3o., numeral 3.1., inciso 4o., estableció que *“los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones”*.

Con base en las facultades otorgadas por la ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto ley 4433 de 2004**, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

En cuanto a su alcance, el artículo 4o. del decreto 4433, señala:

“DECRETO 4433 DE 2004.

ARTICULO 4o. ALCANCE. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, regula los derechos a las prestaciones económicas periódicas de quienes prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública que comprende la asignación de retiro, la pensión de invalidez, y su sustitución, así como la pensión de sobrevivencia”.

Respecto de la naturaleza de la Asignación de Retiro, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, señaló:

“12. Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte se encuentra ante un nuevo interrogante, a saber: ¿Qué naturaleza jurídica tiene la ‘asignación de retiro’..?”

Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de ‘asignación de retiro’, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública”.

Ahora bien, al tenor del artículo 14 del decreto ley 4433 de 2004, la asignación de retiro se reconoce y paga cuando el oficial o suboficial es retirado por alguna de las circunstancias previstas en dicha norma, la cual dispone:

“DECRETO 4433 DE 2004

ARTICULO 14. Asignación de retiro para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte

(20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así: ...

Parágrafo 1o. Los oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así: ...”.

La norma en cita, en su inciso primero fija dos condiciones para que pueda darse el pago de la referida prestación en los términos en ella previstos, de una parte, que a la entrada en vigencia el decreto 4433 *el oficial o suboficial se encuentre en servicio activo*, y de otra, que su retiro se produzca bajo una de dos modalidades, para las cuales señaló un tiempo límite de servicio y unas causales taxativamente previstas, a saber:

1. *Con 18 años o más de servicio*, por:

- Llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o
- Por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o
- Por disminución de la capacidad psicofísica, o
- Por incapacidad profesional

2. *Después de 20 años de servicio*, por:

- solicitud del propio oficial o suboficial, o
- porque el mismo sea retirado o separado en forma absoluta.

Por su parte, el parágrafo 1o. de la norma que se analiza, prevé el pago de la asignación mensual de retiro para el oficial o suboficial que a la entrada en vigencia del decreto 4433 acreditara 15 años o más de tiempo de servicio y fuera retirado por alguna de las siguientes causales: *“llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional.*

1.4. Garantía de los derechos adquiridos

En materia de garantía de los derechos adquiridos, el artículo 2o. del decreto ley 4433 de 2004 establece que el personal de oficiales, suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares, entre otros, que a la entrada en vigencia del referido decreto *“hubieran cumplido la totalidad de los requisitos para acceder a la asignación de retiro,... conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores”.* Normas éstas que, para el asunto materia de estudio, se encontraban consignadas en el inciso primero del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 – *subrogado por el artículo 14 del decreto ley 4433 de 2004-* el cual era del siguiente tenor:

“DECRETO LEY 1211 de 1990.

ARTICULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el

caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada⁷³⁷, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto”.

La disposición en comento, exigía, para tener derecho a la asignación de retiro, que los oficiales o suboficiales que fueran retirados durante la vigencia del decreto 1211 de 1990, y para el caso concreto de los que lo fueran por “*inasistencia al servicio por más de diez (10) días sin tener causa justificada*”, hubieran prestado servicio por 15 años o más. No contemplaba como causal de retiro con derecho al reconocimiento de asignación de retiro la *separación en forma absoluta del servicio*.

Así las cosas, encuentra la Sala que armonizando lo dispuesto por los artículos 163 inciso primero del decreto ley 1211 de 1990 –*norma anterior*- y 2o. y 14, inciso primero y párrafo primero del decreto ley 4433 de 2004, se puede concluir que:

(i) En vigencia del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 los oficiales y suboficiales retirados del servicio activo por *inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada*, tenían derecho al pago por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de la asignación mensual de retiro en los términos fijados en la norma, siempre y cuando hubieran cumplido 15 años o más de servicio.

(ii) Para que este derecho le fuera reconocido una vez en vigencia el decreto ley 4433 de 2004, se hacía necesario que a esa fecha -31 de diciembre de 2004, Diario Oficial No.45778- el oficial o suboficial respectivo hubiera cumplido la totalidad de los requisitos exigidos por el decreto ley 1211 de 1990 para acceder a la respectiva asignación, esto es:

- a. que hubiera sido retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada
- b. que al momento del retiro tuviera 15 años o más de servicio

Sin que el sólo hecho de tener los 15 años de servicio fuera suficiente para obtener el derecho al reconocimiento de la referida asignación.

(iii) Sólo quien se ajustara a los dos requerimientos antes señalados podía acceder a las garantías previstas en el artículo 2o. del decreto ley 4433 y por tanto se haría acreedor al reconocimiento de la asignación mensual de retiro en los términos del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990.

(iv) En cuanto a la figura de la *separación absoluta del servicio* cabe anotar que el artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 no la consideraba como causal de retiro que permitiera acceder al reconocimiento de la respectiva asignación, razón por la cual frente a

737 Esta norma fue modificada por la LEY 14 DE 1992 que en su artículo 1o. señala: “ARTICULO 1o. En todas las normas de los decretos leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990, en las que se mencione la causal de retiro ‘por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada’, se entenderá en lo sucesivo que ésta se configura ‘por la inasistencia al servicio por más de diez (10) días sin causa justificada’, o cuando se acumule igual tiempo durante un lapso de treinta (30) días calendario”.

ella no es posible plantear el tema de los derechos adquiridos a que se refiere el artículo 2o. del decreto ley 4433 de 2004.

(v) En vigencia el decreto ley 4433 de 2004, no existe la posibilidad de que un oficial o suboficial que sea retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada, tenga derecho al reconocimiento de la asignación mensual de retiro, independientemente del tiempo que llevare vinculado a la institución, por no haberlo contemplado así la norma.

(vi) Lo que sí procede al tenor del inciso primero del artículo 14 del decreto ley 4433 de 2004, es el reconocimiento de la asignación mensual de retiro para quien sea separado del servicio en forma absoluta siempre y cuando haya cumplido 20 años de servicio al momento del retiro, caso en el cual dicho reconocimiento se hará en los términos establecidos en el citado artículo 14.

En consideración a lo antes expuesto, procede la Sala a resolver los interrogantes formulados en este punto, teniendo en cuenta que los mismos obedecen a las inquietudes que le asisten al consultante en relación con *“el reconocimiento de asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales retirados en vigencia del Decreto 4433 de 2004, por la causal de inasistencia al servicio por más de 10 días y aquellos retirados por separación absoluta”*, según lo afirmado en el texto de la consulta. (Resalta la Sala).

En tal virtud, la Sala RESPONDE:

“1. ¿Es procedente el reconocimiento de Asignación de Retiro del personal militar retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días, que a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, contaba con un tiempo mínimo de 15 años?”.

No es procedente reconocer la asignación de retiro al personal militar retirado en vigencia del decreto ley 4433 de 2004, por inasistencia al servicio por más de diez días, toda vez que el artículo 14 del decreto ley en cita no considera esta situación como causal de retiro que otorgue el derecho al referido reconocimiento, así dicho personal contara con un tiempo mínimo de 15 años de servicio.

“2. ¿Es procedente el reconocimiento de Asignación de Retiro del personal militar retirado por separación absoluta con un tiempo inferior a 20 años de servicio pero que a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, contaba con un tiempo de servicio de 15 años?”.

No es procedente el reconocimiento de Asignación de retiro al personal militar retirado en vigencia del decreto ley 4433 de 2004 por separación absoluta con un tiempo inferior a 20 años de servicio, por no reunir los requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 14 *ibídem*.

2. Reconocimiento de asignación de retiro del personal uniformado de la policía nacional que ha sido retirado del servicio por destitución o inhabilidad sobreviniente

2.1 Antecedentes

En la consulta se indaga acerca de la posibilidad de que a los oficiales, suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se les reconozca asignación

de retiro cuando son retirados del servicio por destitución o por la configuración de una inhabilidad sobreviniente, caso este último en el que, concretamente, el consultante se refiere a las inhabilidades previstas en los artículos 38 –*numeral 2o.*– de la ley 734 de 2002 y 6o. de la ley 190 de 1995.

2.2. De la destitución como causal de retiro del servicio de los oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional

De conformidad con lo dispuesto por el decreto ley 1791 de 2000 “*Por el cual se modifican las normas de carrera de personal de Oficiales, Nivel ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional*” y por la ley 857 de 2003 “*Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto ley 1791 de 2000*”, el retiro es la situación por la cual el personal de oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio. (Art. 54 decreto ley 1791/00 y art. 1o. ley 857/03).

Dicho retiro se produce por unas causales taxativamente establecidas en los artículos 55 del decreto ley 1791 de 2000 y 2o. de la ley 857de 2003, a saber:

“DECRETO LEY 1791 DE 2000:

ARTICULO 55. CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales:

1. Por solicitud propia
2. Por llamamiento a calificar servicios
3. Por disminución de la capacidad psicofísica
4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez
- 5. Por destitución**
6. Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo y los agentes.
7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial
8. Por incapacidad académica
9. Por desaparecimiento
10. Por muerte”. (Negrillas fuera de texto).

“LEY 857 DE 2003:

ARTICULO 2o. CAUSALES DE RETIRO. Además de las causales contempladas en el Decreto ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

4. Por llamamiento a calificar servicios
5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales
6. Por incapacidad académica”.

En cuanto a la destitución, cabe señalar que ésta consiste en “la privación del cargo público que realiza la autoridad disciplinaria competente como consecuencia de un procedimiento que demuestra una grave responsabilidad disciplinaria”⁷³⁸, es una sanción que se impone por el incumplimiento de los deberes propios del cargo o por incurrir en faltas disciplinarias catalogadas como graves.

Al respecto, es de anotar que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 38, numeral 1o. de la ley 1015 de 2006 “Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional”, la destitución “consiste en la terminación de la relación del servidor público con la Institución Policial” y comporta la Inhabilidad General que “implica la imposibilidad para ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera”.

Precisamente dadas las consecuencias que comporta la destitución del cargo, el decreto ley 1791 de 2000 la consagró en su artículo 55, como una de las modalidades de retiro del servicio.

2.3. Inhabilidades sobrevinientes

Las inhabilidades, en términos generales, son prohibiciones establecidas por el legislador para acceder a la función pública, tienen por finalidad preservar la pulcritud de la administración, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos de la comunidad, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la administración.

El artículo 37 de la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Unico, se refiere a la inhabilidades sobrevivientes como aquellas que “se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción”. Evento en el cual, advierte la norma, se debe comunicar al actual nominador para que proceda a hacer efectivas sus consecuencias.

Por su parte, el numeral 2o. del artículo 38 de la ley 734 de 2002, consagra la siguiente inhabilidad sobreviniente:

“ARTICULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:...

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

Respecto de esta inhabilidad la Corte Constitucional en sentencia C-544 de 2005 dijo:

“La inhabilidad que ocurre como consecuencia de haberse interpuesto la tercera sanción disciplinaria en cinco años surge, no como una nueva sanción, sino como una medida de protección de la Administración,

738 Definición dada por la Corte Constitucional en sentencia C-1212 de 2001.

que pretende evitar el acceso a sus cargos de personas que han demostrado una manifiesta incompetencia en el manejo de los negocios que se les encomiendan”.

Así mismo y como complemento de antes expuesto el artículo 6o. de la ley 190 de 1995, “por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública”, señala:

“ARTICULO 6o. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar”.

La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del inciso segundo de la norma transcrita, en sentencia C-038 de 1996 precisó:

“8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares”.

De lo anterior se infiere, que si a un miembro del personal de la Policía Nacional, estando en el ejercicio de sus funciones, le sobreviene una inhabilidad como la descrita en el numeral 2o. del artículo 38 de la ley 734 de 2002, lo que procede es su desvinculación de la institución, no como sanción sino como una medida de protección para la administración, según lo manifestado por la Corte Constitucional al efectuar el análisis de constitucionalidad de dicha norma.

2.4. Asignación de retiro para oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional

Por medio de las disposiciones contenidas en el decreto ley 4433 de 2004 se estableció el régimen pensional y de asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, así como el del personal del nivel ejecutivo y agentes de la misma.

El decreto ley 4433 de 2004 precisa las causales de retiro del servicio que dan origen al reconocimiento de la asignación de retiro a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional en actividad (artículo 24) y a los oficiales y personal ejecutivo de la misma que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del mencionado decreto ley (artículo 25), en los siguientes términos:

“ARTICULO 24. ASIGNACION DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL EN ACTIVIDAD. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así...”

Parágrafo 1o. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así...”

“ARTICULO 25. ASIGNACION DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE LA POLICIA NACIONAL. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así...”

Parágrafo 1o. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los oficiales, y los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

Parágrafo 2o. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas”.

Del contenido de las normas transcritas se tiene que para que a los oficiales, suboficiales, agentes y personal ejecutivo de la Policía Nacional se les reconozca asignación mensual de retiro, se requiere que el retiro del servicio de los mismos se produzca por alguna de las siguientes causales:

- llamamiento a calificar servicios,
- disminución de la capacidad psicofísica,
- por voluntad del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía,
- retiro a solicitud propia, o
- separación en forma absoluta del servicio, después de 25 años de servicio.

Sin que para dicho reconocimiento se tenga en cuenta el retiro por destitución o por inhabilidad sobreviniente.

2.5. Conclusión

En este orden y como quiera que ni *la destitución* ni *la inhabilidad sobreviniente* de que habla el numeral 2o. del artículo 38 de la ley 734 de 2002 están contempladas en los artículos 24 y 25 del decreto ley 4433 de 2004, como causales de retiro que otorguen derecho al reconocimiento de la asignación de retiro para los oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, no podrá concederse el reconocimiento de dicha prestación a quienes hayan sido retirados del servicio por alguna de esas circunstancias.

SE RESPONDE:

“1. ¿Es procedente el reconocimiento de Asignación de Retiro al personal que es retirado de la institución por la causal de destitución o por la configuración de una inhabilidad sobreviniente, a pesar de no encontrarse previstas estas causales en el Decreto 4433 de 2004? En qué condiciones?”.

No es procedente el reconocimiento de asignación mensual de retiro al personal de oficiales, suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, cuyo retiro obedezca al hecho de haber sido destituido del cargo, o respecto del cual se haya configurado una inhabilidad sobreviniente, por no aparecer estas figuras previstas en los artículos 24 y 25 del decreto ley 4433 de 2004 como causales de retiro que den origen al pago de la referida prestación.

3. Reconocimiento de la partida de subsidio familiar a dos cónyuges con derecho a asignación de retiro

3.1. Antecedentes

El asunto que plantea la consulta guarda relación con la posibilidad de *“determinar si en el caso de dos cónyuges militares retirados antes del 01 de enero de 2005, se les puede reconocer la partida de subsidio familiar a cada uno de ellos dentro de la asignación de retiro, por el mismo núcleo familiar, por fuera del campo de aplicación del artículo 83 del Decreto Ley 1211 de 1990, siendo oportuno precisar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, debe tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro que cada uno recibe”*.

3.2. Subsidio familiar

El legislador en el artículo 1o. de la ley 21 de 1982 definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos

y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, cuyo objetivo fundamental consiste en aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

El subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una prestación derivada del derecho a la seguridad social. En efecto, la Sentencia C-508/97, se refirió a la naturaleza de esta prestación en los siguientes términos:

*“El subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, **subsidio que se paga en atención al número de hijos**; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación.*

...

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”. (Negrillas fuera de texto).

3.3. Situación fáctica planteada

Para efectos de analizar el caso formulado en la consulta, es importante tener en cuenta que los dos cónyuges a que alude la misma fueron retirados antes del 31 de diciembre de 2004, razón por la cual su caso deberá ser estudiado al amparo de las normas que regían para esa época, esto es, el decreto ley 1211 de 1990, toda vez que el decreto ley 4433 de 2004 “*por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, que subroga algunas de las disposiciones contenidas en el decreto ley 1211 atinentes a la asignación de retiro, empezó a regir el 31 de diciembre de 2004 fecha en que fue publicado en el Diario Oficial 45778.

3.4. Reconocimiento de subsidio familiar a cónyuges con asignación de retiro

Hecha la anterior aclaración, se tiene que el *decreto ley 1211 de 1990 “Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*, establece en el artículo 158 los conceptos sobre los cuales se han de liquidar las prestaciones del personal de oficiales y suboficiales retirados del servicio en vigencia del mismo Estatuto. Al respecto señala:

“ARTICULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- *Sueldo básico.*
- *Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.*

- *Prima de antigüedad.*
- *Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.*
- *Duodécima parte de la prima de Navidad.*
- *Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.*
- *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
- **Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.**

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales". (Resalta la Sala).

De la norma transcrita se desprende que para efectos de la liquidación de la asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se debe incluir la partida correspondiente al *subsidio familiar*, sin que el total por dicho concepto sobrepase el 47% del respectivo sueldo básico.

Sobre el *reconocimiento del subsidio familiar*, dispone el decreto ley 1211 de 1990:

“ARTICULO 79. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

- Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.*
- Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.*
- Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).*

PARAGRAFO. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deber hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación".

La anterior disposición regula el derecho al pago del subsidio familiar para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y establece que debe ser liquidado sobre el sueldo básico en un porcentaje determinado según el estado civil y el número de hijos. Así para el asunto que nos ocupa, en tratándose de cónyuges, prevé el 30 %, más los porcentajes

a que se tenga derecho según el número de hijos, esto es, por el primer hijo 5% y un 4% por cada uno de los demás, sin que por este concepto se pueda sobrepasar el 17%, es decir, el tope máximo por este concepto es de 47%.

El artículo 79 del decreto ley 1211 de 1990 fue repetido en su contenido por el artículo 49 del decreto ley 1214 de 1990, “por el cual se reforma el Estatuto y el Régimen Prestacional del *Personal Civil* del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”, el que a su vez fue modificado respecto al estado civil de las personas beneficiarias del subsidio, por el artículo 111 del decreto reglamentario 1029 de 1994.

La Corte Constitucional en sentencia C-1002 del 2007, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 49 del decreto ley 1214 de 1990 dijo:

“(…) después de la entrada en vigencia de la actual Constitución el Congreso Nacional expidió la Ley 4a. de 1992, a través de la cual se establecen las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, entre otros. En desarrollo de las normas generales consagradas en la Ley 4a. de 1992, el Gobierno profirió el Decreto Reglamentario de ley marco 1029 de 1994 en cuyo artículo 111 estableció lo siguiente:

‘Artículo 111. Reconocimiento derechos prestacionales. A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos Ley números 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto’ (Resalta la Corte)

De su parte, el artículo 110 del mencionado decreto 1029 de 1994 es del siguiente tenor:

‘Artículo 110. Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por:

Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo. (...)

Por su parte, el artículo 114 de este mismo Decreto derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias al disponer lo siguiente:

*‘Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y **deroga las disposiciones que le sean contrarias**’.*

***Así pues, el artículo 111 del Decreto 1029 de 1994 modificó el artículo 49 del Decreto 1214 de 1990, a fin de extender el reconocimiento del subsidio de que trata esta última disposición, a los servidores públicos que hubieren constituido una familia mediante la unión marital de hecho. Por lo tanto, hoy en día la norma parcialmente acusada, esto es el literal b) del artículo 49 mencionado, debe entenderse referido no solamente a los viudos con hijos habidos dentro del matrimonio, sino también a los servidores públicos que formaron una familia por vínculos naturales y procrearon hijos dentro de ella’.* (Resaltado fuera de texto).**

Por su parte, los artículos 80 y 81 del decreto ley 1211 de 1990 se refirieron a los casos de disminución y extinción del subsidio familiar y el artículo 82 a los conceptos que originan descuento de la referida prestación.

El artículo 83 del mencionado decreto ley 1211 dispone la *prohibición del pago doble del subsidio familiar* en los siguientes términos:

“ARTICULO 83. PROHIBICION PAGO DOBLE SUBSIDIO FAMILIAR. En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge del Oficial o Suboficial preste sus servicios en el Ministerio de Defensa el subsidio familiar se reconocerá al cónyuge que perciba mayor asignación básica, si ésta fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio al Ministerio de Defensa.

PARAGRAFO. El Oficial o Suboficial cuyo cónyuge preste servicio en otra entidad oficial, para tener derecho al subsidio familiar pagado por el Ministerio de Defensa, deberá acreditar que su cónyuge ha renunciado a dicha prestación en la entidad en donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última”.

La norma precisa que en ningún caso habrá lugar al reconocimiento doble del subsidio familiar y establece las condiciones bajo las cuales éste será reconocido *cuando el cónyuge del oficial o suboficial preste sus servicios* en el Ministerio de Defensa; al efecto señala:

- a. El subsidio familiar se reconocerá al cónyuge que devengue mayor asignación básica*
- b. En caso de que la asignación sea igual, lo recibirá quien acredite estar vinculado al servicio del Ministerio de Defensa por mayor tiempo*

Nótese como la citada norma parte del supuesto de que los *dos cónyuges se encuentran en servicio activo* al momento en que se solicita el reconocimiento del subsidio.

A su vez, artículo 161 del decreto ley 1211 de 1990 se refiere al *carácter inmodificable que adquiere la partida del subsidio familiar una vez ha sido incluida en la liquidación de la asignación de retiro*, así:

“ARTICULO 161. COMPUTO PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones a que se refiere el artículo 158 de este estatuto, no sufrirá variaciones de ninguna especie. Tampoco habrá lugar a la inclusión y modificación de dicha partida por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del Oficial o Suboficial.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial o Suboficial se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía”.

En relación con el transcrito artículo 161, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia dictada el 13 de febrero de 1997 dentro del proceso No. 11.869, dijo:

*“De tal manera, que cuando la partida de subsidio familiar sea incluida para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones, en el futuro no podrá ser modificada ni aún por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del beneficiario, **por cuanto dejó de ser percibida con el carácter de subsidio al haberse transformado en factor prestacional.***

En consecuencia, la pensión así liquidada adquiere la calidad de inmodificable hacia el futuro así varíen las circunstancias de hecho que hicieron posible su reconocimiento”. (Negrillas de la Sala).

Del marco normativo antes expuesto, se infiere que en el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, el *subsidio familiar* constituye uno de los factores a incluir al momento de liquidar la asignación de retiro que se ha de reconocer a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, sin que el total por dicho concepto pueda sobrepasar el 47% del respectivo sueldo básico.

Ahora bien, como el régimen analizado establece la prohibición del pago por partida doble del subsidio familiar cuando los dos cónyuges son servidores activos del Ministerio de Defensa, y en el texto de la consulta no se precisaron las circunstancias que rodearon el retiro de los dos servidores a que alude la misma, la Sala considera necesario plantear las hipótesis que al respecto pueden haberse presentado:

(i) *Los dos cónyuges prestaban en la misma época sus servicios al Ministerio de Defensa*, evento en el cual de acuerdo con la prohibición establecida por el legislador, sólo uno podía percibir dicho subsidio, el que devengara el sueldo más alto o en el caso de que los dos percibieran la misma asignación, el que hubiera acreditado mayor tiempo de servicio en el Ministerio.

(ii) *Si los dos cónyuges se retiraron al mismo tiempo, es decir, simultáneamente*, el subsidio familiar constituye partida de liquidación de la asignación de retiro solamente respecto de quien en ejercicio del servicio venía devengándolo; en la asignación de retiro del otro cónyuge no podía liquidarse el subsidio familiar por cuanto no era beneficiario del mismo.

(iii) *Si se retiró el cónyuge que percibía el subsidio*, como antes quedó dicho, para la liquidación de su asignación de retiro debió incluirse como factor de la misma el subsidio familiar, el cual a partir del reconocimiento de la asignación pierde su carácter de prestación social para convertirse en factor prestacional, como lo ha señalado la Sección Segunda de esta Corporación⁷³⁹. Precisamente, esta modificación del carácter del subsidio familiar, lleva a la prohibición de variar el porcentaje con que fue incluido el subsidio en la liquidación de la respectiva asignación, a menos de que se compruebe que al Oficial o Suboficial, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

(iv) *Si el cónyuge que no recibía el subsidio familiar, continuó laborando en el Ministerio de Defensa después de retirado su esposo o esposa*, tiene derecho a que se le reconozca dicha prestación de conformidad con lo previsto por las normas que regulan la materia en relación con el número de hijos y la edad de los mismos.

Lo anterior, por cuanto no existe norma legal que prohíba tal reconocimiento al cónyuge que continúa en el servicio y porque, en criterio de la Sala, no puede hacerse extensiva a él la prohibición para el pago doble del subsidio familiar que se aplica cuando los dos cónyuges están en servicio activo.

(v) De igual forma, en *el caso del cónyuge que se retiró de último*, éste tiene derecho a que el subsidio familiar que percibía se le liquide como un factor prestacional para el reconocimiento de su asignación de retiro, en el porcentaje que se encontraba reconocido a la fecha de su desvinculación, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 79 del

739 Sentencia del 13 de febrero de 1997, radicado No. 11.869 y Sentencia del 19 de junio de 1998, radicado No. 17.338.

decreto ley 1211 de 1990, siempre que ese concepto no sobrepase el 47% del respectivo sueldo básico.

En este punto es necesario precisar que el tope porcentual del 47% que establecen los artículos 79 y 158 de decreto ley 1211 de 1990, es para cada uno de los oficiales o suboficiales a quienes se les reconozca la asignación de retiro, sin que pueda deducirse del contenido de tales disposiciones que las mismas están fijando un tope máximo común para la inclusión de dicho factor en la liquidación de las asignaciones de los dos cónyuges. Como señala el principio general de derecho, cuando el legislador no diferencia no le es dado hacerlo al intérprete.

Para el caso que se analiza en este punto, en el evento de no habersele incluido como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro el subsidio familiar que venía percibiendo el cónyuge que se retiró de último, éste podrá elevar la respectiva solicitud en cualquier momento al tenor de lo prescrito en el inciso segundo del artículo 161 de decreto ley 1211 de 1990 que señala:

“ARTICULO 161. COMPUTO PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR. ...

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial o Suboficial se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía”. (Negritas de la Sala).

En igual sentido se refiere el inciso segundo del artículo 5o. del decreto ley 4433 de 2004, norma que subrogó el referido artículo 161, que a la letra dice:

“ARTICULO 5o.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial, Suboficial o Agente se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía”. (Negritas de la Sala).

La Sala, en consideración a lo expuesto en este acápite, RESPONDE:

“1. ¿En el caso de dos cónyuges militares retirados antes del 01 de enero de 2005 y con derecho a asignación de retiro, la Caja de Retiro debe tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro que cada uno recibe?

“2. ¿La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares puede reconocer la partida de Subsidio Familiar a ambos cónyuges militares en retiro, por el mismo núcleo familiar sin tener en cuenta la expresión ‘En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge del Oficial o Suboficial preste sus servicios en el Ministerio de Defensa’ contenida en el artículo 83 del Decreto Ley 1211 de 1990?

En el caso de dos cónyuges que se encontraban laborando al mismo tiempo en el Ministerio de Defensa, y posteriormente se retiraron, se debe precisar:

(i) si el retiro fue simultáneo, sólo tendrá derecho a que se le compute lo que venía percibiendo por concepto de subsidio familiar para el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro, el oficial o suboficial que venía recibiendo dicha prestación.

(ii) Si el retiro no fue simultáneo, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe incluir en la liquidación de las respectivas asignaciones, la partida que por subsidio familiar percibía cada uno de los cónyuges al momento de su retiro y en el porcentaje que se encontraba reconocido a esa fecha.

“3. ¿En caso de no ser aplicable para la asignación de retiro, la prohibición del doble pago del subsidio familiar, debe la entidad efectuar el reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar a los dos cónyuges, hasta el tope máximo establecido en el artículo 79 del Decreto Ley 1211 de 1990, que es del 47% para cada uno, o hasta el 47% entre los dos cónyuges, teniendo en cuenta que en algunos de los casos los cónyuges traen reconocido un porcentaje?.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe efectuar el reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar a los dos cónyuges, hasta el tope máximo establecido en los artículos 79 y 158 del decreto ley 1211 de 1990, esto es, el 47% del respectivo sueldo básico para cada uno.

“4. Igualmente en el evento de determinarse la viabilidad del reconocimiento de la partida de subsidio familiar para cada uno de los cónyuges ¿a partir de qué fecha debería realizarse el reconocimiento de la partida de subsidio familiar, teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción, debiendo precisar, si resulta aplicable el término previsto en el decreto ley 1211 de 1990 o en el Decreto 4433 de 2004?.

La inclusión de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro procede en cualquier momento, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo de los artículos 161 del decreto ley 1211 de 1990 y 5o. del decreto ley 4433 de 2004.

4. Solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación del régimen exceptuado contenido en el decreto ley 1214 de 1990, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993

4.1. Antecedentes

El asunto que en este punto se plantea guarda relación con las solicitudes presentadas ante el Ministerio de Defensa por quienes al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 prestaban sus servicios como militar o policía y se retiraron con asignación de retiro en vigencia de la referida ley 100, pero continuaron laborando como personal Civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, y pretenden que en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 se les reconozca pensión de jubilación en los términos consagrados en el decreto ley 1214 de 1990.

Al respecto en la consulta se dice:

“Reiterando que tan sólo en vigencia de la ley 100 de 1993, se desvinculan del servicio en su condición de Militar o de Policía, y después de transcurridos varios años y afiliarse al sistema general de pensiones conforme lo dispone su artículo 13, argumentan ser personal civil regido por el Decreto 1214 de 1990, norma exceptuada y aplicable a los Civiles del Ministerio de Defensa Nacional que se encontraban en esa calidad cuando se expidió el Régimen General de Seguridad Social. Siendo importante resaltar que el status de militar o policía sólo termina con la desvinculación, y no es posible optar entre asignación de retiro o sueldo de retiro en calidad de Militar o Policía, o pensión de jubilación bajo los parámetros del Decreto 1214 de 1990, no siendo Civil al momento del retiro.

Ahora bien, si la desvinculación como Militar o Policía se realizó bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, es imposible pretender estar cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la citada ley; pues en primer lugar, se les respetaron sus derechos adquiridos y no por este artículo, sino por una norma posterior que la exceptúa y que prevalece, el artículo 279 de la referida ley, la que permite la aplicación de los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 para el personal Militar o Policial; y en segundo lugar, se indica que una vez desvinculados como militares o policiales en vigencia de la Ley 100 de 1993, se vinculan al Sistema General de Seguridad Social, realizando cotizaciones a las Administradoras de Fondos de Pensiones, acogiéndose al sistema en su integridad, como también lo señala el artículo 36 ...

En tercer lugar, para sostener que se está en régimen de transición y por lo tanto le eran aplicables normas anteriores que le son más favorables por haber reunido los requisitos que en ella se señalan como lo son los del Decreto 1214 de 1990 cuya aplicación se solicita, debe probarse el hecho de que era civil al momento en que entró a regir el Sistema General de Seguridad Social, hecho que se desvirtúa porque para esa época eran Militares o Policiales al servicio de las Fuerzas Militares, y se regían en aspectos salarial, prestacional y disciplinario por normas especiales que tienen un sustento constitucional, entre otros, en el artículo 217 de la Constitución Política, así como en los Decretos Nos. 1211, 1212 y 1213 de 1990 y 1790 y 1791 de 2000, por lo que mal podría afirmarse la inaplicabilidad de la norma más favorable que los regía, pues como ya se ha dicho, era además un régimen exceptuado y por ello se reconoció la prestación social de asignación de retiro que es propia del régimen prestacional de la Fuerza Pública”.

Desde el punto de vista fáctico el Ministerio de Defensa ha venido negando las pensiones de jubilación reclamadas con fundamento en el Decreto 1214 de 1990, a aquellas personas cuya vinculación *en calidad de Civil*, ocurrió después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, argumentando que de conformidad con su artículo 279, dicho personal debe someterse al régimen contemplado en la referida ley.

Vistos los anteriores antecedentes procede la Sala a revisar las disposiciones que regulan el reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones, tanto para el personal de militares o policías, como para el personal Civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa.

4.2. Sistemas para el cómputo de tiempo y forma de pago de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales

4.2.1. Decreto ley 1211 de 1990, Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares

Por medio de este Estatuto se regula la carrera profesional de los *Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus prestaciones sociales*. En su artículo 163 *-que fue objeto de*

análisis en el presente concepto- establece el tiempo y las circunstancias que dan origen al reconocimiento de la *asignación de retiro* de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo durante la vigencia del referido decreto.

En cuanto a la *forma de pago* de las asignaciones de retiro y de las pensiones, el decreto ley 1211 de 1990 en su artículo 175, consagra:

“DECRETO LEY 1211 DE 1990.

Artículo 175. FORMA DE PAGO DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y pensiones militares se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar por movilización o llamamiento colectivo al servicio.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público; igualmente son incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público”.

4.2.2. Decreto ley 1212 de 1990, Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional

El decreto ley 1212 de 1990 que regulaba la carrera profesional de los *Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional* fue modificado parcialmente por el decreto ley 1791 de 2000 *“Por el cual se modifican las normas de carrera de Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”*, cuyo artículo 95 al señalar las normas que derogaba, exceptuó las contenidas en el Título VI del decreto ley 1212 de 1990 referente a Prestaciones Sociales.

El mencionado Título VI del decreto ley 1212 de 1990 estableció en el artículo 144 la asignación de retiro para los oficiales o suboficiales de la Policía Nacional, señalando el tiempo y las circunstancias requeridas para el otorgamiento de la mencionada prestación.

4.2.3. Decreto ley 1214 de 1990. Estatuto y régimen prestacional del personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional

El Estatuto contenido en el decreto ley 1214 de 1990 tiene por objeto regular la administración del *personal Civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar* y su Ministerio Público.

Dicho Estatuto *define al personal Civil* del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional como *“las personas naturales que prestan sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional”* y excluye de tal condición a las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, de quienes dice se registrarán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo (art. 20.).

Clasifica al personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional en empleados públicos y trabajadores oficiales. Y define a los empleados públicos como “*la persona natural a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y toma posesión del mismo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda*”. (Arts. 3o. y 4o.).

En el Título VI “*Seguridad y Bienestar Social*”, Capítulo II “*Prestaciones por retiro*”, se refiere a la pensión de jubilación en los siguientes términos:

“*DECRETO LEY 1214 DE 1990.*

ARTICULO 98. PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.

PARAGRAFO. Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar”.

Para el reconocimiento de la pensión de jubilación de que trata el artículo en cita, se requiere que confluyan dos condiciones a saber:

- i. El beneficiario debe tener y haber tenido la calidad de *empleado público*, entendida ésta en los términos previstos por el mismo decreto ley 1214, esto es, la condición de *persona natural* nombrada y posesionada legalmente para desempeñar un cargo como Civil en las plantas de personal del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, y
- ii. Acreditar veinte años de servicio continuo, es decir, que no hayan existido interrupciones superiores a quince días, salvo en el caso del servicio militar.

A su vez, el legislador previó que dicho reconocimiento podía darse a cualquier edad y, para efectos de contabilizar los veinte años continuos de servicio debía tenerse en cuenta el tiempo durante el cual el beneficiario hubiera prestado el servicio militar obligatorio.

El decreto ley 1214 de 1990 fue modificado parcialmente –*salvo las disposiciones relativas a los regímenes pensional, salarial y prestacional*- por el decreto ley 1792 de 2000 el cual estableció que “*Se entiende por personal civil, para todos los efectos del presente decreto, el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado de la Policía Nacional*” y clasificó a los servidores públicos en él referidos como de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción.

4.2.4. *Decreto ley 4433 de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.*

Conviene en este punto advertir que el artículo 175 del decreto ley 1211 de 1990, fue subrogado por los artículos 35 y 36 del decreto ley 4433 de 2004, cuyo ámbito de aplicación

comprende ya no sólo a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, sino también a los Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

Señalan los artículos 35 y 36 del decreto ley 4433 de 2004:

“DECRETO LEY 4433 DE 2004.

ARTICULO 35. FORMA DE PAGO DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del titular”

“ARTICULO 36. COMPATIBILIDAD DE LA ASIGNACION DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar o policial, por movilización o llamamiento colectivo al servicio y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público.

Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable.

PARAGRAFO. Solamente tendrán derecho a la prima de especialista del treinta y cinco por ciento (35%) liquidada sobre el sueldo básico mensual, los oficiales técnicos de la Fuerza Aérea provenientes del escalafón de suboficiales técnicos de la Fuerza Aérea que a la fecha de la vigencia del presente decreto tengan reconocida la asignación de retiro”.

El decreto ley 4433 de 2004, en su artículo 14 se refiere a la asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que se encontraban activos al momento de entrar a regir el referido decreto, y en su artículo 15 la prevé para el mismo personal que ingresó al escalafón a partir de la vigencia del decreto en cita. Así mismo, en los artículos 24 y 25 establece la asignación de retiro para el personal de oficiales, suboficiales y Agentes de la Policía Nacional activos al entrar a regir el decreto ley 4433, y para los oficiales y personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresaron al escalafón en vigencia el mencionado decreto, respectivamente.

4.2.5. El régimen prestacional especial de la Fuerza Pública y la ley 100 de 1993

La Constitución Nacional defiere a la ley la determinación de los regímenes especiales de carrera, prestacional y disciplinario, tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional (artículos 217 y 218). El hecho de que estos servidores, por disposición constitucional, tengan un régimen prestacional especial, los excluye en forma definitiva de la aplicación del régimen general de seguridad social previsto en la ley 100 de 1993.

En tal sentido la ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral”, al establecer las excepciones a la aplicación de dicho Sistema, en su artículo 279 previó:

“LEY 100 DE 1993.

ARTICULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas”.* (Negrillas fuera de texto).

La inaplicabilidad del Sistema Integral de Seguridad Social a los miembros de la Fuerza Pública, encuentra su fundamento en el hecho de que el legislador está facultado constitucionalmente para establecer excepciones a las normas generales, siempre y cuando ellas estén razonablemente justificadas.

En este orden, la excepción prevista en el artículo 279 en cita, tiene una doble justificación constitucional, en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional la misma obedece al mandato superior consagrado en los artículos 217 y 218 de la Carta, que defiere en el legislador la creación de un régimen prestacional especial para éstos, en tanto que la del personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que a la fecha de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 estaban vinculados, encuentra su fundamento en la salvaguarda de los derechos adquiridos y regulados por el decreto ley 1214 de 1990, norma especial que les era aplicable.

Así lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-665 de 1996, cuando al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 279 de la ley 100, dijo:

“En esta forma, cabe señalar lo que la norma acusada protege son los derechos adquiridos y regulados por disposiciones especiales para quienes al momento de la vigencia de la ley se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares, Policía Nacional y personal regido por el Decreto 1214 de 1990.

(...) el precepto impugnado, contrario a lo que sostiene el actor, no hace cosa distinta que reconocer la voluntad del constituyente, diferenciando dos situaciones, que no constituyen en manera alguna discriminación: de una parte, la del personal que se había vinculado al Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y la Justicia Penal Militar antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, para quienes se mantendrán las disposiciones especiales en materia de seguridad social y en especial, el previsto en el Decreto-Ley 1214 de 1990, cuyos derechos adquiridos deben ser respetados y garantizados, y de la otra, el personal de las mismas instituciones que se vinculó a partir de la vigencia de la citada ley, a quienes se les aplica el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, y que por consiguiente no gozan de derechos adquiridos, razón por la cual es procedente, dada la fecha de su vinculación, aplicarles el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993”.

De igual manera en sentencia C-1143 de 2004, la Corte Constitucional al referirse a la validez constitucional del trato diferencial que se formula en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 entre el régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares y el régimen del personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, precisó:

“Mientras que a los primeros se les excluye del régimen general por mandato constitucional, a los segundos se les excluye para únicamente salvaguardar los derechos adquiridos. Es decir, mientras que todos los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional quedan excluidos total y definitivamente del régimen prestacional general, sin importar cuándo se vincularon a la institución, en el caso del personal

civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional sólo se excluyó a aquellas personas que al momento de ser expedida la Ley 100 de 1993, se encontraban cobijados por el Decreto Ley 1214 de 1990.

...

4.6. (...) Ello se traduce en que los civiles que laboran para el servicio de esas entidades, vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no cuentan con un régimen especial, sino que por el contrario, se encuentran sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social, aplicable a todos los servidores del Estado". (Negrillas fuera de texto).

Como corolario de lo anterior se tiene que el Sistema Integral de Seguridad Social de que trata la ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros activos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional independientemente de la fecha de su vinculación, ni al personal regulado por el decreto ley 1214 de 1990, esto es, al personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, que había sido vinculado antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993. Por el contrario, al personal Civil de estas instituciones cuya vinculación fue posterior a la vigencia la ley 100, se le aplica en su totalidad el referido Sistema.

Como quiera que en el caso formulado en la consulta, el retiro del personal que ostentaba la condición de Militar o Policía al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, se produjo después de estar rigiendo la misma, no puede dicho personal solicitar la aplicación del régimen previsto en el decreto ley 1214 de 1990 por el hecho de haber asumido, con posterioridad a su retiro del servicio activo, la condición de personal Civil del Ministerio de Defensa, toda vez que nunca fue beneficiario de ese régimen. Prueba de ello es que quienes se encontraron incursos en la situación descrita recibieron la asignación de retiro correspondiente al estatus que tenían al momento de su retiro, esto es, oficial o suboficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, según lo dispuesto en el ordenamiento que los regulaba, es decir, el previsto en los decretos leyes 1211 o 1212 de 1990, respectivamente, si su retiro se produjo antes del 31 de diciembre de 2004; o en su defecto, el contenido en el decreto ley 4433 de 2004, para quienes se retiraron a partir del 1o. de enero de 2005.

Por lo expuesto, la Sala se aparta de los conceptos citados en la consulta⁷⁴⁰, en los que se acepta la aplicación del régimen contenido en el decreto ley 1214 de 1990 y en consecuencia el reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en su artículo 98, a quienes siendo miembros activos de las Fuerzas Militares fueron nombrados en el cargo de Magistrado de Tribunal Militar antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, y después de estar rigiendo ésta fueron retirados del servicio activo con el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro.

La presente posición se fundamenta en:

a. A la entrada en vigencia de la ley 100, el régimen prestacional aplicable a dichas personas era el contenido en los decretos leyes 1211 o 1212 de 1990, según fueran miembros activos de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional.

b. No obstante estar desempeñando un cargo de período fijo, durante su ejercicio se produjo un cambio de status, esto es, dejaron de ser miembros activos de la Fuerza

740 Conceptos de esta Sala Nos. 1143 del 23 de septiembre de 1998 y su adición del 12 de febrero de 2002, y 1500 del 17 de junio de 2003.

Pública y pasaron a hacer parte del personal Civil del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional.

c. Nunca fueron beneficiarios del régimen contemplado en el decreto ley 1214 de 1990, porque el cambio de status, de militar o policía en servicio activo a personal Civil del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, se produjo estando ya en vigencia la ley 100 de 1993, y por tanto al producirse dicho cambio quedaron sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social aplicable a todos los servidores del Estado, esto es, la ley 100 de 1993.

En virtud de lo expuesto, la Sala procede a responder las preguntas formuladas en este capítulo con la advertencia de que las respuestas se circunscribirán a la hipótesis planteada en la consulta, la cual fue transcrita en el numeral “4.1. Antecedentes” de este acápite.

SE RESPONDE:

“1. ¿Debe entenderse que por el hecho de servir al mismo Ministerio, le es potestativo escoger el Régimen Prestacional para efectos pensionales, es decir, entre los previstos para los miembros de la Fuerza Pública y el personal Civil a que se refiere el Decreto Ley 1214 de 1990, fundamentándose en el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que para la época en que entró a regir dicha ley, no era civil (empleado público o trabajador oficial), y por tanto el Decreto 1214 de 1990, no era la norma que lo regía en materia pensional?”.

Como quiera que en la hipótesis planteada en la consulta el miembro de la Fuerza Pública adquirió la condición de empleado Civil después de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, no puede reclamar la aplicación del régimen establecido en el decreto ley 1214 de 1990, por cuanto nunca fue beneficiario del mismo.

“2. ¿Puede pensionarse por el régimen de excepción previsto para el personal Civil conforme dispone el Decreto Ley 1214 de 1990 acumulando los tiempos de servicio, argumentando sin así estar previamente definida por la ley, la calidad de empleado público como Militar o Policía?”.

“3. ¿El hecho de vincularse como Civil (empleado público o trabajador oficial) en vigencia de la Ley 100, con posterioridad al retiro en calidad de Militar o Policía con asignación de retiro o sueldo de retiro, le permite optar por el cambio de prestación por pensión basado en el Decreto Ley 1214 de 1990 y el régimen de transición del sistema general, y así extender en el tiempo los efectos del citado Decreto en materia pensional?”.

Partiendo de la misma hipótesis estudiada, no pueden pensionarse bajo las normas del régimen prestacional previsto en el decreto ley 1214 de 1990 quienes, se reitera, nunca fueron beneficiarios de dicho régimen. En consecuencia no pueden optar por el cambio de prestación, esto es, de asignación de retiro a pensión de jubilación.

“4. ¿Corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, resolver de fondo la solicitud pensional con acumulación de tiempo, en la que se invoca la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto a la Administradora de Pensiones o al Seguro Social, a la cual realizaron las respectivas cotizaciones?”.

El Ministerio de Defensa, en caso de recibir las solicitudes a que se alude en la pregunta, deberá remitirlas al Instituto de los Seguros Sociales o a la entidad de prestación correspondiente. Sin embargo, cabe advertir que dichas solicitudes no proceden si se tiene en cuenta que, como quedó dicho, en la hipótesis formulada en la consulta el cambio de condición de personal Militar o Policial a personal Civil se produjo en vigencia de la ley 100 de 1993.

5. Reconocimiento de prestaciones sociales a beneficiarios

5.1. Antecedentes

Se consulta sobre la necesidad de saber si las causas de indignidad para recibir herencias, se extienden al reconocimiento de prestaciones sociales a beneficiarios del titular, temas que incluso ha sido objeto de acciones de tutela, sin que hasta el momento haya claridad al respecto.

Nuestra legislación considera el derecho de herencia como un derecho real al tenor de lo previsto en el inciso 2o. del artículo 665 del Código Civil⁷⁴¹, sin embargo, la doctrina teniendo en cuenta que aquel derecho no recae sobre una cosa singular, como sucede con la noción de derecho real consagrada en el inciso 1o. del referido artículo 665, sino sobre una universalidad jurídica, ha considerado al derecho de herencia como un derecho universal.

Los derechos universales, cuya modalidad más importante está representada por los *derechos hereditarios*, se caracterizan ante todo por su objeto, ya que se ejercen sobre una universalidad jurídica, es decir, sobre un patrimonio, entendido éste como el conjunto de derechos de contenido económico que pertenecen a una misma persona, están afectados a un determinado fin, son avaluables en sumas de dinero y son negociables, esto es, pueden transmitirse por acto entre vivos o por causa de muerte.

Sin embargo, cabe recordar que no todos los derechos de que una persona es titular son susceptibles de transmisión por causa de muerte, como es el caso de los derechos extrapatrimoniales y los derechos políticos. Así mismo, algunos derechos surgen con ocasión de la muerte, pero no forman parte de la herencia por no encontrarse radicados en cabeza del causante al momento de su muerte, como son las indemnizaciones que una persona recibe con ocasión del fallecimiento de un pariente cercano.

Es de advertir que el derecho de herencia es uno de los derechos subjetivos que cuenta con mayor protección legal a través de numerosas acciones. La principal de ellas es la acción de petición de herencia, y dentro de las accesorias encontramos, entre otras, las acciones de nulidad testamentaria, nulidad o rescisión de la partición, de indignidad, etc.

5.2. Proceso ordinario de indignidad para suceder

Una persona puede ser llamada a recibir una herencia o legado en virtud de la vocación hereditaria establecida por la ley o mediante el testamento, sin embargo, la adquisición de una u otro puede ser impugnada en razón de indignidad.

741 CODIGO CIVIL, "Artículo 665. Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona./ Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales".

La indignidad es una institución de excepción, habida cuenta de que la capacidad y la dignidad de toda persona para suceder es la regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1018⁷⁴² del Código Civil.

La indignidad para recibir asignación hereditaria proviene de las causales taxativamente señaladas en el artículo 1025⁷⁴³ del Código Civil, puede tener lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada y comprende tanto las herencias como los legados.

La indignidad en ningún caso se produce de plano, necesita siempre una sentencia proferida por un juez penal o por un juez civil, dictada a instancia de cualquiera de los interesados, según lo establece el artículo 1031⁷⁴⁴ del Código Civil.

Si en razón del transcurso del tiempo no puede iniciarse la investigación penal por haber prescrito el delito, debe entenderse prescrita la acción de indignidad. Las causales de indignidad que no constituyen ilícito penal, requieren sentencia de los jueces civiles.

Una vez pronunciada la sentencia se extingue en el asignatario la aptitud legal para recibir toda herencia o legado.

De manera tal que la indignidad acarrea una pena o una sanción de carácter civil, pues por causa de ella un asignatario puede ser totalmente excluido de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder.

Sobre la capacidad para heredar y la indignidad, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, dijo:

“4.1. Como regla general, para suceder al causante se requiere, como requisito esencial la capacidad para suceder. Ella corresponde a toda persona que existe o cuya existencia se espera, como lo prevé el artículo 90 del Código Civil para el concebido y no nacido todavía al momento de la delación de la herencia. Tal capacidad, se extiende inclusive a personas jurídicas que puedan ser instituidas como legatarios en el caso de la sucesión testamentaria.

4.2. Pero, además de la capacidad se requiere, para todas las sucesiones, no haber sido declarado incurso en causales de indignidad para suceder, las cuales se encuentran expresamente establecidas en el 1025 del Código Civil. A quien en ellas incurre, el legislador le impone como sanción por faltar a los deberes con el causante la privación de la asignación a que tenía derecho conforme a la ley o a la asignación con la cual se le había beneficiado por el testador. Tal sucede, por ejemplo con el que ha cometido ‘el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo o la dejó perecer pudiendo salvarla;’ e igual con el que atenta de manera grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata o de su cónyuge o de sus

742 CODIGO CIVIL. “ARTICULO 1018. Será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna”.

743 CODIGO CIVIL. “ARTICULO 1025. Son indignos de suceder al difunto como heredero o legatarios: 1o.) El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla./ 2o.) El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada./ 3o.) El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo./ 4o.) El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto o le impidió testar./ 5o.) El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación”.

744 CODIGO CIVIL. “ARTICULO 1031. La indignidad no produce efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno./ Declarada judicialmente, es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus accesiones y frutos”.

ascendientes o descendientes, declarada esa conducta por sentencia ejecutoriada; o, cuando no se socorrió al testador pudiendo y necesitando este socorro; y, de igual manera cuando por fuerza o dolo se obtiene una determinada disposición testamentaria o se le impide testar, o cuando se oculta el testamento del difunto”.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, en sentencia de tutela proferida el 8 de abril de 2008, dentro del radicado 00439, precisó los alcances del proceso ordinario de indignidad para suceder en los siguientes términos:

*“Así las cosas, es preciso advertir que la figura de la **indignidad para suceder** al difunto como heredero o legatario **tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte**, de suerte que **todo aquello que reciba una persona sin que encuentre su fuente en la calidad de heredero o de legatario**, o, puntualmente en la aplicación de las disposiciones del derecho sucesoral, **no puede ser objeto de un pronunciamiento relacionado con la declaratoria de indignidad para suceder**.*

*O dicho en otras palabras, **las indemnizaciones que una persona reciba con ocasión del fallecimiento de un pariente cercano, o las partidas que reciba a título de pensión por el deceso de un trabajador cobijado por un sistema de seguridad social, no encuentran su fuente en las normas que regulan la sucesión por causa de muerte**, luego las decisiones acusadas en la acción de tutela que se resuelve, no vulneran derechos fundamentales en cuanto se pronuncian sobre los temas que son de su competencia en razón de la normatividad invocada (art. 1025 C.C.), pero es claro que tales determinaciones no pueden extenderse a la indemnización cuyo origen se halla en la necesidad de resarcir un daño, o, en su caso, de reconocer un valor asegurado como consecuencia de la realización de un siniestro, o a la pensión (Nums. 11.3 y 11.4, art. 11 del Decreto 4433 de 2004), que es un concepto estrechamente vinculado a la relación de trabajo y ligado al sistema de seguridad social, y gobernado por normas que escapan a la competencia del juez de familia (Num. 4o., art. 2o. del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), razón por la cual tales decisiones sobrepasarían su marco de acción, o excederían la competencia establecida en normas de orden público”.* (Resalta la sala).

5.3. Prestaciones por muerte en el decreto ley 1211 de 1990

El decreto ley 1211 de 1990 dispone en el artículo 185 el orden de beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en los siguientes términos:

“Artículo 185. ARTICULO 185. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.

c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

- Si no concurriera ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

A su vez, en relación con las prestaciones por muerte en actividad, establece que ya sea en caso de muerte en combate, muerte en misión del servicio o muerte simplemente en actividad (arts. 189, 190 y 191), los beneficiarios en el orden establecido en el artículo 185, tendrán derecho a las siguientes prestaciones sociales:

- Una compensación que va desde cuatro hasta un año de haberes correspondientes al grado conferido al causante *-tenidas en cuenta las circunstancias en que se produjo la muerte, esto es, en combate, en misión de servicio o simplemente en actividad-* con base en las partidas señaladas en el artículo 158⁷⁴⁵ del mismo decreto, la cual será pagada por una sola vez por el Tesoro Público.
- El pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante, si la muerte se produjo en combate o en misión del servicio; si la misma ocurrió “simplemente en actividad”, el pago de las cesantías será únicamente por el tiempo de servicio del causante.
- Dependiendo de los años de servicio del oficial o suboficial, de doce a quince años, respectivamente, los beneficiarios se hacen acreedores a una pensión mensual, la cual se liquidará en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y el tiempo de servicio del causante.

745 Decreto ley 1211 de 1990. “ARTICULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así: - Sueldo básico./ - Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto./ - Prima de antigüedad./ - Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto./ - Duodécima parte de la prima de Navidad./ - Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto./ - Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia./ - Subsidio familiar./ En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico./ PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales”.

- En el evento de que la muerte se produzca en combate, y el causante no hubiera cumplido los 12 años de servicio, los beneficiarios con excepción de los hermanos, se hacen acreedores a una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento de las partidas previstas en el referido artículo 158 *ibidem*.

Finalmente, en el artículo 237 el decreto ley 1211 de 1990 se refiere a las controversias que se puedan suscitar con ocasión de la reclamación de prestaciones sociales por causa de muerte, así:

“ARTICULO 237. CONTROVERSIA EN LA RECLAMACION. Si se presentare controversia judicial entre los reclamantes de una prestación por causa de muerte, el pago de la cuota en litigio se suspenderá, hasta tanto no (sic) se decida judicialmente a qué persona corresponde el valor de esta cuota”.

Conclusiones de este capítulo

De lo expuesto en este capítulo, se infiere que los derechos hereditarios son una modalidad de los derechos universales, se ejercen sobre un patrimonio conformado por un conjunto de derechos de contenido económico que pertenecen a una persona, son valuables en sumas de dinero y son negociables, razón por la cual pueden transmitirse por acto entre vivos o por causa de muerte.

Sin embargo, existen derechos que si bien se originan con ocasión de la muerte de una persona no por ello hacen parte de su herencia, precisamente por no haber estado en cabeza del difunto antes del momento de su muerte. Tal es el caso de las *indemnizaciones* a que tienen derecho los parientes del difunto como resarcimiento al daño causado por su muerte, caso en el cual y como lo sostiene la doctrina *“Dicha indemnización es un derecho propio e independiente de la herencia; es un derecho que nace en forma directa en cabeza de los perjudicados; no se encontraba radicado en cabeza del difunto”*⁷⁴⁶. (Resaltado fuera de texto).

Así lo afirma también la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, cuando en sentencia de tutela dictada en 8 de abril de 2008, dentro del radicado No. 00439, se refirió a dichas *indemnizaciones* en los siguientes términos:

“... las indemnizaciones que una persona reciba con ocasión del fallecimiento de un pariente cercano, o las partidas que reciba a título de pensión por el deceso de un trabajador cobijado por un sistema de seguridad social, no encuentran su fuente en las normas que regulan la sucesión por causa de muerte...”.

Ahora bien, en cuanto al proceso ordinario de indignidad para suceder, es de anotar que el mismo tiene por objeto debatir la aptitud de un heredero para acceder a la herencia de su causante, es decir, dicho proceso tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y en tal virtud constituye una sanción de carácter civil en la medida en que por causa de la declaratoria de indignidad un heredero puede ser excluido de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder.

En consecuencia, como quiera que el proceso ordinario de indignidad para suceder tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y las *indemnizaciones* o *las partidas que reciba una persona a título de pensión* por el fallecimiento de un pa-

746 VALENCIA ZEA, Arturo, ob. cit. Tomo VI, pág. 8.

riente cercano no encuentran su fuente en las normas que regulan la referida sucesión, esto es, no hacen parte de la masa sucesoral, el heredero que ha sido declarado indigno para suceder bien puede acceder a las mencionadas *indemnizaciones* que se otorgan a manera de resarcimiento por el daño causado, así como a las partidas que se reconozcan a título de pensión, siempre y cuando se encuentre incluido dentro del orden de beneficiarios de las prestaciones sociales que se concedan por la muerte de su familiar.

Cosa distinta sucede con *las cesantías*, que es otra de las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios a que nos hemos referido, toda vez que las mismas constituyen un haber o patrimonio latente que se encontraba pendiente de ser reclamado, y en tal condición *hacen parte de la masa sucesoral*.

Por tanto, dada la diversa naturaleza de las referidas prestaciones, la Sala considera que en el evento de adelantarse un proceso de indignidad corresponde al Ministerio de Defensa entrar a desglosar y pagar a cada uno de los beneficiarios las prestaciones que no hacen parte de la masa sucesoral, que para el caso lo serían las que le correspondan a modo de compensación o indemnización y la pensión, decisión ésta que debe ser comunicada a los interesados para que si lo consideran conveniente adelanten las acciones judiciales que estimen pertinentes. Las prestaciones que conforman la masa sucesoral se dejarán a salvo hasta tanto se decida el respectivo proceso.

En cuanto al hecho de que, como se afirma en la Consulta, el beneficiario del oficial fallecido en cuyo favor se resolvió el proceso de indignidad allegue Escritura Pública mediante la cual y con fundamento en el referido fallo eleva a sucesión intestada las prestaciones sociales que se encontraban pendientes de reclamar, incluidas la indemnización y la pensión, es de anotar que si bien la función notarial implica la guarda de la fe pública, entendida ésta como la autoridad legítima atribuida a los notarios para que los documentos por ellos autorizados sean considerados como auténticos y su contenido sea tenido como verdadero mientras no se demuestre lo contrario, cabe advertir que dicha función *“no está precedida de jurisdicción, entendida ésta como la potestad para administrar justicia o decidir el derecho mediante sentencia, luego de un proceso previamente establecido y con observancia de los requisitos, exigencias y garantías propias del debido proceso reconocidos en la Constitución Política (art. 29) y en la ley. Obsérvese que la posibilidad de definir derechos e imponer sanciones desborda el ámbito de competencia del notario y se traslada a las autoridades judiciales o administrativas con poder decisorio”*⁷⁴⁷. Razón por la cual, no se puede mediante Escritura Pública desconocer los derechos otorgados por la ley ni conferir, como en el caso que nos ocupa, a las prestaciones materia de estudio la naturaleza o el carácter que el legislador no les ha dado, toda vez que el referido acto notarial no tiene prevalencia sobre la ley.

En consideración a lo antes expuesto, la Sala RESPONDE:

“5. Teniendo en cuenta el orden de beneficiarios establecidos en el artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990, ¿Se debe efectuar el pago a los beneficiarios allí previstos, pese a que exista controversia judicial entre los reclamantes por procesos judiciales iniciados en

contra; o en su defecto se debe suspender el pago del porcentaje en litigio, hasta tanto la autoridad judicial se pronuncie?

“6. En los eventos en que se presente controversia judicial en la reclamación, como la ya planteada ¿Es dable a la Administración proceder a efectuar el pago teniendo en cuenta las decisiones adoptadas de las prestaciones sociales dejadas a salvo en los procesos de indignidad, a favor de quien adelantó el proceso, con esta sola declaración?

5 y 6. De conformidad con lo previsto en el artículo 237 del decreto ley 1211 de 1990, se debe diferenciar, si la controversia judicial versa sobre un conflicto por el orden entre los beneficiarios de las prestaciones por causa de muerte, se debe suspender su pago hasta tanto dicha controversia sea resuelta judicialmente; si por el contrario el conflicto surge como consecuencia de un proceso de indignidad, la administración debe proceder a desglosar y pagar las sumas correspondientes a indemnizaciones y pensiones a cada uno de los beneficiarios por no hacer dichas prestaciones parte de la masa sucesoral y dejar las demás prestaciones a salvo hasta tanto se decida el proceso de indignidad.

“7. Teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil sobre aspectos de indignidad en la reclamación de las prestaciones sociales a que hace alusión la Sentencia Corte Suprema de Justicia-Sala Civil en el fallo de tutela Ref. 1100102-03-000-2008-00439 del 9 de abril de 2008 actor PEDRO ANICETO RAMIREZ y las Escrituras Públicas de Liquidación Notarial de Herencia o Trámite Sucesoral, se pregunta ¿Si la Administración debe proceder a pagar a los beneficiarios que alude el artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990, o en su defecto a quien se le adjudicó dichos valores que se dejaron a salvo en poder de la fuerza, como heredero en dichos documentos y como soporte en los fallos de indignidad?

“8. La declaración de indignidad que se profiera por el Juez de conocimiento competente y que se alega por uno de los beneficiarios a su favor, ¿puede incidir o no, en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por fallecimiento del personal militar, o en su defecto debe aplicarse el orden de beneficiarios que hace alusión el Decreto Ley 1211 de 1990, según da a conocer la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil en sus últimos pronunciamientos sobre este tema y que han sido referenciados en este escrito?

“10. El fallo de indignidad allegado a la administración, o los solicitados por la administración, cuando hay controversia entre padre y madre, ¿Será el idóneo para dar desarrollo al artículo 237 del Decreto Ley 1211 de 1990, quedando de esta forma resuelta la controversia judicial entre los reclamantes, una vez proferido el fallo que declare indigno a uno de los padres, con el sólo hecho de que se declare indigno?

“13. De acuerdo a lo anterior, ¿Cómo debe proceder la Administración en relación a los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil y los procesos de indignidad, cuando en ellos, se resuelve la declaratoria de indigno para suceder, o sí por el contrario, si dicha declaración de indignidad es taxativa y se hace extensiva para prestaciones sociales?

7, 8, 10 y 13. Como ya se dijo en la respuesta anterior, habida cuenta de que la declaratoria de indignidad para suceder sólo tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y las *indemnizaciones* o las partidas que reciba una persona a título de *pensión* por el fallecimiento de un pariente cercano no encuentran su fuente en las normas que regulan la referida sucesión, en criterio de la Sala, éstas deben ser pagadas a cada uno de los beneficiarios sin necesidad de esperar el fallo del proceso por indignidad.

“9. ¿En el evento en que se presente Escritura de Liquidación Notarial de Herencia, en donde un progenitor se adjudique el pago de las prestaciones sociales que se consolidan por el fallecimiento del personal militar, los mismos deben dársele prevalencia sobre el orden de beneficiarios del artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990, en el caso de no ser coincidentes con el mismo, o en su defecto, por tratarse de normas de orden público pueden primar sobre esa decisión judicial de indignidad o escritura pública respectiva?

“11. Cuando los beneficiarios elevan a trabajo de partición y se adjudican una hijuela con fundamento en el fallo de indignidad, ¿Qué alcance tiene dicho documento público y qué alcance se le puede otorgar en relación con las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil y cuál de los dos debe ser el que se debe aplicar?

9 y 11. Como quiera que la Escritura Pública es un documento contentivo de una manifestación jurídica de voluntad, la misma no tiene efectos *contra legem*, razón por la cual lo consignado en ella no puede estar por encima de lo dispuesto por la ley ni por las decisiones judiciales.

“12. ¿Cómo se debe actuar con los expedientes prestacionales, que están a salvo en poder de la Fuerza, pendientes de procesos de indignidad y en los cuales aún no se ha proferido sentencia?

Tal como se señaló en las respuestas anteriores, el pago de las prestaciones que hacen parte de la masa sucesoral debe permanecer suspendido hasta tanto se produzca el correspondiente fallo de indignidad, y una vez proferido éste se procederá a pagar al beneficiario que adelantó el proceso las prestaciones que conforman la masa sucesoral y que correspondían al beneficiario declarado indigno.

Transcríbase al señor Ministro de Defensa Nacional. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

12. Pensión de jubilación a personal incorporado a Ecopetrol por reversión de campo petrolífero. Actas de Acuerdo suscritas en 1994 con la organización sindical USO y los trabajadores incorporados. Aplicación del Acto Legislativo No. 1 de 2005 sobre expiración de la vigencia, el 31 de julio de 2010, de los regímenes pensionales establecidos por convenciones colectivas, laudos o acuerdos

Radicado 1964

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 2009/11/11

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 2009061161 de 18 de enero de 2010

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Hernán Martínez Torres, formula a la Sala una consulta referente a si es viable o no, frente a lo dispuesto por el Acto Legislativo No. 1 de 2005, el reconocimiento de la pensión de jubilación en las condiciones pactadas en actas de acuerdo suscritas con la organización sindical USO y los trabajadores que ingresaron a ECOPETROL el 18 de noviembre de 1994, en virtud de la reversión del campo petrolífero Neiva-540 o Dina-540 por terminación del contrato de concesión celebrado con la sociedad HOCOL S.A.

1. ANTECEDENTES

Con base en la documentación aportada y el texto de la consulta, se pueden plantear los antecedentes de ésta en la siguiente forma:

Inicialmente, el señor Ministro manifiesta que el 31 de agosto de 1956 el Gobierno nacional y la International Petroleum Company celebraron el contrato de concesión Neiva-540 para la exploración y explotación del petróleo de propiedad de la Nación, que pudiera hallarse en la jurisdicción de los municipios de Neiva, Tello, Villanueva, Aipe, Palermo y Yaguará en el Departamento del Huila.

El contrato fue cedido, por autorización del Gobierno nacional, a Petróleos Colombo – Brasileños S.A. y posteriormente, mediante la resolución ejecutiva No. 298 del 22 de noviembre de 1979, a la Houston Oil Colombiana S.A. – HOCOL S.A.

La resolución ejecutiva No. 33 del 28 de marzo de 1994, previó que al término del contrato de concesión Neiva-540 pactado a 30 años, el 17 de noviembre de 1994 a las 12 de la noche, revertían los campos petroleros con sus construcciones, maquinarias, equipos y demás bienes al Estado colombiano, y encargó su administración y manejo a ECOPETROL.

Por causa de la reversión, los trabajadores de dichos campos debían ser incorporados a ECOPETROL y se presentó una discrepancia acerca de si operaba o no la sustitución patronal en este caso.

Las partes decidieron suscribir unas “Actas de Acuerdo” para convenir determinadas condiciones laborales a cambio de no entrar a definir la duda sobre la referida sustitución, y además, dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 279 de la ley 100 del 23 de diciembre de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” y el artículo 10 del decreto 807 del 21 de abril de 1994, “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 279 de la ley 100 de 1993”, los cuales establecen lo siguiente:

Ley 100 de 1993. “Artículo 279.- Excepciones.-

*(...) **Inciso cuarto:** Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma⁷⁴⁸. **Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley⁷⁴⁹, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL, por el vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en ECOPETROL.***

Parágrafo 1.- *La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.*

*(...)”. Decreto 807 de 1994.- “Artículo 10.- Condiciones de aplicación del régimen de ECOPETROL.- Cuando se produzca el vencimiento del plazo de contratos de concesión o de asociación, las personas que ingresen al servicio de ECOPETROL **podrán beneficiarse de los regímenes de pensiones y salud vigentes en la misma, siempre que se celebre un acuerdo individual o colectivo con la Empresa, en el cual se determinen las condiciones de aplicación en materia de costos, forma de pago y tiempo de servicios, que conduzcan a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el régimen existente en aquella.** En caso contrario, dichos trabajadores se regirán por las normas del Sistema que los cobijaba” (Destaca la Sala).*

En las Actas de Acuerdo se estipuló la vinculación del mencionado personal a ECOPE-TROL mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 18 de noviembre de 1994, así como el mecanismo en cuanto a costos, forma de pago y tiempo de servicios que condujera a **la equivalencia** entre el sistema de pensiones y salud que los amparaba a la fecha de su ingreso (esto es, el de la ley 100 de 1993) y el existente en ECOPETROL, que se consideraba más favorable.

El Ministro explica a continuación el régimen pensonal existente en ECOPETROL, señalando que el decreto reglamentario 807 de 1994 dispuso que los servidores públicos de ECOPETROL continuaban rigiéndose por el sistema de seguridad social que se les venía aplicando, establecido en la ley, en la Convención Colectiva de Trabajo, en el Acuerdo No. 01 de 1977 expedido por la Junta Directiva y en las demás normas internas de la Empresa, que regían con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993. Dicho sistema en cuanto a pensión de jubilación se refiere, es fundamentalmente el siguiente:

1) **Pensión legal de jubilación:** Las condiciones para el otorgamiento de esta pensión a cargo de ECOPETROL, respecto de la edad, el tiempo de servicio y la cuantía son las establecidas en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, al cual remite el artículo 1º del decreto 807 de 1994. Consisten en la edad de 55 y 50 años para los hombres y mujeres, respectivamente, 20 años de servicio a la Empresa y cuantía del 75% del promedio mensual de salarios devengados en el último año de servicios.

748 La primera frase del inciso cuarto fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-173 del 29 de abril de 1996.

749 La ley 100 de 1993, de conformidad con su artículo 289, entró a regir el 23 de diciembre de 1993, fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 41.148.

2) Pensión extralegal denominada “Plan 70”:

a) **Personal convencional:** En el caso del personal beneficiado con la Convención Colectiva de Trabajo, la Empresa reconoce la pensión plena de jubilación al trabajador que haya prestado como mínimo 20 años de servicio a la Empresa y reúna 70 puntos si es hombre, o 68 si es mujer, en un sistema en el que cada año completo de servicio equivale a un (1) punto y cada año cumplido de edad equivale a otro punto.

b) **Personal directivo:** El Acuerdo No. 01 de 1977 expedido por la Junta Directiva de ECOPETROL se aplica al personal directivo, técnico y de confianza que haya adherido voluntariamente a él. Aquí se debe hacer la siguiente distinción:

- El Plan 70 beneficia al personal que ingresó antes del 1º de enero de 1978 (art. 4.5.1 del Acuerdo).

- Quienes ingresaron a la Empresa con posterioridad al 1º de enero de 1978, no se benefician del Plan 70 y se les aplica el régimen pensional cuando cumplan 20 años de servicio continuos o discontinuos a la Empresa y hayan llegado a la edad de 55 años los hombres, y 50 años las mujeres, de conformidad con el decreto 807 de 1994 (art. 4.5.2 ibidem).

El Ministro transcribe diversos apartes de las cuatro Actas de Acuerdo suscritas por ECOPETROL, para destacar el aspecto del pacto de equivalencia entre el régimen pensional que tenían los trabajadores de HOCOL (el de la ley 100) y el de ECOPETROL, con la finalidad de que al ingresar a ésta, se beneficiaran de su régimen.

En tales Actas se observa que el personal directivo se comprometió a laborar cinco (5) años adicionales y el personal convencional seis (6) años adicionales, después de la fecha en la que hayan cumplido los requisitos **que rigen en ECOPETROL** para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Luego, el Ministro expresa que el Acto Legislativo No. 1 de 2005 adicionó el artículo 48 de la Constitución, en el sentido de disponer que a partir de su vigencia no podían establecerse en pactos, convenciones colectivas, laudos o actos jurídicos, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones (parágrafo 2º) y que los acuerdos celebrados sobre pensiones perderán vigencia el 31 de julio de 2010 (parágrafo transitorio 3º).

Agrega el Ministro que al 31 de julio de 2010 algunos trabajadores incorporados por la reversión de la Concesión Neiva-540, cumplen los presupuestos para la pensión fijados en las Actas de Acuerdo, esto es, pensión extralegal denominada Plan 70 o plan legal sumando el tiempo laborado en HOCOL S.A., pero no alcanzan a hacer efectivos los cinco (5) o seis (6) años adicionales de servicio allí pactados, según que sean personal directivo o convencional, razón por la cual han solicitado a ECOPETROL estudiar la alternativa de que ellos compensen en dinero el tiempo faltante, de manera que se conserve la equivalencia de sistemas para el reconocimiento de esta prestación a cargo de ECOPETROL.

El problema jurídico objeto de consulta, apunta a determinar la viabilidad del reconocimiento de estas pensiones en los términos planteados.

Adicionalmente, surge otro interrogante respecto del personal directivo que ingresó con posterioridad al 1º de enero de 1978 a HOCOL S.A. teniendo en cuenta que en las Actas

de Acuerdo Nos. 000774 y 000812 del 10 y 18 de noviembre de 1994, respectivamente, que se aplican a ellos, se estipuló que los términos de costo, forma de pago y tiempo de servicio allí acordados “compensan el plan pensional que consagran las disposiciones legales aplicables en la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL”, para conducir a la equivalencia entre el sistema de la ley 100 de 1993 que los amparaba a su ingreso a ECOPETROL y el régimen existente en esta empresa.

La inquietud radica en determinar si en la pensión legal de jubilación de ECOPETROL se debe incluir la acumulación de tiempo de servicios señalada en el artículo 5º del decreto 807 de 1994 y en consecuencia, computar, además del tiempo laborado en la operación y/o administración de la Concesión Neiva -540, los tiempos de servicio en el sector privado por los cuales se hubiere cotizado al ISS y los períodos de vinculación anterior al sector oficial.

Lo precedente, teniendo en cuenta que el artículo 1º del referido decreto, define la pensión legal de jubilación en ECOPETROL como la contemplada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y la remisión que el artículo 5º del decreto 807 de 1994 hace al 7º de la ley 71 de 1988, “lo es para tomar exclusivamente el referente a la autorización para acumular tiempo de servicios al Estado y cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, mas no en relación con los demás requisitos allí señalados, habida cuenta que para ello, hemos de atenernos a los establecidos para el reconocimiento de la pensión legal de jubilación en ECOPETROL S.A., esto es, edad de 50 y 55 años, para mujeres o para hombres, respectivamente, y 20 años de servicios”.

2. INTERROGANTES

El Ministro presenta los siguientes interrogantes:

“1) Es viable que ECOPETROL S.A. reconozca pensión de jubilación al personal de la Reversión Campo DINA-540, mediante la compensación en dinero del tiempo de servicio que les llegare a faltar a 31 de julio de 2010, respecto de los 5 años (personal directivo) o 6 años (personal del régimen de la convención colectiva) adicionales, pactado en las Actas de Acuerdo celebradas en el año 1994, como uno de los componentes de equivalencia entre el sistema que los amparaba en la fecha de su ingreso y el existente en ECOPETROL S.A.?”

2) Para efectos de establecer el tiempo de servicios total acumulable del personal directivo que ingresó a HOCOL S.A. con posterioridad al 1º de enero de 1978 no beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, y quienes conforme a lo establecido en las Actas de Acuerdo “(..) compensan el plan pensional que consagran las disposiciones legales aplicables en la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL. (...)”, es procedente computar además del tiempo de servicios laborado en la operación y/o administración de los campos de la concesión Neiva-540, HOCOL S.A. y el de ECOPETROL S.A., las cotizaciones al ISS o los servicios prestados al Estado, de conformidad con el artículo 5º del decreto 807 de 1994, sin perjuicio de los cinco (5) (años) adicionales de servicio pactado en las citadas Actas de Acuerdo?.

3. CONSIDERACIONES

3.1 Las Actas de Acuerdo celebradas con los extrabajadores de HOCOL S.A. que ingresaron a ECOPETROL el 18 de noviembre de 1994

Las Actas de Acuerdo constituyen los actos jurídicos en los cuales se encuentran las condiciones que los extrabajadores de HOCOL S.A., tanto personal directivo como convencional, deben cumplir para compensar la diferencia entre el régimen pensional de la ley 100 de 1993 que los amparaba en HOCOL S.A. hasta el 18 de noviembre de 1994, y el régimen existente en ECOPETROL, a fin de beneficiarse de este último, considerado más favorable.

Son cuatro Actas, dos aplicables a los trabajadores convencionales, vale decir, a aquellos que mediante el acuerdo compensan el régimen pensional de la ley 100 de 1993 con el establecido en la Convención Colectiva de Trabajo de ECOPETROL y las otras dos, destinadas al personal directivo de HOCOL S.A., que compensan la regulación pensional de la ley 100 con la fijada en el Acuerdo 01 de 1977, expedido por la Junta Directiva de la Empresa, en el caso de aquellos que ingresaron a HOCOL S.A. antes del 1º de enero de 1978, o con la existente en las disposiciones legales aplicables a ECOPETROL, en el caso de los que ingresaron a HOCOL S.A. con posterioridad a esta fecha.

Resulta necesario examinar las estipulaciones de estas Actas de Acuerdo que constituyen la base de la consulta, haciendo la distinción entre el personal convencional y el directivo, así:

1º) Para el personal convencional:

A) El Acta de Acuerdo Final suscrita en Bogotá D.C. el 12 de noviembre de 1994 por ECOPETROL y los sindicatos Unión Sindical Obrera – USO, FEDEPETROL y ASOPETROL, por medio de la cual se pactaron, entre otros, los siguientes compromisos:

a) ECOPETROL se obligaba a vincular a partir del 18 de noviembre de 1994 a los noventa y dos (92) trabajadores mencionados en el Acta, que laboraban en la Concesión Neiva-540, siempre que suscribieran el acta individual de conciliación y un nuevo contrato de trabajo.

b) El tiempo laborado por dichos trabajadores en HOCOL S.A. y las compañías sustituidas que operaron dicha concesión, sería reconocido por ECOPETROL para la pensión de jubilación y todos los demás efectos consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre ECOPETROL y la USO, respecto de la cual se convenía que les era aplicable, salvo en el punto de la retroactividad de la cesantía por el período de HOCOL.

c) Los trabajadores, individualmente, autorizaban a ECOPETROL para que en su nombre reclamara ante el ISS el bono pensional para endosarlo a favor de la Empresa.

d) Estos trabajadores deberían laborar seis (6) años adicionales a la fecha de cumplimiento del Plan 70, excepto tres de ellos quienes tendrían que trabajar cinco (5) años adicionales, para adquirir el derecho a pensión de jubilación en ECOPETROL.

e) Se dispone que la Convención Colectiva de Trabajo vigente, celebrada entre ECOPE-
TROL y la USO sea aplicable a los trabajadores mencionados en el Acta, la cual se integra a los contratos individuales de trabajo que se iban a firmar.

B) El Acta No. 000811 de la Audiencia Pública Especial de Conciliación que ejecuta el Acuerdo Final, celebrada el 17 de noviembre de 1994 ante el Inspector de Trabajo y

Seguridad Social de Neiva (Huila), suscrita por los noventa y dos (92) extrabajadores de HOCOL, “de nómina diaria que se beneficiarían de la Convención Colectiva de Trabajo”, según señala el Ministro en la consulta. Mediante esta Acta las partes acordaron las siguientes estipulaciones:

a) Las personas relacionadas en el Acta individualmente consideradas, por una parte, y ECOPEPETROL por la otra, convinieron que mediante la celebración de un contrato de trabajo a término indefinido, aquellas se vinculaban a ECOPEPETROL **a partir del 18 de noviembre de 1994** con el salario señalado en la misma.

b) El tiempo laborado por tales personas en la operación y/o administración de los campos de la Concesión Neiva-540, **se debe acumular al de ECOPEPETROL para el reconocimiento de la pensión de jubilación y todos los demás efectos consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo vigente en ECOPEPETROL**, excepto para la retroactividad de la cesantía correspondiente al período de HOCOL S.A.

c) Las personas mencionadas en el Acta acuerdan con ECOPEPETROL unas condiciones de pago, en tiempo y dinero, “con características colectivas; esto es, con fórmulas de pago aplicables en las mismas condiciones a cada una de ellas”, **para buscar la equivalencia entre el sistema de seguridad social de la Empresa y el de la ley 100 de 1993.**

d) Este acuerdo se convino en las siguientes estipulaciones:

“1. El aforo actuarial certificado que la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPEPETROL debe acumular de acuerdo con la ley para poder cumplir con el pago de las pensiones de las personas que ingresen provenientes de la concesión Neiva 540; en atención a sus condiciones de edad, sexo, salario, antigüedad, familiares, etc.; calculado a valor presente, asciende a la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES CUATRO-CIENTOS MIL PESOS (\$4.292.400.000,00) moneda corriente.

2. La diferencia entre los regímenes de seguridad social consagrados en la ley 100 de 1993 y el vigente en ECOPEPETROL, será cubierta por las personas relacionadas en la presente acta, de la siguiente manera:

- Al monto del aforo actuarial, le será descontada la suma correspondiente al valor presente certificado que acredita cada uno de los trabajadores con el bono pensional a que se refiere la ley 100 de 1993 y que será emitido a su favor. Es entendido que aquellos autorizarán a ECOPEPETROL para reclamarlo en su nombre y lo endosarán para que sea redimido en favor de ésta.
- Por ser objeto de la controversia el fenómeno jurídico de la sustitución de patronos, ECOPEPETROL acepta como forma de pago en dinero, el monto correspondiente al efecto de la retroactividad de la cesantía por la antigüedad en HOCOL S.A., la cual se abonará a la deuda actuarial.
- **Con el propósito de reducir el costo de la provisión actuarial para el pago de la pensión de jubilación todas y cada una de las personas relacionadas en la presente acta, individualmente consideradas, se comprometen y obligan a laborar en ECOPEPETROL durante seis (6) años adicionales, después de la fecha en la que hayan cumplido los requisitos que rigen en la Empresa para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de acuerdo con las normas que regulan la materia. En caso de**

retiro antes de este plazo, es entendido que el trabajador no ha compensado el régimen de pensiones de ECOPETROL.

- ***Es claro y así lo ratifican las partes, que las personas relacionadas en la presente acta compensan la diferencia entre el régimen pensional consagrado en la Ley 100 de 1993 y el establecido en la Convención Colectiva de Trabajo vigente, suscrita entre la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL y la Unión Sindical Obrera – USO⁷⁵⁰. En consecuencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en caso de incumplimiento en las condiciones de pago acordadas en el presente documento, los trabajadores se beneficiarían del régimen pensional de ECOPETROL, siempre y cuando compensen en dinero el costo del aforo actuarial” (Resalta la Sala).***

2º) Para el personal directivo:

Las Actas Nos. 000774 y 000812 de las Audiencias Públicas Especiales de Conciliación celebradas el 10 y 18 de noviembre de 1994 ante el Inspector de Trabajo y Seguridad Social de Neiva (Huila), suscritas por cincuenta y seis (56) extrabajadores de dirección, manejo y/o confianza de HOCOL, respectivamente, mediante las cuales las partes hicieron las siguientes estipulaciones:

a) Las personas mencionadas en las Actas individualmente consideradas, por una parte, y ECOPETROL por la otra, convinieron que mediante la celebración de un contrato de trabajo a término indefinido, aquellas se vinculaban a ECOPETROL a partir del 18 de noviembre de 1994 con el respectivo salario allí indicado.

b) El tiempo laborado por tales personas en la operación y/o administración de los campos de la Concesión Neiva-540, se debía acumular al de ECOPETROL para el reconocimiento de la pensión de jubilación y demás beneficios de ECOPETROL, en los términos establecidos por la ley.

c) Las personas relacionadas en las Actas acuerdan con ECOPETROL unas condiciones de pago, en tiempo y dinero, “con características colectivas; esto es, con fórmulas de

750 La Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre ECOPETROL S.A. y el sindicato Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo – USO, en Bogotá D.C. el 10 de septiembre de 2009, por el término de cinco (5) años a partir del 1º de julio de 2009 (art. 173), establece la pensión de jubilación o de vejez en la siguiente forma:

“Artículo 109.- La Empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de cincuenta (50) años, le hayan prestado servicios por veinte (20) años o más, continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo, la Empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado servicios por más de veinte (20) años, reúnan setenta (70) puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a ECOPETROL S.A. equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto. Esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador o por decisión de la Empresa.

Parágrafo 1.- No obstante lo anterior, cuando la Empresa lo determine, ésta podrá conceder la pensión de jubilación a aquellas trabajadoras que habiéndole prestado servicio a la Empresa por más de veinte (20) años, reúnan sesenta y ocho (68) puntos de acuerdo con el sistema anterior.

Parágrafo 2.- Para aquellos trabajadores que en el momento de la terminación de su contrato de trabajo, se encontraren en incapacidad médica, la liquidación se hará teniendo en cuenta el promedio de salarios devengados en el último año de servicios antes de tal incapacidad.

Parágrafo 3.- Además de la pensión a que el trabajador tenga derecho, de acuerdo con las leyes del trabajo y con lo dispuesto en la norma anterior, la Empresa aumentará el monto de esta pensión en un dos punto cinco por ciento (2.5%) por cada año que el trabajador haya servido a la Empresa por encima de los veinte (20) años que le dan derecho a la pensión” (Resalta la Sala).

pago aplicables en las mismas condiciones a cada una de ellas”, para buscar la equivalencia entre el sistema de seguridad social de la Empresa y el de la ley 100 de 1993.

d) Este acuerdo se pactó en los siguientes términos:

“1. El aforo actuarial certificado que la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL debe acumular de acuerdo con la ley para poder cumplir con el pago de las pensiones de las personas que ingresen provenientes de la concesión Neiva 540; en atención a sus condiciones de edad, sexo, salario, antigüedad, familiares, etc.; calculado a valor presente, asciende a la suma de CUATRO MIL SESENTA Y DOS MILLONES CIENTO MIL PESOS (\$4.062.100.000,00) moneda corriente.

2. La diferencia entre los regímenes de seguridad social consagrados en la ley 100 de 1993 y el vigente en ECOPETROL, será cubierta por las personas relacionadas en la presente acta, de la siguiente manera:

- **Al monto del aforo actuarial, le será descontada la suma correspondiente al valor presente certificado que acredita cada uno de los trabajadores con el bono pensional a que se refiere la ley 100 de 1993 y que será emitido a su favor. Es entendido que aquellos se obligan a reclamar y endosar el respectivo bono pensional para que sea redimido en favor de ECOPETROL.**
- **Con el propósito de reducir el costo de la provisión actuarial para el pago de las pensiones de jubilación, todas y cada una de las personas relacionadas en la presente acta, individualmente consideradas, se comprometen y obligan a laborar en ECOPETROL durante cinco (5) años adicionales, después de la fecha en la que hayan cumplido los requisitos que rigen en la Empresa para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de acuerdo con las normas que regulan la materia. En caso de retiro antes de este plazo, es entendido que el trabajador no habrá compensado el régimen de pensiones de ECOPETROL y, por tanto, no tendrá derecho al reconocimiento de esta prestación; en su lugar ECOPETROL emitirá el bono pensional a que hubiere lugar.**
- **Además, las personas relacionadas en la presente acta, se comprometen y obligan a aportar a ECOPETROL, durante el término que permanezcan como trabajadores activos de la Empresa, una suma equivalente al OCHO PUNTO NOVENTA Y UNO POR CIENTO (8.91%) de sus ingresos salariales, y para el efecto autorizan a la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL a descontar por nómina los montos correspondientes.**

Es entendido que las personas relacionadas en la presente acta compensan el Plan 70 establecido en el Acuerdo 01 de 1977, siempre que hubieren ingresado al servicio de HOCOL S.A. antes del 1º de enero de 1978. Así mismo, quienes ingresaron al servicio de HOCOL S.A. con posterioridad a esta fecha, por medio del presente convenio compensan el plan pensional que consagran las disposiciones legales aplicables en la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL⁷⁵¹. En consecuencia, al tenor de lo

751 El Acuerdo 01 de 1977 expedido por la Junta Directiva de ECOPETROL que “constituye parte integrante de los contratos individuales de trabajo del personal directivo, técnico y de confianza, con contrato a término indefinido, y sólo se aplicará a quienes voluntariamente se adhieran a él “ (art. 1º), establece sobre pensión de jubilación:

“4.5 Jubilación.

4.5.1 La Empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicia de jubilación o de vejez equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, al trabajador que habiéndole prestado servicios por veinte (20) años o más, reúna setenta (70) puntos si es hombre, o sesenta y ocho (68) si es mujer, en un sistema en el cual cada año completo de servicios equivale a un (1) punto

dispuesto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, no serán beneficiarios de régimen pensional distinto aplicable en ECOPETROL, ni del consagrado en la Convención Colectiva de Trabajo” (Resalta la Sala).

Como se observa, estas Actas generaron el compromiso para ECOPETROL de incorporar a los extrabajadores de HOCOL S.A., a partir del 18 de noviembre de 1994, y a éstos el de suscribir el respectivo contrato. Dispusieron que a los convencionales se les aplicaba la Convención Colectiva, y a los directivos el Acuerdo 01 de 1977 de la Junta Directiva de la Empresa y que, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación por parte de ECOPETROL, se les exige, a los primeros, seis (6) años y a los segundos, cinco (5) años adicionales al tiempo de servicio establecido en la empresa, con el fin de compensar la diferencia con el régimen de la ley 100, y se les tiene en cuenta el período trabajado en HOCOL S.A. Adicionalmente, los directivos pactaron un aporte a ECOPETROL, del ocho punto noventa y uno por ciento (8.91%) de sus ingresos salariales.

Se indaga en la consulta, si es viable jurídicamente efectuar la compensación en dinero de los años adicionales que les faltarían a algunos de estos trabajadores al 31 de julio de 2010, que es la fecha límite establecida por el Acto Legislativo No. 1 de 2005 para la expiración los acuerdos pensionales extralegales.

3.2 El Acto Legislativo No. 1 de 2005 sobre prevalencia del sistema general de pensiones

El Acto Legislativo No. 1 de 2005, “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, introdujo varias modificaciones en materia pensional, mediante disposiciones con rango constitucional, con la finalidad principal de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones establecido por la ley 100 de 1993.

Este Acto Legislativo entró en vigencia, conforme al artículo 2º, el día de su publicación, el 25 de julio de 2005 (Diario Oficial No. 45.980), y dispone en su artículo 1º lo siguiente:

“Artículo 1º.- *Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este Acto Legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

y cada año cumplido de edad otro punto. Esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador o por decisión de la Empresa, teniendo en cuenta que aquel se ha acogido, mínimo un (1) año antes integralmente y sin limitación alguna al Acuerdo 01 de 1977.

4.5.2 Quienes ingresaron a la Empresa con posterioridad al 1º de enero de 1978, no se beneficiarán del plan 70 y se les aplicará el régimen pensional cuando cumplan veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos a la Empresa y hayan llegado a la edad de 55 años los hombres, y 50 años las mujeres, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. (...)

4.5.5 La pensión de jubilación de que tratan los numerales 4.5.1, 4.5.2 y 4.5.3 se aumenta en una suma igual al dos y medio por ciento (2.5%) de su valor, por cada año de servicio prestado por encima de los veinte (20) años. Para la pensión de que trata el numeral 4.5.4 el porcentaje de aumento será del tres por ciento (3%)” (Resalta la Sala).

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo.

*Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. **Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.** (...)*

Parágrafo 2o. *A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no se podrán establecer en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones. (...)*

Parágrafo transitorio 2o. *Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la fuerza pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.*

Parágrafo transitorio 3o. *Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010. (...)" (Resalta la Sala).*

Como se observa, de conformidad con el parágrafo transitorio 3º, las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo, esto es, a 25 de julio de 2005, contenidas en acuerdos válidamente celebrados, como son las Actas de

Acuerdo objeto de la presente consulta, se mantienen por el término inicialmente estipulado, pero en todo caso pierden vigencia el 31 de julio de 2010, de manera que dichas Actas, en relación con la pensión de jubilación, rigen hasta esta última fecha.

3.3 La viabilidad de compensación en dinero del tiempo adicional faltante al 31 de julio de 2010 para pensión de jubilación, en el caso de los trabajadores convencionales, pero no en el de los directivos, de conformidad con las Actas de Acuerdo.

En relación con la pregunta sobre la viabilidad de que los extrabajadores de HOCOL S.A. que ingresaron a ECOPETROL el 18 de noviembre de 1994, puedan compensar en dinero el tiempo adicional que les haga falta a 31 de julio de 2010, para tener derecho a la pensión de jubilación con cargo a ECOPETROL, se debe hacer la distinción entre los trabajadores convencionales y los directivos, en razón a que las respectivas Actas de Acuerdo difieren en este punto.

A) Trabajadores convencionales:

Respecto de los trabajadores convencionales se aplica, conforme se expuso, el Acta de Acuerdo No. 000811 del 17 de noviembre de 1994, la cual enumera los siguientes compromisos que ellos deben asumir, para cubrir la diferencia entre el régimen de seguridad social de la ley 100 de 1993 y el vigente en ECOPETROL:

1) Abonar al aforo actuarial⁷⁵² el valor del bono pensional, el cual debe ser endosado a favor de ECOPETROL.

2) Abonar al aforo actuarial el monto correspondiente a la retroactividad de la cesantía por la antigüedad en HOCOL S.A.

3) Para reducir la provisión actuarial, prestar en ECOPETROL seis (6) años de servicio adicionales, “después de la fecha en la que hayan cumplido los requisitos que rigen en la Empresa para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de acuerdo con las normas que regulan la materia”.

Si se cumplen efectivamente tales compromisos, dichos trabajadores compensan la diferencia entre el régimen pensional de la ley 100 de 1993 y el establecido en la Convención Colectiva de Trabajo vigente en ECOPETROL, de manera que tienen derecho al reconocimiento de su respectiva pensión de jubilación a cargo de la Empresa.

752 Este aforo o provisión se basa en el correspondiente cálculo actuarial. Sobre la noción de cálculo actuarial, la Corte Constitucional, en sentencia C-623 del 29 de junio de 2004, precisó:

“(…) El manejo técnico-financiero del régimen solidario de prima media con prestación definida, se encuentra sujeto al denominado: *cálculo actuarial*. Este consiste en proyectar la suficiencia material de los recursos presentes, cotizaciones futuras y de sus posibles rendimientos, para asegurar el pago de los beneficios pensionales a quienes puedan llegar a tener dichos derechos, en todos los casos previstos en la ley.

Dicho cálculo actuarial depende no sólo de la alteración del monto de las cotizaciones, sino también -entre otros- de la existencia de: (i) *períodos de fidelidad*, como cuando se exige haber cotizado un determinado porcentaje de tiempo para tener derecho a un beneficio pensional; (ii) *períodos de carencia*, es decir, permanecer durante un preciso espacio de tiempo por expresa disposición legal, en un régimen pensional concreto, sin hacer uso del derecho de traslado; (iii) *tasas de cotización*, o en otras palabras, porcentajes mínimos que deben excluirse de los ingresos bases de cotización, en aras de contribuir al financiamiento del sistema integral de seguridad social en pensiones; y en últimas, (iv) aumentos de edades, semanas de cotización o de otras expectativas legítimas para adquirir los beneficios pensionales.

El movimiento de cualesquiera de dichas variables tiene como resultado alterar el cálculo actuarial y, por ende, asegurar en un futuro el compromiso del Estado para con sus potenciales pensionados”.

Si por el contrario, se presentare incumplimiento de las condiciones de pago, las partes estipularon en el Acta No. 000811 (página 8), en la parte final del párrafo que sigue a la enumeración de los compromisos lo siguiente:

*“(…) En consecuencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en caso de incumplimiento en las condiciones de pago acordadas en el presente documento, **los trabajadores se beneficiarían del régimen pensional de ECOPETROL, siempre y cuando compensen en dinero el costo del aforo actuarial**” (Destaca la Sala).*

Como se advierte, esta cláusula faculta a los trabajadores convencionales amparados por el Acta No. 000811, a compensar en dinero el costo del aforo actuarial, de manera que si algunos de ellos no alcanzan a cumplir al 31 de julio de 2010 el tiempo adicional de servicio al cual se comprometieron, es viable compensar en dinero el valor correspondiente al tiempo faltante, según lo determine el respectivo estudio actuarial, pues la norma del convenio les autoriza hacer tal compensación.

B) Trabajadores directivos:

En relación con los trabajadores directivos la situación es distinta, de conformidad con lo convenido en las Actas de Acuerdo Nos. 000774 y 000812 del 10 y 18 de noviembre de 1994, respectivamente.

En efecto, en el caso de los trabajadores directivos mencionados en tales Actas, a los cuales a 31 de julio de 2010 les haga falta un tiempo determinado para completar los cinco (5) años **adicionales** pactados en las mismas, la Sala encuentra que no resulta viable efectuar la compensación en dinero del tiempo **adicional** faltante para pensionarse con el régimen de ECOPETROL, por las siguientes razones:

1) Dado que las Actas de Acuerdo no estipulan expresamente la facultad de compensar en dinero el tiempo adicional establecido, no es posible fundamentar en ellas la viabilidad de la compensación.

2) En la hipótesis de negociar hoy en día, un nuevo acuerdo para establecer la posibilidad de compensar en dinero el tiempo de servicio adicional que les haga falta a algunos de los mencionados trabajadores al 31 de julio de 2010, se advierte que tal acuerdo estaría prohibido por el párrafo 2º del artículo 1º del Acto Legislativo No.1 de 2005. Tal norma establece que a partir del 25 de julio de 2005, fecha de iniciación de la vigencia del Acto Legislativo, no pueden establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, lo cual riñe con la hipótesis de renegociar el acuerdo bajo estudio.

Así las cosas, pasado el 31 de julio de 2010, los trabajadores directivos mencionados en dichas Actas de Acuerdo que no hayan cumplido las condiciones pactadas, entran en el régimen del Sistema General de Pensiones contenido en la ley 100 de 1993 y normas modificatorias y complementarias.

Ahora bien, como el personal directivo se comprometió a realizar una cotización mensual del ocho punto noventa y uno por ciento (8.91%) de sus ingresos salariales, al entrar el trabajador al régimen de la ley 100, es conveniente que la empresa estudie actuarial-

mente la situación de cada uno de los involucrados frente al sistema de aportes de la ley 100, para determinar si eventualmente existen excedentes de cotización y el destino que a esos excedentes debe darse.

3.4 Las estipulaciones sobre pensión de jubilación contenidas en las Actas de Acuerdo no constituyen un derecho adquirido a la pensión

La Sala desea hacer claridad acerca de que las Actas Nos. 000774, 000811 y 000812 de las Audiencias Públicas Especiales de Conciliación llevadas a cabo el 10, 17 y 18 de noviembre de 1994, respectivamente, ante el Inspector del Trabajo y Seguridad Social de Neiva (Huila), concernientes la primera y la tercera al personal directivo y la segunda al personal convencional, fueron aprobadas por este funcionario e hicieron tránsito a cosa juzgada de conformidad con los artículos 20 y 78 del Código Procesal Laboral. Lo anterior significa que son actos jurídicos válidamente celebrados, **pero no que sean actos constitutivos de derechos adquiridos a favor de los trabajadores mencionados en ellas**, por cuanto en materia de pensiones de jubilación o vejez, los derechos adquiridos se consolidan únicamente con el cumplimiento de los requisitos exigidos para su reconocimiento, de manera que si falta alguno de ellos, el derecho no se ha generado existiendo simplemente una expectativa sobre su obtención.

Precisamente en el mismo Acto Legislativo No. 1 de 2005 se consagran dos disposiciones que son claras al respecto. En efecto, los incisos tercero y octavo del artículo 48 de la Carta, adicionado por el citado Acto, disponen lo siguiente:

Inciso tercero: “Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones”.

Inciso octavo: “Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento” (Destaca la Sala).

En el mismo sentido la jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la pensión de jubilación se considera adquirido cuando se han cumplido todos los requisitos para su obtención. Así por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, expresó:

“Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador. (...)

Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo

de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

También en la sentencia C-410 del 28 de agosto de 1997 la Corte Constitucional sostuvo:

“Así entonces, el derecho pensional sólo se perfecciona previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, edad y tiempo de servicio, lo cual significa que mientras ello no suceda, los empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no habían cumplido dichos requisitos, apenas tenían una mera expectativa, por lo que no les son aplicables las normas vigentes antes de la expedición de dicha ley. Quiere ello decir, que en el momento en que el legislador expidió la norma cuestionada, “el derecho” a pensionarse con arreglo a las normas anteriores no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del empleado o servidor público. Apenas existía, se repite, una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por el legislador”.

3.5 La acumulación del tiempo de servicios para pensión de jubilación, en el caso de los trabajadores directivos mencionados en las Actas de Acuerdo Nos. 000774 y 000812 del 10 y 18 de noviembre de 1994, que ingresaron a HOCOL S.A. con posterioridad al 1º de enero de 1978

Se consulta igualmente, respecto de los trabajadores directivos **que ingresaron a HOCOL S.A. con posterioridad al 1º de enero de 1978**, mencionados en las Actas de Acuerdo Nos. 000774 y 000812 del 10 y 18 de noviembre de 1994, respectivamente, si es procedente acumular a los tiempos de servicio laborados en HOCOL S.A. y en ECOPETROL, los laborados en el sector privado por los cuales se hubiere cotizado al ISS y los períodos de vinculación anterior al sector oficial. Para responder, la Sala asume que las cotizaciones al ISS y los tiempos de servicios al sector público a que se refiere esta pregunta no fueron tenidos en cuenta cuando se suscribieron las actas bajo estudio.

Conviene tener presente el panorama normativo sobre este tema.

El artículo 5º del decreto 807 del 21 de abril de 1994, “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 279 de la Ley 100 de 1993”, establece:

“Artículo 5o. Cómputo del tiempo de servicios.- De conformidad con lo previsto en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, los servidores públicos que el 1º de abril de 1994 se encuentren vinculados a la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, y que con anterioridad a su ingreso hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o prestado servicios al Estado, tendrán derecho a que dicho tiempo de servicio o de cotización se les acumule para efectos de acceder a la pensión legal de jubilación a cargo de la empresa. Igual derecho tendrán aquellas personas que ingresen al servicio de la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, habiendo cotizado al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

La acumulación prevista en el inciso anterior procederá siempre y cuando, de conformidad con lo previsto en el presente decreto y demás disposiciones que regulan la materia, se traslade a ECOPETROL el respectivo bono pensional o las sumas correspondientes a la cuenta de ahorro individual, según sea el caso.

El número de semanas de cotización o el tiempo de servicios que se acumulará al laborado en ECOPE-TROL, será el que se tenga como base para el cálculo del respectivo bono pensional, o el que corresponda a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Dicha acumulación, se hará única y exclusivamente para el reconocimiento de la pensión legal de jubilación a cargo de la empresa.

Parágrafo. *Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones extralegales vigentes en ECOPE-TROL, que en materia de pensiones y por servicios exclusivos a la misma sean más favorables, caso en el cual prevalecen dichas disposiciones” (Resalta la Sala).*

El citado artículo 7º de la ley 71 de 1988, que contempla la pensión por aportes, dispone lo siguiente:

“Artículo 7º.- *A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación **siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.***

El Gobierno nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas” (Resalta la Sala).

Adicionalmente, el régimen establecido en el Acuerdo 01 de 1977 de la Junta Directiva de ECOPE-TROL para el personal directivo, determina:

“4.5.2. *Quienes ingresaron a la Empresa con posterioridad al 1º de enero de 1978 no se beneficiarán del Plan 70 y se les aplicará el régimen pensional cuando cumplan veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos a la Empresa y hayan llegado a la edad de 55 años los hombres, y 50 años las mujeres, de conformidad con el decreto 807 de 1994” (Destaca la Sala).*

En las citadas Actas de Acuerdo, se pactó que los trabajadores directivos que ingresaron al servicio de HOCOL S.A. con posterioridad al 1º de enero de 1978, “por medio del presente convenio compensan el plan pensional que consagran las disposiciones legales aplicables en la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPE-TROL”.

Visto este panorama, se observa que el artículo 5º del decreto 807 de 1994 señala que los servidores públicos de ECOPE-TROL tienen derecho a que se les acumule el tiempo de servicio prestado al Estado o de cotizaciones efectuadas al Instituto de Seguros Sociales para efectos de acceder a la pensión **legal** de jubilación de la Empresa, la cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del mismo decreto, **es la contemplada en el artículo 260 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, vale decir, la que se alcanza con 55 años de edad los hombres y 50 las mujeres, y 20 años de servicio.**

Para la Sala es claro que la referencia que hace el artículo 5º del decreto 807 de 1994 al artículo 7º de la ley 71 de 1988, se orienta solamente a permitir en ECOPE-TROL la acumulación del tiempo del servicio oficial con el privado para la pensión de jubilación, pero no se refiere a cambiar las condiciones de edad y tiempo de servicio de la pensión legal en ECOPE-TROL. En efecto, el mismo artículo 5º del Decreto 807 de 1994, dispone que la

acumulación se efectúa “**para efectos de acceder a la pensión legal de jubilación a cargo de la Empresa**”, que, como se dijo, se alcanza con 20 años de servicio y 55 años de edad para los hombres y 50 para las mujeres.

En consecuencia, los trabajadores directivos de HOCOL S.A. que se vincularon a esta sociedad con posterioridad al 1º de enero de 1978, pueden acumular el tiempo trabajado en HOCOL S.A. con el laborado en ECOPETROL, y con el de servicio en el sector oficial y las cotizaciones al ISS para efectos de acceder a la pensión legal de jubilación a cargo de ECOPETROL.

ECOPETROL, por su parte, tiene el derecho de exigir de las entidades involucradas, el correspondiente bono pensional.

Finalmente, los cinco (5) años de servicios adicionales a los cuales se comprometieron los mencionados trabajadores directivos en las Actas de Acuerdo, con el propósito de reducir el costo de la provisión actuarial, se requieren, en este caso, adicionalmente a los veinte (20) años de servicio que exige el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo para obtener la pensión legal en ECOPETROL. Sin embargo, se debe examinar si el hecho de integrar en el cálculo actuarial individual los tiempos de servicios y las cotizaciones al ISS no incluidas, tiene el efecto de reducir los mencionados 5 años, logrando la equivalencia y por lo tanto, la causación del derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2010, caso en el cual el trabajador tendría derecho a la pensión legal de la Empresa.

LA SALA RESPONDE:

1. De conformidad con lo pactado en el Acta de Acuerdo No. 000811 celebrada el 17 de noviembre de 1994, es viable jurídicamente que ECOPETROL S.A. reconozca pensión de jubilación a los trabajadores convencionales de la reversión Campo Neiva-540 o Dina-540, que compensen en dinero el tiempo que les llegare a faltar a 31 de julio de 2010, respecto de los seis (6) años adicionales de servicios a que se comprometieron.

Por el contrario, frente a la misma hipótesis, a los **trabajadores directivos** incorporados a ECOPETROL no es viable reconocerles la citada pensión de jubilación, porque no están facultados expresamente para compensar en dinero el tiempo adicional, de acuerdo con las consideraciones contenidas en este concepto.

2. Con el fin de establecer el tiempo de servicios total acumulable del **personal directivo** que ingresó a HOCOL S.A. con posterioridad al 1º de enero de 1978, no beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, y quienes conforme a lo establecido en las Actas de Acuerdo Nos. 000774 y 000812 del 10 y 18 de noviembre de 1994 “compensan el plan pensional que consagran las disposiciones legales aplicables en la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL”, es procedente computar, si no se ha hecho, además de los tiempos de servicios laborados en HOCOL S.A. y en ECOPETROL S.A., las cotizaciones al ISS y/o los servicios prestados al Estado con anterioridad.

Respecto de los cinco (5) años adicionales de trabajo pactados en dichas Actas, se debe examinar en cada caso si el hecho de integrar en el cálculo actuarial individual los tiempos de servicios y las cotizaciones al ISS no incluidas, tiene el efecto de reducir los mencionados 5 años, logrando la equivalencia y por lo tanto, la causación del derecho a la pensión antes

del 31 de julio de 2010, caso en el cual el trabajador tendría derecho a la pensión legal de la Empresa.

Transcríbase al señor Ministro de Minas y Energía. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

13. Convocatorias para proveer cargos mediante concurso

Radicado 1976

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 2010/02/04

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 4635-GAA-0422 del 16 de febrero de 2010

El señor Ministro del Interior y de Justicia, por solicitud formulada por el Fiscal General de la Nación (E), Dr. Guillermo Mendoza Diago, consulta a la Sala sobre el carácter vinculante de las convocatorias realizadas en la Fiscalía General de la Nación para seleccionar a través de concurso los cargos de la planta de personal de esa entidad correspondientes al “*área de fiscalías*”.

Narra la consulta que en cumplimiento de disposiciones Constitucionales (art. 125) y legales (leyes 270 de 1996 y 938 de 2004), se realizaron las convocatorias 001, 002, 003, 004, 005 y 006, todas del año 2007, para proveer 4.697 cargos en el “*área de fiscalías*”. Se indica que las convocatorias citadas no incluyeron la totalidad de los cargos de la planta de personal de la mencionada área, en atención a diferentes razones de carácter legal que han significado cambios en la estructura de personal de la Fiscalía General de la Nación (v. gr. implementación del sistema acusatorio, ley de Justicia y Paz), o situaciones de carácter administrativo, como son los concursos realizados con anterioridad a ese año.

Así las cosas, la consulta contiene un cuadro explicativo de donde se deduce que de la totalidad de cargos de la planta de personal a septiembre 10 de 2009 correspondientes a fiscalías (9.772), descontando los de las convocatorias del año 2007 (4.697) y las situaciones legales y administrativas comentadas, quedaría un total de 3.391 cargos permanentes no convocados.

Agrega que el 24 de noviembre de 2008, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera entregó a la Fiscalía General de la Nación el registro de elegibles para la provisión de los cargos convocados para el área de fiscalías en el año 2007.

Indica que con ocasión del Acto Legislativo 01 de 2008 que ordenaba la inscripción extraordinaria en carrera administrativa, se realizaron nombramientos e inscripciones de servidores que se encontraban en provisionalidad y que cumplían con los requisitos exigidos en dicho acto reformativo de la Constitución.

Por otra parte, en cumplimiento de órdenes judiciales derivadas de acciones de tutela, la Fiscalía General de la Nación ha realizado nombramientos utilizando para el efecto el señalado registro de elegibles.

Luego de citar normas correspondientes a la leyes 270 de 1996, 909 y 938 de 2004, que regulan aspectos relacionados con las convocatorias y el registro de elegibles, se informa que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación expidió el Acuerdo 001 de 2006, el cual consagra que la convocatoria es una norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección (art. 7) y que tales convocatorias deberán contener la identificación y el número de cargos a proveer (art. 9).

Con base en lo anterior, se formula a la Sala la siguiente pregunta:

“¿Entraña la Convocatoria una regla de concurso, de carácter vinculante para la entidad convocante y los aspirantes, de manera que la Fiscalía (General) de la Nación solo puede proveer los 4697 cargos ofertados?” (Paréntesis fuera de texto).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes de la consulta, la Sala entiende que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si las convocatorias realizadas en la Fiscalía General de la Nación en el año 2007, pueden extenderse a cargos que pertenecen al sistema de carrera de esa entidad, pero que en su momento no fueron incluidos en dichas convocatorias.

Para resolver la consulta, la Sala considera procedente analizar: *i)* el fundamento constitucional de los concursos para proveer cargos en los órganos del Estado y, en particular en la Fiscalía General de la Nación; *ii)* el alcance de las reglas que rigen los concursos, y *iii)* las consecuencias jurídicas derivadas de un lista de elegibles en firme.

2. El principio general del artículo 125 de la C.P. El concurso como instrumento para establecer el mérito

El artículo 125 de la Constitución Política es del siguiente tenor:

“Artículo 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados **por concurso público**.*

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...” (Se resalta).

Siguiendo la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, en particular la sentencia C – 588 de 2009 que reitera pronunciamientos anteriores⁷⁵³ y constituye el último precedente sobre la materia, puede sostenerse que el artículo 125 de la C.P. establece como principio general que los empleos en las entidades y órganos del Estado deben proveerse por el sistema de carrera, de donde se sigue que el ingreso a los cargos de carrera debe fundarse en el mérito y las calidades de los aspirantes a los mismos a través de un concurso público.

El mérito como fundamento de los aludidos concursos, es el reflejo de superiores valores⁷⁵⁴ y principios⁷⁵⁵ constitucionales como son la justicia, la igualdad (que también es un principio y un derecho) y la participación, así como el respeto a la dignidad humana y el trabajo, respectivamente (Preámbulo y artículo 1 de la C.P.). Tales valores y principios se concretan normativamente, no sólo en el citado artículo 125, sino en los artículos 40, numeral 7⁷⁵⁶ y 209⁷⁵⁷ de la C.P.

La trascendencia que el concurso tiene para el cumplimiento de los postulados constitucionales aludidos fue ratificada en la sentencia C – 588 de 2009, pronunciamiento con el cual se declaró inexecutable el A.L 01 de 2008 que establecía la inscripción extraordinaria en carrera administrativa de los servidores provisionales. Sobre el particular, dijo la Corte:

“Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. Así pues, el sistema de concurso ‘como regla general regula el ingreso y el ascenso’ dentro de la carrera y, por ello, ‘el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos’, pues sólo de esta manera ‘se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes’”.

“El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios “subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante”. (Los pies de página fueron suplidos).

753 Cfr., entre otras sentencias de la Corte Constitucional, C – 317 de 1995, C- 306 de 1995, T – 384 y C – 1230 de 2005, C – 211 y C - 315 de 2007.

754 “Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico y pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política”. Sobre el concepto de valores y principios constitucionales la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades. Cfr. Entre otras, las sentencias T-406 de 1992, C-546 de 1992, T- 079 de 1995, C- 445 de 1999, C-690 de 1996 y C-126 de 1998.

755 “Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional”. *Ibidem*.

756 “Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse...”.

757 “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”.

En este sentido la finalidad del concurso será la elaboración de la lista de elegibles correspondiente y la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia en cita, “cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, *no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos* y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias”. (Resalta la Sala). Los criterios expuestos en precedencia son aplicables a las carreras especiales de origen constitucional como es la de la Fiscalía General de la Nación⁷⁵⁸. En efecto, el artículo 253 de la Constitución Política dispone:

“Artículo 253: La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia”

Este precepto constitucional es desarrollado por las leyes 270 de 1996 (estatutaria de la administración de justicia) y 938 de 2004, “*por la cual se dicta el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*”⁷⁵⁹. De esta última norma legal se destaca para los efectos de este concepto, el artículo 60 que es del siguiente tenor:

“Artículo 60. Estructura institucional del régimen de carrera. La Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen de carrera el cual es administrado y reglamentado en forma autónoma, sujeta a los principios del concurso de méritos y calificación del desempeño”.

Ahora, dentro los principios de administración de personal de la Fiscalía General de la Nación, concordantes con el régimen de carrera, la ley 938 establece los de excelencia⁷⁶⁰, igualdad⁷⁶¹, publicidad⁷⁶², mérito⁷⁶³, especialización⁷⁶⁴ y especialidad⁷⁶⁵, entre otros.

758 En la sentencia C-517/02, la Corte estudió aspectos relacionados con la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación.

759 Publicada en el Diario Oficial No. 45.778 del 31 de diciembre de 2004.

760 “Artículo 47. Principio de excelencia. El principio de excelencia tiene por objeto garantizar la calidad y el mejoramiento continuo del trabajo y de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.//En virtud del principio de excelencia, los servidores que se rigen por el presente régimen, deberán ser seleccionados, los concursos aprobados y su trabajo desempeñado, con excelencia de méritos, procurando otorgar el ingreso al mejor candidato o servidor”.

761 “Artículo 48. Principio de igualdad. El principio de igualdad tiene por objeto garantizar el ingreso y permanencia en la carrera de los servidores de la Fiscalía General de la Nación en igualdad de condiciones”.

762 “Artículo 51. Principio de publicidad. El principio de publicidad se estructura y desarrolla sobre la base de la transparencia, la igualdad y el carácter democrático del régimen de carrera. //En virtud del principio de publicidad, todos los procesos de selección de candidatos y los concursos, son públicos y abiertos”.

763 “Artículo 52. Principio del mérito. El principio del mérito tiene vocación constitucional, que surge del interés general y público en proveer los cargos de carrera con un sistema de méritos que garantice el ingreso y la permanencia de quienes reúnan las mejores condiciones académicas, profesionales, laborales y personales para ocupar los cargos públicos.//En ese sentido, el mérito es el presupuesto y principio básico para evaluar y calificar la calidad, la excelencia y las condiciones de los aspirantes y servidores que pretendan ingresar y permanecer dentro del régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación.//El mérito así establecido en el presente estatuto, asegura y procura la excelencia y calidad del servicio en el ejercicio de la función pública”.

764 “Artículo 53. Principio de especialización. El presente estatuto señala la regla general de la especialización académica, técnica, profesional de los servidores según lo requieran las funciones, los requisitos y el perfil del cargo para el cual se concursa”.

765 “Artículo 54. Principio de especialidad. La especialidad es el grado de experticio técnico, aptitud profesional y capacidad laboral que se adquiere a partir de la experiencia calificada y que resulta necesaria para ocupar un determinado cargo, en virtud del perfil y requisitos del mismo”.

Es claro entonces que dichos principios legales concretan, en el ámbito de la Fiscalía General de la Nación, el mandato constitucional previsto en el artículo 125 *ibidem*, arriba explicado, reiterando que el ingreso a los cargos de carrera debe fundarse en el mérito y las calidades de los aspirantes a los mismos a través de un concurso público. Ello quiere decir, igualmente, que el mecanismo del concurso es el medio para materializar el sistema de carrera.

Así las cosas, cabe preguntarse cuál es el alcance de las reglas que rigen los concursos que se convocan para aspirar a los cargos de carrera.

3. Las convocatorias y su carácter vinculante para la entidad convocante y los participantes del concurso

Con ocasión de la problemática generada en desarrollo del concurso para el nombramiento de notarios en propiedad, la Corte Constitucional emitió la sentencia SU – 913 del 11 de diciembre de 2009, providencia que constituye la jurisprudencia más reciente sobre la materia consultada.

Allí se reitera lo que ya había manifestado la Corte en la sentencia C-040 de 1995, en el sentido de que, por regla general, las etapas que se deben surtir para el acceso a cualquier cargo de carrera son: *i) convocatoria*: Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; *ii) reclutamiento*: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; *iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección*: A través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física, y *iv) elaboración de lista de elegibles*: En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

La Sala concentra su atención en este acápite en la etapa de convocatoria. Así, puede afirmar que las reglas señaladas para las convocatorias son las “*leyes del concurso*” y son inmodificables, salvo que las mismas sean contrarias a la Constitución o en ellas se establezcan disposiciones que vulneren los derechos fundamentales.

La anterior afirmación tiene como base la citada sentencia SU – 913 del 11 de diciembre de 2009, en donde la Corte Constitucional reiteró la tesis expuesta en la sentencia T – 256 de 1995 sobre el carácter vinculante de la convocatoria, de la siguiente manera:

“Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas

del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla”.

Para el caso concreto de las convocatorias que realiza la Fiscalía General de la Nación, se tiene que el artículo 62 de la ley 938 de 2004, dispone que éstas son *“norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección”* y que se hará en *“forma periódica cada dos (2) años o cuando el Registro de Elegibles se agote”*.

Adicionalmente, los artículos 63 y 64 establecen:

“Artículo 63. Lista de candidatos. Con base en los resultados del proceso de selección se conformará una lista de los candidatos que podrán presentar concurso.

Artículo 64. Durante el tiempo al que se refiere el artículo anterior, no se podrá realizar proceso de selección para proveer cargos para los cuales se conformó la lista. La provisión de estos deberá realizarse con las personas que figuren en la misma”.

No cabe duda entonces que las convocatorias realizadas por la Fiscalía General de la Nación en el año 2007, tienen un marco constitucional y legal que las regula, de cuya aplicación puede deducirse que tales convocatorias: *i)* son las reglas del concurso; *ii)* vinculan a la entidad y a los participantes y, por tanto, son inmodificables, so pena de transgredir derechos fundamentales de éstos, y *iii)* durante el término de 2 años o hasta que se agote el registro de elegibles de la convocatoria realizada, *“no se podrá realizar proceso de selección para proveer cargos para los cuales se conformó la lista”*.

Los argumentos hasta ahora presentados serían suficientes para dar respuesta a la consulta elevada. No obstante, la Sala ha constatado un hecho sobreviviente a la solicitud de consulta que ratifica las tesis expuestas en este concepto y, por lo mismo, considera pertinente referirse a él.

4. Listas de elegibles definitiva

La Sala ha tenido conocimiento que el 30 de diciembre de 2009, se expidió por parte de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, el Acuerdo No. 032 mediante el cual se modifica el “Registro Definitivo de Elegibles” previsto en el Acuerdo 007 de 24 de noviembre de 2008, conformándose un nuevo “Registro Definitivo de Elegibles” según se aprecia en el artículo 3 del Acuerdo 032⁷⁶⁶.

Al respecto, la Sala considera que las listas de elegibles son actos administrativos de contenido particular y concreto, que resultan inmodificables una vez se encuentran en firme, como es el caso del Acuerdo 032, en donde se advierte en el artículo 4 *ibídem*

⁷⁶⁶ La información disponible en la sede electrónica del concurso indica que el Acuerdo 032 de 2009 fue aclarado mediante Acuerdo 001 de 19 de enero de 2010. Cfr. www.fiscalia.gov.co

que contra el mismo no procede recurso alguno por la vía gubernativa. Ello implica que el proceso de selección culminó y que deben realizarse los nombramientos correspondientes en estricto orden de mérito, considerando la existencia de situaciones jurídicas consolidadas.

La sentencia T-455 de 2000 de la Corte Constitucional ilustra lo anterior en los siguientes términos:

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.

*Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y **ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente.*** (Resaltado fuera de texto)

La lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.

Los artículos 66 y 67 de la ley 938 de 2004, siguen los criterios antes expuestos en cuanto establecen:

“Artículo 66. Registro de elegibles. Con base en los resultados del concurso se conformará el registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años.

Artículo 67. Provisión de los cargos. Se efectúa en estricto orden descendente con quienes ocupen los primeros puestos en el registro de elegibles”

De esta manera, cuando la Fiscalía General de la Nación asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman, argumento que fue ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 913 del 11 de diciembre de 2009.

5. Consideración final

Los antecedentes de la consulta mencionan algunas determinaciones adoptadas por la Fiscalía General de la Nación, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2008.

Al respecto debe indicarse que esa reforma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 588 del 27 de agosto de 2009, con efectos retroactivos a la vigencia del Acto Legislativo. En la parte resolutive de esa providencia, se ordenó que “carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo 01 de 2008, se hayan realizado”, decisión judicial que fue cumplida por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación con la expedición del Acuerdo 006 de septiembre 7 de 2009, según se aprecia en el texto de ese Acuerdo⁷⁶⁷.

Así las cosas, sobre los posibles efectos jurídicos que el A.L. 001 de 2008 produjo en las convocatorias realizadas, la Sala se remite a la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C – 588 de 2009.

Lo expuesto en los puntos precedentes, permite a la Sala deducir los siguientes criterios para resolver la consulta formulada:

i) La lista de elegibles es el resultado de un concurso de méritos celebrado por la Fiscalía General de la Nación, que tiene respaldo en los valores, principios y normas constitucionales que han sido citados a lo largo de este concepto, como son la igualdad, la justicia, la participación, la dignidad humana, el derecho a acceder a los cargos públicos, que se reflejan de manera directa en el principio general del artículo 125 de la C.P., concretados para esa entidad en la ley 938 de 2004;

ii) Con el acto administrativo que contiene la lista de elegibles, se ha consolidado una situación jurídica, particular y concreta, para quienes allí se encuentran como es el derecho al nombramiento en período de prueba para el respectivo cargo;

iii) La estabilidad del acto administrativo que contiene la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del titular -Artículo 73 del C.C.A.⁷⁶⁸;

iv) El acto administrativo que contiene la lista de elegibles en firme no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o desconocimiento de los derechos fundamentales de los participantes;

v) Las reglas que rigen los concursos deben ser respetadas de principio a fin, lo que significa que cualquier cambio en las mismas, como sería que quienes integran la lista de elegibles no fueran nombrados en período de prueba, vulneraría el derecho al debido

767 Consultado en la sede electrónica www.fiscalia.gov.co

768 Salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

proceso (art. 29 C.P), la buena fe (art. 83 Ibíd.) y la confianza legítima depositada en él por los participantes del concurso;

vi) No resulta razonable ni proporcionado, ni mucho menos ajustado a los principios de economía, eficiencia y eficacia de la función pública, que se haya adelantado toda una serie de actuaciones y etapas tendientes a materializar un concurso de méritos, que implican el uso de recursos públicos, cuya finalidad o producto final es la elaboración de una lista de elegibles en estricto orden de mérito, para luego hacer caso omiso de ella.

Ahora si como se señala en la consulta, en la Fiscalía General de la Nación existen cargos de la planta de personal que pertenecen al sistema de carrera de esa entidad, los cuales están vacantes o no han sido provistos por ese sistema, lo pertinente sería realizar las convocatorias correspondientes con el lleno de los requisitos constitucionales señalados en este concepto, así como de las reglas aplicables de la ley 938 de 2004.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala RESPONDE:

“¿Entraña la Convocatoria una regla de concurso, de carácter vinculante para la entidad convocante y los aspirantes, de manera que la Fiscalía (General) de la Nación solo puede proveer los 4697 cargos ofertados?” (Paréntesis fuera de texto).

Sí, la convocatoria es la regla del concurso y, por lo mismo, vinculante para la entidad convocante y los aspirantes. Con el registro definitivo de elegibles correspondiente a las convocatorias 001, 002, 003, 004, 005 y 006, todas del año 2007, sólo podrán proveerse los 4.697 cargos convocados.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Presidente de la Sala. (Con impedimento aceptado). ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

14. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para vinculaciones por vacancias definitivas en las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva

Radicado 1985

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2010/02/04

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 25 de febrero de 2010

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctora Elizabeth Rodríguez Taylor, solicita el concepto de esta Sala sobre “la viabilidad de que en vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005⁷⁶⁹ y la Sentencia C-1153 de

⁷⁶⁹ Ley 996 de 2005 (noviembre 24), “por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.”

2005, los cargos públicos y de trabajadores oficiales que se encuentren vacantes de manera definitiva, como resultado de que a sus anteriores titulares les fuera reconocido el derecho a gozar de la pensión de jubilación o vejez, puedan ser nuevamente provistos.”

La consulta se refiere a la suspensión de “cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal”, ordenada en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, entendiéndose por tal, de acuerdo con la sentencia C-1153 de 2005, tanto la creación de nuevos empleos como la provisión de las vacantes, durante los cuatro meses anteriores a la elección de Presidente de la República, más el tiempo requerido para la segunda vuelta si ésta fuere necesaria.

El artículo 32 de la ley 996 de 2005 remite al inciso segundo del artículo 33 de la misma ley para establecer como excepciones a su mandato, las necesidades relativas a la defensa y la seguridad del Estado, los contratos de crédito público, el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, la reconstrucción de la infraestructura vial, energética y de comunicaciones cuando haya sido objeto de atentados, acciones, terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y también los requerimientos de las entidades sanitarias y hospitalarias.

La consulta hace dos precisiones: la primera, en cuanto a que la ley 909 de 2004⁷⁷⁰ establece como causales independientes de retiro del servicio activo, la renuncia regularmente aceptada y el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o de vejez (artículo 41, literales d y e, respectivamente); y la segunda, que el retiro sólo se hace efectivo con la inclusión del servidor en la nómina de pensionados, esto es, con el cumplimiento de las exigencias legales y jurisprudenciales para el retiro del servidor público por pensión.

Para responder la Sala CONSIDERA:

La inquietud planteada por la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública se formula en los siguientes términos:

“En vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 y la Sentencia C-1153 de 2005, ¿es viable que los cargos públicos y de trabajadores oficiales que se encuentren vacantes de manera definitiva como resultado de que a sus anteriores titulares les fuera reconocido el derecho a gozar de la pensión de jubilación o vejez puedan ser nuevamente provistos?”

Pasa la Sala a revisar la ley 996 de 2005, con especial detenimiento en sus artículos 32, 33 y 38.

La ley 996 de 2005

La ley 996 de 2005, mejor conocida como la *ley de garantías electorales*, fue expedida en desarrollo del artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2004, que reformó el artículo 197 de la Constitución Política permitiendo la reelección para el período inmediatamente siguiente, del Presidente y del Vicepresidente de la República en ejercicio, y adicionó

770 Ley 909 de 2004 (septiembre 23), “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

el artículo 152 superior para incluir como materia de regulación por ley estatutaria “la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.⁷⁷¹

El mismo Acto Legislativo 02 de 2004 dispuso que la ley estatutaria además de desarrollarlo, debería regular las “garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.”

Así las cosas, la ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico garantizador de las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiendo que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelantan para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales; que igualmente adopta disposiciones especiales de aplicación en las elecciones presidenciales cuando participen como candidatos quienes estén en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República⁷⁷²; y también se ocupa de la “participación en política de los servidores públicos”. Veamos:

a) Las disposiciones relativas al debate electoral para la Presidencia de la República:

Bajo el Título I, “Disposiciones generales”, el artículo 1º define el objeto de la ley 996 de 2005:

“Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición.”

Los artículos 2º y 3º se refieren a la “campaña presidencial” como el *conjunto de actividades de promoción política y propaganda electoral de la propuesta de gobierno o proyecto político de los candidatos*; su duración corresponde a los cuatro meses anteriores a la fecha de los comicios más el tiempo que demande la segunda vuelta si la hay.

771 Acto legislativo 02 de 2004 (diciembre 27), “por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.” D. O. 45774, Dic.27 de 2004. “Art. 2. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos [...]. Parágrafo Transitorio. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo solo podrá ser elegido para un nuevo periodo presidencial.” // “Art. 4º. Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un parágrafo transitorio así: / f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley. / Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentaran, antes del primero de marzo de 2005 un proyecto de Ley Estatutaria [...] El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria por parte de la Corte Constitucional....”.

772 Cfr: Corte Constitucional, sentencia C-1153-05, páginas 163 y s.s. “3.1. Concepto y desarrollo de una Ley de Garantías electorales”.

El artículo 4º se denomina “legislación especial” y ordena que cuando el Presidente o el Vicepresidente de la República “manifiesten su interés de participar en la campaña presidencial o se inscriban como candidatos a la elección presidencial, estarán sujetos a las condiciones que para estos efectos consagra la Constitución Política y la presente ley de manera explícita para ellos, en razón a su doble condición de funcionarios públicos y candidatos.”

El Título II de la ley 996 contiene la “Reglamentación Especial de la Campaña Presidencial”, en ocho capítulos, los cuales incluyen las normas aplicables a todas las campañas presidenciales y aquéllas de especial aplicación si participan como candidatos el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio.

Los artículos 32 y 33, materia de la consulta, se ubican precisamente en el Capítulo VII denominado “Regulaciones especiales durante la campaña presidencial”; ellos consagran la prohibición de afectar las nóminas de la Rama Ejecutiva y las excepciones a esa misma prohibición; su texto dice:

Ley 996 de 2005, artículo 32

“Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

“Parágrafo. ...”

El inciso segundo del artículo 33, al cual remite el artículo 32 transcrito, estatuye:

“Restricciones a la contratación pública. ...

“Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.”

Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la Rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades, nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan las vacantes.

b) Otras reglas aplicables en las elecciones para los cargos de elección popular

El Título III de la ley 996 de 2005 fija las reglas para la “participación en política de los servidores públicos”; en este título se ubica el artículo 38, que de manera taxativa enlista las prohibiciones en la materia para “los empleados del Estado”, es decir, para los “empleados públicos”, al tenor del artículo 123 constitucional.⁷⁷³

El párrafo del artículo 38 en mención adiciona unas prohibiciones dirigidas específicamente a “los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital”, que rigen durante “los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones”; su texto completo dice:

Ley 996 de 2005, Art. 38, Párrafo:

“Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista. “Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

“No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

“La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.”

De acuerdo con las expresiones usadas por el legislador a lo largo del párrafo transcrito, las prohibiciones en él consagradas aplican a todas las elecciones a cargos de elección popular”, incluyendo las presidenciales.

⁷⁷³ Constitución Política, Art. 123: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios/.../”.

Destaca la Sala el último inciso del párrafo transcrito, porque prohíbe a sus destinatarios hacer vinculaciones en las nóminas durante los cuatro meses anteriores a “las elecciones a cargos de elección popular”, con lo cual está ordenando a las autoridades territoriales que en los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, no pueden hacer vinculaciones a la nómina del respectivo organismo o entidad territorial.

A la vez el inciso en comento consagra dos excepciones: una, la aplicación de la carrera administrativa, y dos, cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004⁷⁷⁴.

Es evidente entonces que las excepciones consagradas en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 no incluyen la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez; la aplicación restrictiva de las normas de excepción trae como consecuencia que dicha causal, aunque da lugar a vacante definitiva, no habilita a la autoridad territorial para proveerla durante los cuatro meses anteriores a las elecciones para proveer cargos de elección popular, salvo que el cargo fuere de carrera.

Sin embargo, como se analizó en el literal anterior, las campañas presidenciales se rigen por las disposiciones del Título II de la ley 996, entre ellas, los artículos 32 y 33 que están dirigidos a la “rama Ejecutiva del Poder Público” y, por ende, a las entidades territoriales y a sus autoridades.

En síntesis, la interpretación armónica de los artículos 32 y 33, inciso segundo, y el último inciso del párrafo del artículo 38, de la ley 996 de 2005, permite afirmar que la causal de retiro del servicio por obtención de la pensión de jubilación o de vejez, no concede, por sí misma, la facultad de proveer la vacante definitiva que ella genera.

No sobra advertir que si durante la campaña presidencial, la causal en estudio deja vacante un empleo en las plantas de personal de las entidades y sectores administrativos y en las circunstancias que identifica el inciso segundo del artículo 33 de la ley 996, la autoridad nominadora, nacional o territorial, puede hacer el respectivo nombramiento.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“En vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 y la Sentencia C-1153 de 2005, ¿es viable que los cargos públicos y de trabajadores oficiales que se encuentren vacantes de manera definitiva como resultado de que a sus anteriores titulares les fuera reconocido el derecho a gozar de la pensión de jubilación o vejez puedan ser nuevamente provistos?”

En vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005 con los condicionamientos de la Sentencia C-1153 de 2005, la causal de retiro del servicio por obtención de

774 Ley 909 de 2004, Art. 41. “Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: /.../ d) Por renuncia regularmente aceptada; /.../ m) Por muerte; /.../”

la pensión de jubilación o de vejez por sí misma no permite llenar la vacante correspondiente, según se expuso.

Transcríbase a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

15. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para provisión de cargos públicos

Radicado 1985 (Adición)

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2010/02/18

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 2010EE1568 del 26 de febrero de 2010

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctora Elizabeth Rodríguez Taylor, manifiesta que a solicitud del señor Ministro de Hacienda adiciona la consulta radicada con el número arriba señalado, en relación con las vacancias definitivas de cargos nuevos que deben ser provistos por primera vez, en aquellos casos en los que se ha creado una entidad pública y es necesario ponerla en funcionamiento dado el interés público del servicio para el cual fue creada.

En tal sentido menciona que el caso concreto a considerar corresponde a las nuevas entidades denominadas Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.

Manifiesta que la Unidad Administrativa Especial precitada fue creada por la ley 1151 de 2007, y se organizó a través del decreto 5021 de diciembre 28 de 2009, adoptándose su planta de personal mediante decreto 5022 de la misma fecha. El objeto de la entidad es reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando, y efectuar, en coordinación con las demás entidades del Sistema de la Protección Social, las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, así como el cobro de las mismas.

En cuanto a Colpensiones indica que tuvo su origen en artículo el 155 de la ley 1151 de 2007; su estructura fue aprobada mediante decreto 4488 de noviembre 18 de 2009 y su planta de personal mediante decreto 4489 de la misma fecha. Su objeto es

la administración estatal del régimen solidario de prima media con prestación definida en los términos previstos en la Ley 1151 de 2007, como también de las prestaciones especiales que las normas legales le asignen, incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos en los términos que señale la Constitución y la ley.

Aduce que las entidades nombradas se crearon para afrontar situaciones de crisis en la administración del sistema general de pensiones y son organismos técnicos con objetos directamente relacionados con el interés público, pues se trata de reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas del sistema, por lo cual es urgente que entren muy pronto en funcionamiento.

De conformidad con lo expuesto, concluye de la siguiente manera: "...En ninguno de los dos casos se estarían generando vacantes, pues se trata de nombrar por primera vez a sus funcionarios, luego creemos que puede aplicarse la filosofía de la restricción según lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, respecto a que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que 'afecte' la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, es decir, cuando la vacante se produce por causa ajena a la voluntad de Estado, y es indispensable proveerla para el buen funcionamiento de la Administración pública".

En consecuencia, formula a la Sala la siguiente pregunta:

¿En vigencia de la restricción dispuesta por la ley 996 de 2005, a la vinculación a la nómina estatal de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, pueden hacerse nombramientos para proveer vacancias definitivas en entidades recién creadas y cuyos cargos deban proveerse por primera vez?

Para responder la Sala CONSIDERA:

1. Aclaración inicial

El 12 de enero de 2010, el Departamento Administrativo de la Función Pública elevó a la Sala una consulta la cual quedó radicada bajo el número 1985. Dicha consulta fue resuelta por la Sala el pasado 4 de febrero y enviada mediante oficio 079 del 9 de febrero de 2010 a la Directora de ese Departamento Administrativo.

La consulta ahora formulada se presenta como una adición a la citada en precedencia pero a pesar de que la ley a interpretar es la misma, la 996 de 2005 en especial sus artículos 32 y 33, el supuesto de hecho planteado en la pregunta difiere de la anterior, en la medida en que el problema jurídico que en esta oportunidad debe resolver la Sala consiste en determinar si para la provisión de nuevos cargos en entidades del orden nacional que recientemente se organizaron, resultan aplicables las disposiciones citadas.

Así las cosas, la Sala reiterará la doctrina expuesta en el Concepto 1985 del 4 de febrero de 2010, relativo a la interpretación de los artículos 32 y 33 de la ley 995 y lo aplicará al caso concreto que ahora se consulta.

2. La ley 996 de 2005

La ley 996 de 2005, mejor conocida como la *ley de garantías electorales*, fue expedida en desarrollo del artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2004, que reformó el artículo 197 de la Constitución Política permitiendo la reelección, para el período inmediatamente siguiente, del Presidente y del Vicepresidente de la República en ejercicio, y adicionó el artículo 152 superior para incluir como materia de regulación por ley estatutaria “la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.⁷⁷⁵

El mismo Acto Legislativo 02 de 2004 dispuso que la ley estatutaria además de desarrollarlo, debería regular las “garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.”

Así las cosas, la ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico garantizador de las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello, procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiendo que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelantan para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales; que igualmente adopta disposiciones especiales de aplicación en las elecciones presidenciales cuando participen como candidatos quienes estén en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República⁷⁷⁶; y también se ocupa de la “participación en política de los servidores públicos”. Veamos:

3. Las disposiciones relativas al debate electoral para la Presidencia de la República

Bajo el Título I, “Disposiciones generales”, el artículo 1º define el objeto de la ley 996 de 2005:

“Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición.”

775 Acto legislativo 02 de 2004 (diciembre 27), “por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.” D. O. 45774, Dic.27 de 2004. “Art. 2. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos [...]. Parágrafo Transitorio. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo solo podrá ser elegido para un nuevo periodo presidencial.” // “Art. 4º. Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un parágrafo transitorio así: / f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley. / Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del primero de marzo de 2005 un proyecto de Ley Estatutaria [...] El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibidad del proyecto de Ley Estatutaria por parte de la Corte Constitucional...”.

776 Cfr: Corte Constitucional, sentencia C-1153-05, páginas 163 y s.s. “3.1. Concepto y desarrollo de una Ley de Garantías electorales”.

Los artículos 2º y 3º se refieren a la “campaña presidencial” como el conjunto de actividades de promoción política y propaganda electoral de la propuesta de gobierno o proyecto político de los candidatos; su duración corresponde a los cuatro meses anteriores a la fecha de los comicios mas el tiempo que demande la segunda vuelta si la hay.

El artículo 4º se denomina “legislación especial” y ordena que cuando el Presidente o el Vicepresidente de la República “manifiesten su interés de participar en la campaña presidencial o se inscriban como candidatos a la elección presidencial, estarán sujetos a las condiciones que para estos efectos consagra la Constitución Política y la presente ley de manera explícita para ellos, en razón a su doble condición de funcionarios públicos y candidatos.”

El Título II de la ley 996 contiene la “Reglamentación Especial de la Campaña Presidencial”, en ocho capítulos, los cuales incluyen las normas aplicables a todas las campañas presidenciales y aquéllas de especial aplicación si participan como candidatos el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio.

Los artículos 32 y 33, materia de la consulta, se ubican precisamente en el Capítulo VII denominado “Regulaciones especiales durante la campaña presidencial”; ellos consagran la prohibición de afectar las nóminas de la Rama Ejecutiva y las excepciones a esa misma prohibición; su texto dice:

Ley 996 de 2005, artículo 32:

“Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

“Parágrafo. ...”

El inciso segundo del artículo 33, al cual remite el artículo 32 transcrito, estatuye:

“Restricciones a la contratación pública. ...

“Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.”

Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la Rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos, el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades, nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan las vacantes.

4. El caso concreto

Mediante la ley 1151 de 2007⁷⁷⁷, se crearon las entidades denominadas Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones - (art. 155) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- (art. 156), con la siguiente naturaleza y objeto:

4.1. COLPENSIONES

Empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, y los que establezcan las leyes que lo desarrollen.

Colpensiones es una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, con domicilio en Bogotá, D.C., su patrimonio estará conformado por los ingresos que genere en desarrollo de su objeto social y por los aportes del Presupuesto General de la Nación, los activos que le transfieran la Nación y otras entidades públicas del orden nacional y los demás ingresos que a cualquier título perciba. Tendrá una Junta Directiva que ejercerá las funciones que le señalen los estatutos. La Administración de la empresa estará a cargo de un Presidente, nombrado por la Junta Directiva.

4.2. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP -

La UGPP es una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. La Unidad tendrá sede en Bogotá, D.C., y su patrimonio estará constituido por los aportes del Presupuesto General de la Nación, los activos que le transfieran la Nación y otras entidades públicas del orden nacional y los demás ingresos que a cualquier título

777 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010". Publicada en el Diario Oficial 46.700 de julio 25 de 2007.

reciba. La UGPP tendrá un Director de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. (Art. 156, ley 1151).

De conformidad con el citado artículo 156, la UGPP tiene a su cargo:

- i. “El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003”;
- ii. “Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Para este efecto, la UGPP recibirá los hallazgos que le deberán enviar las entidades que administran sistemas de información de contribuciones parafiscales de la Protección Social y podrá solicitar de los empleadores, afiliados, beneficiarios y demás actores administradores de estos recursos parafiscales, la información que estime conveniente para establecer la ocurrencia de los hechos generadores de las obligaciones definidas por la ley, respecto de tales recursos. Esta misma función tendrán las administraciones públicas. Igualmente, la UGPP podrá ejercer funciones de cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos”.

Como puede apreciarse COLPENSIONES y la UGPP, son entidades creadas por ley, del orden nacional, la primera, empresa industrial y comercial del Estado y, la segunda, Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, lo que significa que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público, de conformidad con el artículo 38 de la ley 489 de 1998.

Igualmente puede establecerse que el objeto y funciones de tales personas jurídicas no corresponde a las actividades y eventos exceptuados en el artículo 33 de la ley 996 de 2005, por lo que debe afirmarse que a ellas resulta plenamente aplicable la prohibición prevista en el artículo 32 *ibídem*, consistente en realizar *“cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal”*, durante el término allí estipulado.

En el aparte transcrito textualmente de la consulta elevada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, se aboga por la aplicación de la “filosofía” de la restricción prevista en la sentencia C- 1153 de 2003. En esa oportunidad literalmente dijo la Corte al revisar la constitucionalidad del artículo 32 de la ley 996:

“...Esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que ‘afecte’ la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”. (Resalta la Sala).

Nótese cómo, en el caso concreto de Colpensiones y la UGPP, lo que evidentemente se busca es proveer los nuevos cargos creados por los decretos 4489 y 5022 de 2009,

respectivamente, circunstancia que precisamente proscribiera el artículo 32 de la ley 996 y que es reconocida por la Corte Constitucional en el aparte transcrito.

Es claro que la provisión de cargos nuevos en entidades recientemente organizadas no puede significar que se esté supliendo una “vacancia definitiva”, comoquiera que ese concepto parte del supuesto, desde el punto de vista lógico y normativo, que un servidor público estuvo ocupando el cargo que se encuentra vacante.

En efecto, el artículo 41 de la ley 909 relativo a las “causales de retiro del servicio”, señala que “el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos”, listado en donde como es lógico no se incluyen los cargos nuevos de entidades recientemente organizadas, por la simple razón de que nadie ha “desempeñado” dichos empleos.

Ahora, a pesar de que en la consulta se expone que son entidades “recién creadas”, lo cierto es que fue mediante ley 1151 de 2007, la cual entró en vigencia el 25 de julio de ese año, que se creó tanto Colpensiones como la UGPP, y que sólo se organizaron con la expedición de 4488 de noviembre de 2009 y 5021 de diciembre 28 de 2009, es decir casi dos años y medio después de su creación.

La urgencia de que tales entidades, como se indica en la consulta, “entren muy pronto en funcionamiento”, debió evaluarse en su momento, considerando que la ley 996 de 2005 es anterior a la 1151 de 2007 y que a la fecha de expedirse los decretos de organización en noviembre y diciembre de 2009, era absolutamente previsible que estaban vigentes los instrumentos jurídicos que garantizan las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos que participan en los procesos electorales para cargos de elección popular que constitucionalmente están programados para el año 2010.

Es más, en el caso de Colpensiones, la señalada “urgencia” parece no coincidir con el régimen de transición que se establece en el artículo 36 del decreto 4488 de 2009, a saber:

“ARTICULO 36° TRANSICION. El proceso de transición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, podrá efectuarse de manera gradual y escalonada, en procura de la adecuada prestación del servicio público esencial, con criterios que consideren, entre otros, las necesidades técnicas, financieras y operativas de la administradora, las áreas geográficas, el estado de la información y la evaluación gradual de activos y contratos que necesite para su operación.

Los mismos criterios podrán aplicarse al traslado de los afiliados y pensionados que correspondan a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, considerando además grupos etarios y el estado de los archivos de las historias laborales y pensionales.

Durante la transición y hasta tanto empiece a recibir cotizaciones de los afiliados las actuales administradoras de pensiones podrán transferir recursos de capital provenientes de sus activos para los gastos de Colpensiones.

Las actividades que requieran un proceso de estabilización se acogerán a los plazos previstos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.

Sin mayores elucubraciones puede afirmarse que la organización y puesta en funcionamiento de la nueva entidad, no ha sido considerada por la misma norma que señaló su

estructura y funciones como un asunto “urgente”, sino como un proceso “gradual y escalonado” que debe atender cuidadosamente todas las variables que exige el complejo desarrollo de su objeto previsto en la ley.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

¿En vigencia de la restricción dispuesta por la ley 996 de 2005, a la vinculación a la nómina estatal de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, pueden hacerse nombramientos para proveer vacancias definitivas en entidades recién creadas y cuyos cargos deban proveerse por primera vez?

En vigencia de las restricciones impuestas por el artículo 32 de la ley 996 de 2005 se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante el término allí previsto, lo cual incluye los nombramientos para proveer cargos creados por primera vez. Tales cargos, en los términos expuestos en este concepto, en manera alguna pueden considerarse “vacancias definitivas” que puedan ser provistas.

Transcríbase a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

16. Ley 996 de 2005. Excepción a las prohibiciones temporales para vinculaciones en las nóminas de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva

Radicado 1993

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 2010/03/25

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 25923 GAA-0422 del 2 de agosto de 2010

El señor Ministro del Interior y de Justicia, solicita concepto a la Sala sobre la posibilidad de realizar un nombramiento en la dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, en vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005⁷⁷⁸, con motivo de la comunicación dirigida al Presidente de la República en donde la Directora de ese organismo le manifiesta que “deja a disposición” su permanencia en el cargo.

En tal sentido, formula a la Sala los siguientes interrogantes:

1. “¿Tomando en consideración que el cargo de director del INPEC es de libre nombramiento y remoción, se pregunta si el declarar la insubsistencia del mismo, y el consecuente nombramiento en encargo del Director Técnico de la entidad, dentro de término de vigencia de la Ley Garantías, conllevaría o no a una violación de las prohibiciones previstas en los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías)?”.

⁷⁷⁸ Ley 996 de 2005 (noviembre 24), “por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.”

2. ¿Si la carta enviada por la Directora del INPEC “ implica en sí misma su renuncia al cargo, y en caso contrario inhibe la posibilidad de declarar su insubsistencia?”.

Para responder la Sala CONSIDERA:

1. La ley 996 de 2005

Como lo manifestó la Sala en los conceptos 1985 y 1985 (Aclaración), ambos de 2010, cuya publicación fue autorizada por el Gobierno Nacional, la ley 996 de 2005, mejor conocida como “*ley de garantías electorales*”, fue expedida en desarrollo del artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2004, que reformó el artículo 197 de la Constitución Política permitiendo la reelección para el período inmediatamente siguiente del Presidente y del Vicepresidente de la República en ejercicio, y adicionó el artículo 152 Superior para incluir como materia de regulación por ley estatutaria “la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.⁷⁷⁹

El mismo Acto Legislativo 02 de 2004 dispuso que la ley estatutaria además de desarrollarlo, debería regular las “garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.”

Así las cosas, la ley 996 de 2005 es el instrumento jurídico que garantiza las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos y en razón de ello procede su aplicación en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, advirtiendo que contiene regulaciones y prohibiciones sobre dos tipos de campañas electorales: la presidencial y las que se adelanten para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales; que igualmente adopta disposiciones especiales de aplicación en las elecciones presidenciales cuando participen como candidatos quienes estén en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República⁷⁸⁰; y también se ocupa de la “participación en política de los servidores públicos”. Concretamente la Sala se referirá a continuación a las relativas a la campaña presidencial:

Las disposiciones relativas al debate electoral para la Presidencia de la República:

Bajo el Título I, “Disposiciones generales”, el artículo 1º define el objeto de la ley 996 de 2005:

779 Acto legislativo 02 de 2004 (diciembre 27), “por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.” D. O. 45774, Dic.27 de 2004. “Art. 2. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos [...]. Parágrafo Transitorio. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo solo podrá ser elegido para un nuevo periodo presidencial.” // “Art. 4º. Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un parágrafo transitorio así: / f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley. / Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentaran, antes del primero de marzo de 2005 un proyecto de Ley Estatutaria [...] El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria por parte de la Corte Constitucional.....”

780 Cfr: Corte Constitucional, sentencia C-1153-05, páginas 163 y s.s. “3.1. Concepto y desarrollo de una Ley de Garantías electorales”.

“Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene como propósito definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición.”

Los artículos 2º y 3º se refieren a la “campaña presidencial” como el conjunto de actividades de promoción política y propaganda electoral de la propuesta de gobierno o proyecto político de los candidatos; su duración corresponde a los cuatro meses anteriores a la fecha de los comicios más el tiempo que demande la segunda vuelta, si la hay.

El Título II de la ley 996 contiene la “Reglamentación Especial de la Campaña Presidencial”, en ocho capítulos, los cuales incluyen las normas aplicables a todas las campañas presidenciales y aquéllas de especial aplicación si participan como candidatos el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio.

Los artículos 32 y 33, materia de la consulta, se ubican precisamente en el Capítulo VII denominado “Regulaciones especiales durante la campaña presidencial”; ellos consagran la prohibición de afectar las nóminas de la Rama Ejecutiva y las excepciones a esa misma prohibición; su texto dice:

Ley 996 de 2005, artículo 32:

“Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

“Parágrafo. ...”

El inciso segundo del artículo 33, al cual remite el artículo 32 transcrito, estatuye:

“Restricciones a la contratación pública. ...

“Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.”

Se tiene pues que, tratándose de las campañas presidenciales, la prohibición de hacer vinculaciones en la nómina, bajo cualquier forma, rige para la Rama Ejecutiva, esto es, aplica a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas; para sus efectos, es indiferente que en la respectiva campaña presidencial participen como candidatos el Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio, pues los artículos 32 y 33 no distinguen entre estas situaciones.

Las excepciones establecidas en los artículos 32 y 33 en comento, guardan relación, exclusivamente, con algunos servicios públicos que por su naturaleza no admiten postergaciones en la atención de sus necesidades de personal, bienes y servicios; en estos preceptos no se establece condición alguna relacionada con las causales de retiro del servicio de los servidores que eran titulares de los empleos vacantes.

Ello significa que durante las campañas presidenciales los organismos y entidades, nacionales y territoriales, de la Rama Ejecutiva, con funciones atinentes a la defensa y seguridad del Estado, las entidades sanitarias y hospitalarias, y los responsables de la educación y las infraestructuras vial, energética y de comunicaciones en los solos eventos taxativamente señalados en el inciso segundo del artículo 33, pueden proveer sus vacantes sin considerar la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo y que generan las vacantes.

La locución “*defensa y seguridad del Estado*” fue interpretada por la Sala en el concepto 1727 del 20 de febrero de 2006, como aquellas actividades necesarias para la estabilidad del mismo, pues está de por medio el mantenimiento del orden público. En tal sentido, se entiende que la prohibición temporal de vinculaciones a la nómina estatal no puede implicar que la inactividad de la administración conlleve la posibilidad de alteraciones del orden público o viole los derechos fundamentales de los asociados.

Así las cosas, se pregunta la Sala si las funciones asignadas al INPEC y a su director están relacionadas con la “*defensa y seguridad del Estado*”, comoquiera que de ello depende la procedencia de la excepción antes aludida.

2. Naturaleza y funciones del INPEC

El artículo 15 de la ley 65 de 1993, “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”⁷⁸¹, dispone lo siguiente:

“ARTICULO 15. SISTEMA NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, como establecimiento público adscrito al ‘Ministerio de Justicia y del Derecho’⁷⁸² con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país, por la Escuela Penitenciaria Nacional y por los demás organismos adscritos o vinculados al cumplimiento de sus fines.

El sistema se regirá por las disposiciones contenidas en este Código y por las demás normas que lo adicionen y complementen”. (El pie de página no es del texto)

Por su parte, el artículo 14 de esa ley, reformado por el artículo 3 del decreto 2636 de 2004, “por el cual se desarrolla el Acto Legislativo 03 de 2002”⁷⁸³, establece las funciones generales del INPEC de la siguiente manera:

“ARTICULO 14. CONTENIDO DE LAS FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO. Corresponde al Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de una sentencia penal condenatoria,

781 Publicada en el Diario Oficial No. 40.999 de agosto 20 de 1993.

782 Hoy Ministerio del Interior y Justicia por disposición del artículo 7 de la ley 790 de 2002.

783 Publicado en el Diario Oficial 45.645 del 19 de agosto de 2004.

el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado”.

Y en cuanto a la finalidad de la detención preventiva el artículo 11 de la ley 65, reformado por el artículo 2 del decreto 2636 de 2004, prevé:

“ARTICULO 11. FINALIDAD DE LA DETENCION PREVENTIVA. La detención preventiva tiene por objeto asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, y la efectividad de la pena impuesta”. (Resalta la Sala).

A juicio de la Sala, la naturaleza y funciones generales asignadas al INPEC se enmarcan en el fin esencial del Estado y sus autoridades de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”, previsto en el artículo 2 de la Constitución Política, función que materialmente se cumple a través de los establecimientos carcelarios y penitenciarios que están a su cargo, en donde se encuentran reclusos, por orden judicial, los infractores de la ley penal.

El artículo 9 de la ley 65, en concordancia con el Código Penal, señala que la pena tiene una función “protectora y preventiva”, y por lo mismo, su efectiva ejecución garantiza la protección de la comunidad, los derechos de las víctimas y permite garantizar y conservar el orden público en el territorio nacional.

Cuando la ley 65 dispone que el Gobierno Nacional, por conducto del INPEC, es el responsable de la ejecución de la pena, considera la Sala que ello obedece a la estrecha relación que existe entre dicha función y el orden público. Como se sabe, es función exclusiva del Presidente de la República conservar y reestablecer el orden público (art. 189, num. 4 de la Constitución Política), noción que incluye la de seguridad pública, tal como ha sido determinado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, citándose para efectos de este concepto la contenida en la sentencia C – 802 de 2002, de la siguiente manera:

“...A pesar de la multiplicidad de enfoques de que puede ser susceptible el concepto de orden público, lo cierto es que él remite a unas condiciones necesarias para el desenvolvimiento armónico y pacífico de las relaciones sociales y, en consecuencia, para la realización de los derechos y el cumplimiento de los deberes correlativos. El orden público es un supuesto de la pacífica convivencia, es el escenario de desenvolvimiento normal de las relaciones entre el poder y la libertad. De allí que el concepto de orden público se ligue siempre a las condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad requeridas para el despliegue de la vida en comunidad y para la afirmación de sus miembros como seres libres y responsables...”.

Lo expuesto lleva a afirmar que las funciones asignadas al INPEC, están estrechamente relacionadas con la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana. Y una falla en la prestación de ese servicio, no sólo genera zozobra y angustia en la sociedad, sino que aumenta la sensación de impunidad que ha agobiado a la sociedad colombiana en los últimos tiempos. No debe olvidarse que en la eficacia del sistema judicial y en la percepción que la ciudadanía tiene de éste, juega un papel determinante el cumplimiento efectivo de las providencias de los jueces.

3. El Director del INPEC

Siendo el INPEC un establecimiento público del orden nacional, su Director es de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República (art. 77 ley 489 de 1998). En su calidad de jefe de la entidad ejerce su representación legal, correspondiéndole “dirigir, coordinar y controlar la ejecución de las funciones o programas de la organización y su personal” (art. 78, ley 489).

Dadas las anteriores funciones generales, el Decreto 270 del 29 de enero de 2010, “Por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, y se determinan las funciones de sus dependencias”⁷⁸⁴, establece específicamente para el Director del INPEC las siguientes atribuciones:

“Artículo 3. Funciones de la Dirección General. Corresponde al Director General, además de las establecidas en el artículo 78 de la Ley 489 de 1998, las siguientes funciones:(...)”

5. Crear, fusionar, destinar, suprimir, dirigir y administrar los establecimientos de Reclusión del orden nacional, y determinar los lugares en los cuales funcionarán estos Establecimientos. (...)

7. Fijar los Establecimientos de Reclusión en los que la población condenada deba cumplir la ejecución de la pena.

8. Ubicar en los Establecimientos de Reclusión la población sindicada que deba cumplir las medidas de aseguramiento que les sean impuestas, sin perjuicio de lo dispuesto por la autoridad judicial competente.

9. Ejercer de manera integral la supervisión de los Establecimientos de Reclusión.

10. Aprobar el reglamento de Régimen Interno expedido por el Director de cada Establecimiento de Reclusión. (...)

13. Determinar, establecer y controlar la Política de Seguridad y Administrativa, de la población reclusa y para la población condenada. (...)

16. Definir la organización del servicio de seguridad interna y externa en los Establecimientos de Reclusión. (...)

23. Autorizar el ingreso de la fuerza pública para ejercer la vigilancia interna de los Establecimientos de Reclusión del orden nacional, en casos excepcionales y sin perjuicio de las disposiciones legales al respecto...”

Conforme a la norma transcrita, no cabe duda que el Director General del INPEC es el responsable de la dirección, administración y seguridad de los establecimientos de reclusión, funciones que están íntimamente vinculadas con la seguridad del Estado, en los términos expuestos en el punto precedente.

Así las cosas, en el caso del Director General del INPEC, su nombramiento, la declaratoria de insubsistencia, o la renuncia y aceptación de ésta, por estar directamente relacionada con la seguridad del Estado, constituye una excepción a la restricción prevista en el artículo 32 de la ley 995, dentro del ámbito temporal señalado en esa norma. Ello significa

784 Publicado en el Diario Oficial No. 47.607 del 29 de enero de 2010.

que durante el mencionado plazo, el nominador conserva todas las facultades administrativas que la ley le otorga respecto del cargo de Director General del INPEC.

Dilucidado lo anterior, pasará la Sala a ocuparse de la renuncia a la que se alude en la solicitud de consulta.

4. Naturaleza y forma de la renuncia

El artículo 27 del decreto – ley 2400 de 1968, “por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”, dispone en el artículo 27 lo siguiente:

“Artículo 27. Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio. (...)

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier otras circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado...”.

Por su parte, el decreto 1950 de 1973 reglamentario de los decretos – leyes 2400 y 3074 de 1968, estableció:

“Artículo 110. Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente”.

“Artículo 111. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio”. (...)

“Artículo 114. La competencia para aceptar renunciaciones corresponde a la autoridad nominadora”

“Artículo 115. Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco, o sin fecha determinada, o que mediante cualquier otra circunstancia pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado...”.

Las normas expuestas señalan respecto de la renuncia unos requisitos generales que la Sala resume a continuación:

1. Que el empleo sea de voluntaria aceptación;
2. La renuncia debe presentarse por escrito ante la autoridad nominadora;
3. La renuncia debe expresar la voluntad del empleado de retirarse del servicio;
4. La manifestación de voluntad debe ser libre, espontánea e inequívoca. Lo anterior significa que al ser la renuncia un acto voluntario, ésta no puede ser presionada o solicitada por el nominador.

No obstante los anteriores requisitos generales, cuando se trata de altos funcionarios del Estado, es decir, de personas que dirigen una dependencia o ente estatal tales como ministros, directores de departamentos administrativos, directores de establecimientos públicos, entre otros, respecto de los cuales el nominador goza de de la facultad discrecional para retirar del cargo al personal directivo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado ajustada

a derecho la aceptación de la renuncia en las que el empleado “deja a consideración” del nominador su permanencia en el cargo, según puede apreciarse enseguida:

“Como el actor ocupaba el cargo de Subdirector General del Área de Gestión Ambiental, Código 0040, Grado 16, de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, CORPAMAG, carecía de cualquier fuero de estabilidad pues el nominador goza de la facultad discrecional para retirar del cargo al personal directivo, que es de su entera confianza.

*En efecto, esta Corporación ha sostenido en varias oportunidades que la presentación de esta clase de renuncias, suscritas por personas que tienen calidades profesionales y un alto status jerárquico, como es el caso del actor, en atención a la discrecionalidad de que goza el nominador para separarlos del servicio, no irradia un propósito que pueda calificarse como desviado sino que tal postura atiende a consideraciones de distinta índole dada la importancia del cargo, que le permiten al respectivo funcionario desvincularse de una manera más decorosa de la entidad, evitando la declaratoria de insubsistencia”.*⁷⁸⁵

Es más, en cuanto a la imposibilidad general de solicitar la renuncia, se ha considerado como excepción a dicha regla la que se insinúa respecto de los empleados que ocupan cargos directivos ubicados en la cúpula administrativa estatal, tal como se expone en el siguiente extracto:

“La jurisprudencia de la Sala ha sido uniforme en señalar que la renuncia solicitada a los titulares de determinados de Cargos político - administrativos, como los de Ministros, Jefes o Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes y Secretario General, etc, es válida, puesto que ella obedece a la facultad que tiene el nominador de integrar los cuadros en la cúpula administrativa en determinada entidad, para el cumplimiento de las metas tendientes a garantizar un adecuado servicio público.

*La insinuación de la renuncia en dicho nivel, se convierte en un mecanismo acorde a la investidura de tales cargos, busca evitar el retiro por insubsistencia, que no es de común ocurrencia en esos destinos y se repite, no se presenta desvío de poder en la solicitud de renuncia al personal correspondiente al Nivel Directivo, dicho proceder se justifica por el rango y atribuciones que demanda la función administrativa en el cumplimiento de los fines del Estado”*⁷⁸⁶.

Es claro entonces que en el caso de los altos funcionarios del Estado, como es el que ocupa el Director General del INPEC, dejar a “disposición” del nominador (Presidente de la República) el cargo, con mayor razón cuando éste se encuentra directamente relacionado con la seguridad del Estado, implica la manifestación de voluntad expresa de separarse del servicio, correspondiéndole al nominador la aceptación de la misma.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

1. ¿”Tomando en consideración que el cargo de director del INPEC es de libre nombramiento y remoción, se pregunta si el declarar la insubsistencia del mismo, y el consecuente nombramiento en encargo del Director Técnico de la entidad, dentro de término de vi-

785 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de mayo de 2008. Radicación No. 47001-23-31-000-2001-00347-01(7119-05).

786 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de julio 23 de 1998. No. Interno 190 - 98. Actor: Luís Alberto Polanía.

gencia de la Ley Garantías, conllevaría o no a una violación de las prohibiciones previstas en los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías)?”.

Las funciones confiadas al Director General del INPEC están directamente relacionadas con la seguridad del Estado, y por lo mismo, su desvinculación mediante declaratoria de insubsistencia y la posterior provisión del cargo, dentro del ámbito temporal previsto en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, no conlleva transgresión de las prohibiciones contenidas en los artículos 32 y 33 ibídem.

2. ¿Si la carta enviada por el Director del INPEC “ implica en sí misma su renuncia al cargo, y en caso contrario inhibe la posibilidad de declarar su insubsistencia?”.

En el caso de los altos funcionarios del Estado, como es el de Director General del INPEC, dejar a “disposición” del nominador (Presidente de la República) el cargo, con mayor razón cuando éste se encuentra directamente relacionado con la seguridad del Estado, implica la manifestación de voluntad expresa de separarse del servicio, correspondiéndole al nominador la aceptación de la misma.

Transcribábase al señor Ministro del Interior y de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

17. Estabilidad de Magistrados de Justicia y Paz

Radicado 2009

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 2010/06/10

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 25117-GAA-0422 del 27 de julio de 2010

El Ministerio del Interior y de Justicia, a instancia del Consejo Superior de la Judicatura, formula los siguientes interrogantes:

“1. ¿Al no encontrarse expresamente los Magistrados de Justicia y Paz dentro de ninguna de las clasificaciones del empleo del artículo 130 de la ley 270 de 1996, cómo deben considerarse clasificados estos servidores?”

“2. Definida la clasificación de los Magistrados de Justicia y Paz, cuáles serían los requisitos de estabilidad y remoción de los mismos? “

La entidad consultante señala que la Ley 975 de 2005, de Justicia y Paz, le asignó a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el juzgamiento de los procesos de que trata esa ley, a cuyo efecto dispuso el nombramiento de nuevos magistrados para

esos tribunales por parte de la Corte Suprema de Justicia, de listas elaboradas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Que, sin embargo, la ley no aclaró la naturaleza de esos nuevos cargos, los cuales por demás no encajan en las categorías que regula la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en la medida que no son funcionarios de carrera (no se eligen por concurso), de periodo, ni de libre nombramiento y remoción.

Que, por ello, no queda claro cuál es su régimen de estabilidad y si están cobijados por una inamovilidad absoluta al no establecerse las causales de su remoción, como sí sucede con los empleados de carrera (sujetos a evaluación de servicios), de periodo (dejación del cargo al vencimiento del periodo fijado en la ley) y de libre nombramiento y remoción (vinculación sujeta a la confianza y buen servicio).

CONSIDERACIONES

1. El 25 de julio de 1995 se expidió la Ley 975 de 2005⁷⁸⁷, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

2. El artículo 1 de esta ley señaló que su objeto era facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

3. Para efectos de lo anterior, el artículo 2 estableció que el ámbito de aplicación de la ley cobijaba la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley:

“Artículo 2°. Ambito de la ley, interpretación y aplicación normativa. La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional (...).

4. Visto entonces que la aplicación de la ley requería la iniciación de procesos judiciales⁷⁸⁸, en los que además se garantizaran los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, los artículos 16 y 32 de la misma le asignaron la respectiva competencia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. El artículo 16 señala:

Artículo 16. Competencia (...)

787 Diario Oficial 45.980 del 25 de julio de 2005.

788 Concordante con el artículo 6 que establece: “Artículo 6°. Derecho a la justicia. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones. Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo.”

El Tribunal Superior de Distrito Judicial que determine el CSJ, mediante acuerdo que expida antes de que se inicie cualquier trámite, será competente para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la presente ley.

No podrá haber conflicto o colisión de competencia entre los Tribunales Superiores de Distrito judicial que conozcan de los casos a que se refiere la presente ley y cualquier otra autoridad judicial. (Se destaca)

Y el artículo 32, que es el primero del capítulo VII “Instituciones para la ejecución de la presente ley”, dispone expresamente:

Artículo 32. Competencias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de justicia y paz. Además de las competencias establecidas en otras leyes, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial designados por el Consejo Superior de la Judicatura serán competentes para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos de los que trata la presente ley, vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados.

Corresponde a la Secretaria del respectivo Tribunal organizar, sistematizar y conservar los archivos de los hechos y circunstancias relacionados con las conductas de las personas objeto de cualquiera de las medidas de que trata la presente ley, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y preservar del olvido la memoria colectiva. También deberá garantizar el acceso público a los registros de casos ejecutoriados, y contar con una Oficina de Comunicaciones para divulgar la verdad de lo acontecido.

Igualmente, otros diversos artículos se refieren a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en su calidad de encargados de llevar a cabo los propósitos de la ley, como por ejemplo, los que regulan el tipo de procedimiento (art.12), la aceptación de cargos (art.19), el incidente de reparación integral (art.23), etc. Así mismo, la segunda instancia se asigna a la Corte Suprema de Justicia (Art.26), como sucede con la generalidad de decisiones adoptadas por dichos tribunales, y en la misma lógica, se crea la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz que será delegada “ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial” (art.33).

5. En concordancia con lo anterior, el artículo 67 de la ley ordenó crear nuevas plazas de “magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial”, los cuales deben cumplir los requisitos legales establecidos en la ley para ocupar ese cargo; dispuso que su provisión no se haría por concurso, sino por un sistema de listas elaboradas por el Consejo Superior de la Judicatura y puestas a consideración de la Corte Suprema de Justicia para la respectiva elección. Señala el referido artículo:

Artículo 67. *Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito judicial, que se creen en virtud de la presente ley, serán elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de justicia, de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*

Los requisitos exigidos para ser Magistrado de estos Tribunales, serán los mismos exigidos para desempeñarse como Magistrado de los actuales Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, podrá conformar los grupos de apoyo administrativo y social para estos Tribunales. La nominación de los empleados, estará a cargo de los Magistrados de los Tribunales creados por la presente ley.

En complemento de lo anterior, el Artículo 24 del Decreto Reglamentario 4760 de 2005 señaló que la elaboración de listas y el procedimiento de selección de estos magistrados de los Tribunales Superiores, se sujetaría a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia relativo al procedimiento de elección de magistrados de altas Cortes:

“Artículo 24. Elección de Magistrados de los Tribunales Superiores para Justicia y Paz. Los Magistrados de los Tribunales Superiores que se creen en virtud de la Ley 975 de 2005, serán elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las cuales serán elaboradas siguiendo para el efecto el mismo procedimiento señalado en el artículo 53 de la Ley 270 de 1996.”

6. Ahora bien, la entidad consultante pregunta cómo deben ser encuadrados dichos cargos de magistrado en las categorías previstas en el artículo 130 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que establece:

*“Artículo 130. Clasificación de los empleos. **Son de período individual** los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.*

Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.

Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.

***Son de libre nombramiento y remoción** los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.*

***Son de Carrera** los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.” (resalta la sala)*

Como se advierte acertadamente en la consulta, los magistrados creados por la Ley 975 de 2005, no se enmarcan exactamente en ninguna de estas categorías. No podrían calificarse como *funcionarios de período*, pues la ley no les estableció uno (sin perjuicio de que la duración en los cargos esté condicionada, como se señala enseguida, al cumplimiento de los fines de la norma que los creó); tampoco podrían considerarse funcionarios de *libre*

nombramiento y remoción, pues la ley no le asigna a ninguna autoridad la competencia para disponer libremente de tales cargos. Y tampoco encajan en la categoría de *funcionarios de carrera*, en la medida que su designación no es resultado de un concurso de méritos (como ocurre con la generalidad de los Magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial⁷⁸⁹), por lo que, en ese sentido, no adquieren los derechos derivados de la inscripción en la carrera judicial.

7. Pese a lo anterior, la Sala observa de las normas citadas que los “Magistrados de Justicia y Paz”, (denominación que, valga decir, no utiliza la ley) son simplemente, por calificación expresa del legislador e indistintamente de su forma especial de designación, Magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial, al igual que los demás miembros de esa corporación judicial que ingresaron por concurso.

Precisamente, esta Sala ya había señalado en Concepto 1944 de 2009⁷⁹⁰, que los magistrados designados de conformidad con la Ley 975 de 2005 son miembros en propiedad de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, razón por la cual hacen parte de la Sala Plena de los mismos, de conformidad la Ley Estatutaria de Administración de Justicia⁷⁹¹.

En esa medida, como la ley no hizo ninguna excepción al respecto ni diferenció entre unos y otros funcionarios, debe concluirse que los magistrados de tribunal superior que se designen de acuerdo con la Ley 975 de 2005 están sujetos mientras ocupen dicho cargo, al mismo régimen general de derechos y obligaciones, inhabilidades, prohibiciones, régimen disciplinario, incompatibilidades, causales de desvinculación y demás características funcionariales de cualquier otro Magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, salvo, como ya se dijo, en lo relativo a los derechos derivados de la inscripción en la carrera judicial, en la medida que no forman parte de ésta.

Como se advierte en los artículos 16, 32 y 67 de la Ley 975 de 2005 transcritos inicialmente, la competencia judicial fue asignada al Tribunal Superior de Distrito Judicial para que fuera ejercida por *magistrados de esa corporación* designados especialmente para ello, por lo que necesariamente quedan sujetos al régimen propio de esa estatus funcional.

En todo caso, es pertinente la aclaración hecha por la entidad consultante, en el sentido que la vinculación de los magistrados de tribunal superior creados por la Ley 975 de 2005, es de carácter temporal y está llamada a terminar, además de las

789 ARTICULO 158. Campo de aplicación. Son de Carrera los cargos de Magistrados de los Tribunales y de las Salas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, jueces y empleados que por disposición expresa de la ley no sean de libre nombramiento y remoción.

ARTICULO 160. Requisitos especiales para ocupar cargos en la carrera judicial. Para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial se requiere, además de los requisitos exigidos en disposiciones generales, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley y realizadas de conformidad con los reglamentos que para tal efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. El acceso por primera vez a cualquier cargo de funcionario de carrera requerirá de la previa aprobación del curso de formación judicial en los términos que señala la presente ley.

790 M.P. Gustavo Aponte Santos.

791 Con base en el artículo 19 de la Ley 270 de 1996, la Sala concluyó: “La norma transcrita, que tiene jerarquía legal estatutaria, es clara en disponer que la Sala Plena del Tribunal Superior se encuentra integrada por la totalidad de los Magistrados, de manera que necesariamente debe comprender a los Magistrados de las Salas de Justicia y Paz en aquéllos tribunales cuya estructura los contemple, pues la norma no hace excepciones”.

otras causales previstas para ese tipo de cargos, cuando dicha ley cumpla su objeto y finalicen los procesos regulados por ella, situación que armoniza plenamente con la causal de retiro definitivo del servicio prevista en el numeral 2º del artículo 149 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, según la cual la relación funcional termina definitivamente por: “2. La supresión del despacho judicial o del cargo”.

En efecto, más allá de que no se pueda determinar de antemano cuál será la duración de los respectivos procesos de justicia y paz, es claro que se trata de una competencia judicial transitoria, dirigida específicamente a permitir la reincorporación de los grupos armados al margen de la ley, conforme a los procedimientos regulados en la Ley 975 de 2005; cumplido ese propósito, la respectiva función desaparecerá, dando lugar, por consecuencia, al retiro definitivo de la rama judicial de los magistrados de tribunal nombrados con base en ella, sin que pueda alegarse por éstos un derecho especial a mantener la vinculación o a ser reubicado en otro cargo.

En ese sentido debe recordarse que la vigencia de la Ley 975 de 2005 está determinada por el hecho de que solamente se aplica a “hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia” (Art.72⁷⁹²), lo que significa que no se creó una competencia judicial permanente, sino, como se dijo, eminentemente transitoria, aspecto que repercute a su vez en la permanencia de los magistrados designados para cumplir los propósitos de la ley.

8. En síntesis, aparte de los aspectos que se han señalado, no se observa que la ley haya establecido diferencias especiales entre los nuevos magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial encargados de la implementación de la Ley 975 de 2005 y los demás integrantes de esa Corporación Judicial, por lo que, simplemente, deberá aplicarse a unos y otros el régimen legal propio de dichos cargos.

Con base en lo anterior, la Sala responde,

“1. ¿Al no encontrarse expresamente los Magistrados de Justicia y Paz dentro de ninguna de las clasificaciones del empleo del artículo 130 de la ley 270 de 1996, cómo deben considerarse clasificados estos servidores?”

“2. Definida la clasificación de los Magistrados de Justicia y Paz, cuáles serían los requisitos de estabilidad y remoción de los mismos?”

Respuesta. Los “Magistrados de Justicia y Paz” deben considerarse Magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial en propiedad, sujetos a las mismas condiciones funcionariales previstas para éstos, salvo en lo relativo a su forma de designación, al carácter transitorio de la competencia asignada (que determina el tiempo máximo de vinculación al cargo) y al hecho de que no forman parte de la carrera judicial.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

792 El texto completo del artículo es el siguiente: “Artículo 72. Vigencia y derogatorias. La presente ley deroga todas las disposiciones que le resulten contrarias. Se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia y rige a partir de la fecha de su promulgación.” (se destaca).

18. Prima de servicios de funcionarios administrativos de la educación trasladados de la Nación al Departamento del Quindío**Radicado 2012**

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 2010/07/22

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 2010EE55349 del 5 de agosto de 2010

A petición del Gobernador del Departamento del Quindío, el Ministerio de Educación Nacional formula el siguiente interrogante:

“¿Es viable que aquellos funcionarios que fueron entregados por la Nación al Departamento del Quindío e incorporados por éste de acuerdo al Decreto Departamental 333 de 1996, continúen con el reconocimiento y pago de los beneficios salariales y prestacionales que venían devengando al momento de ser incorporados en la Planta Central del Departamento?”

Como antecedentes de la Consulta, se señalan los siguientes:

1. En virtud de la Ley 60 de 1993, el personal administrativo del servicio educativo que pertenecía a la Nación, fue trasladado al Departamento del Quindío, el cual hizo su incorporación mediante Decreto Departamental 333 de 1996, previa certificación del Ministerio de Educación Nacional.
2. El artículo 4 del referido Decreto Departamento 333 de 1996, estableció expresamente que la incorporación del personal administrativo al Departamento no implicaba solución de continuidad para ningún efecto legal “ni desmejoramiento en las condiciones laborales y salariales de los funcionarios”.
3. Al referido personal administrativo de la educación que pasó de la Nación al Departamento del Quindío, se le siguió aplicando el régimen propio de los empleados públicos del orden nacional, entre otros aspectos, en el reconocimiento y pago de la prima de servicios prevista expresamente como factor salarial en el Decreto 1042 de 1978. Por su parte, señala la consulta, los demás empleados públicos del departamento recibían una prima de servicios creada por el Decreto Departamental 424 de 1977.
4. En el año 2007, para corregir la desigualdad que se presentaba entre los empleados administrativos de la educación que habían sido trasladados de la Nación al Departamento y los restantes empleados de la entidad territorial, se hizo la respectiva homologación salarial (Decretos Departamentales 212 y 213), previa aprobación del Ministerio de Educación Nacional. Para tal efecto se tuvo en cuenta que unos y otros empleados gozaban en cada uno de los regímenes que se les aplicaba, de una prima de servicios.
5. Mediante Ordenanza 0014 de 2008, la Asamblea Departamental del Quindío derogó el Decreto Departamental 424 de 1977, que creaba la prima de servicios para los empleados del departamento; en dicha ordenanza se estableció que la misma se hacía extensible “a todos los servidores y funcionarios administrativos del sector educativo cancelados con recursos del Sistema General de Participaciones”.

6. En desarrollo de esta última ordenanza, el Departamento suspendió el pago de la prima de servicios a todos los servidores del Departamento, incluidos aquéllos funcionarios administrativos de la educación que pasaron de la Nación al Departamento en el año 1996.
7. En virtud de lo anterior, estos últimos funcionarios han manifestado su inconformidad con la situación presentada, argumentando que no se les puede suspender la prima de servicios, en la medida que ésta se les venía reconociendo con base en el Decreto 1042 de 1978 y no con fundamento en la norma departamental que la establecía para los empleados de la entidad territorial; y que, por ello, la derogatoria de esta última no puede tener ninguna incidencia en su régimen salarial.

CONSIDERACIONES

1. Consideraciones previas

1.1. A pesar de la generalidad de la pregunta formulada por la entidad consultante, la Sala observa que los antecedentes expuestos sólo guardan relación con *la prima de servicios* de los empleados administrativos de la educación incorporados al Departamento del Quindío en virtud de la Ley 60 de 1993, respecto de lo cual se han expedido actos administrativos específicos que han dado lugar al problema que se consulta.

Por tanto, la Sala restringirá su estudio a ese factor salarial en particular, entendiendo entonces que la pregunta se formula en el siguiente sentido:

“¿Es viable que aquellos funcionarios que fueron entregados por la Nación al Departamento del Quindío e incorporados por éste de acuerdo al Decreto Departamental 33 de 1996, continúen con el reconocimiento y **pago de la prima de servicios** que venían devengando al momento de ser incorporados en la Planta Central del Departamento?”

1.2 De otro lado, la Sala restringirá su concepto al caso particular del Departamento del Quindío conforme a los antecedentes expuestos en la consulta, dado que los momentos y procedimientos de la descentralización de la educación se pudieron dar de manera diferente en otras entidades territoriales, lo que impide establecer reglas generales aplicables a todas ellas sin tener en cuenta sus particularidades.

2. Régimen salarial y prestacional del personal administrativo de la educación trasladado de la Nación al Departamento del Quindío

Como se ha señalado en diversas oportunidades, con la Ley 60 de 1993 se dio comienzo a la reversión del proceso de nacionalización de la educación que se había dado a finales de los años 70. Así, el literal A del numeral 5 del artículo 3 de la ley señaló que los Departamentos asumirían las siguientes funciones⁷⁹³:

⁷⁹³ Con la Ley 715 de 2001, se da una segunda etapa en la descentralización de la educación, al permitirse que los Departamentos trasladen a su vez la prestación del servicio educativo a los municipios que cumplan determinadas condiciones. No obstante, dado que la Consulta no hace referencia a esta hipótesis sino, exclusivamente, a los funcionarios del servicio administrativo de la educación que en virtud de la Ley 60 de 1993 se encuentran incorporados actualmente al departamento, la Sala no se detendrá en esa segunda fase de la descentralización educativa.

“A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:
Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primarios y secundarios y media.

Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.

Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.

Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.

Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.

Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.

Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.

Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley”. (Resalta la Sala)

De acuerdo con lo anterior, los Departamentos debieron incorporar a sus plantas el personal administrativo de la educación⁷⁹⁴.

Ahora bien, según el artículo transcrito, la administración del personal docente y administrativo por parte de los Departamentos debía hacerse de conformidad con el artículo 6 de la misma Ley 60 de 1993 que dispone:

“Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

794 Lo anterior, en concordancia con el numeral 5 del Artículo 14 que establecía las condiciones para la administración de los recursos del situado fiscal por parte de los departamentos y distritos: “5.- La realización, con la asistencia del ministerio respectivo, de los siguientes ajustes institucionales: a. En educación: - Definir la dependencia departamental o distrital que asumirá la dirección de la educación, y demás funciones y responsabilidades asignadas por la ley; - Incorporar a la estructura administrativa departamental o distrital los Centros Experimentales Piloto, los Fondos Educativos Regionales y las Oficinas de Escalafón; - Incorporar los establecimientos educativos que entrega la nación a la administración departamental o distrital; - Determinar la estructura y administración de la planta de personal de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de esta Ley.”

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adiciones. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992 (...).

Parágrafo 2º.- La Nación, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional, establecerá y llevará el registro único nacional de todos los docentes vinculados a los servicios educativos estatales. Este registro se organizará con el fin de tener un sistema integrado de información que, entre otros, permita gestionar los traslados de docentes entre entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1992. El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en este parágrafo.” (se resalta).

Posteriormente, en los artículos 173 a 175 de la Ley 115 de 1994, por la cual se expide la Ley General de la Educación, se señaló lo siguiente en relación con la financiación de la educación y el régimen salarial y prestacional del personal docente:

“Artículo 173.- Financiación de la educación estatal. La educación estatal se financia con los recursos del situado fiscal, con los demás recursos públicos nacionales dispuestos en la ley, más el aporte de los departamentos, los distritos y los municipios, según lo dispuesto en la Ley 60 de 1993.

Artículo 174.- Naturaleza de los recursos financieros. Los recursos financieros que se destinen a la educación se consideran gasto público social.

*Artículo 175.- Pago de salarios y prestaciones de la educación estatal. **Con los recursos del situado fiscal y demás que se determine por ley se cubrirá el gasto del servicio educativo estatal**, garantizando el pago de salarios y prestaciones sociales y del personal docente, directivo docente y administrativo de la educación estatal en sus niveles de educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media. Estos recursos aumentarán anualmente de manera que permitan atender adecuadamente este servicio educativo.*

*Parágrafo.- **El régimen salarial de los educadores** de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regirá por el Decreto Ley 2277 de 1.979, la Ley 4 de 1992 y demás normas que lo modifiquen y adiciones.*

Artículo 176.- Afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Los docentes que laboran en los establecimientos públicos educativos oficiales en los niveles de preescolar, de educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media, podrán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.” (resalta la sala)

Cabe señalar además, que el proceso de descentralización de la educación no fue un proceso autónomo de cada ente territorial, sino que contó con el acompañamiento y supervisión del Ministerio de Educación Nacional⁷⁹⁵, el cual debía certificar a cada Departamento en el cumplimiento de los requisitos necesarios para recibir el servicio educativo; es así que, entre otros muchos documentos, el Departamento debía preparar un informe detallado, en el que se explicara y cuantificara todo lo relacionado con la incorporación de los funcionarios administrativos de la educación. Disponía el Decreto 2866 de 1994:

“Sección Séptima

Estructura y Administración de la Planta de Personal

Artículo 17º.- Los departamentos y distritos determinarán la estructura de la planta de personal docente, directivo-docente y administrativo, distribuida por municipios, que será administrada por la dependencia administrativa departamental o distrital que hayan definido en los términos del artículo 12 de este Decreto.

Según lo dispone el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, los departamentos y distritos determinarán la estructura de las plantas de personal docente directivo-docente y administrativo de cada departamento o distrito, se adelantará de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Para la planta de personal con cargo al situado fiscal:

a. Se identificará y cuantificará el personal docente, directivo-docente y administrativo que preste sus servicios en cada municipio, distribuido por establecimiento educativo y discriminado según su tipo de vinculación.

b. Se confrontará la información del literal a. con las nóminas pagadas por el respectivo Fondo Educativo Regional, para lo cual éste debe proporcionar en forma inventariada y precisa, los datos que le soliciten los departamentos y distritos (...)

Artículo 18º.- *Para acreditar el requisito a que se refiere el artículo 17 de este Decreto, los departamentos y distritos deben presentar al Ministerio de Educación Nacional un propuesta integral de distribución por municipio de la planta de personal docente, directivo-docente y administrativo con cargo a los recursos del situado fiscal y a los recursos propios, con su respectivo soporte.*

Esta propuesta deberá especificar (...):

795 Decreto 2886 de 1994. “Artículo 23- Compete al Ministerio de Educación Nacional certificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Ley 60 de 1993 para que los departamentos y distritos asuman la administración directa de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos. Para ese efecto, los gobernadores y alcaldes distritales deberán acreditar ante el Ministerio de Educación Nacional que han satisfecho las formalidades dispuestas en el Capítulo II de este Decreto, de acuerdo con el procedimiento que se establece en los artículos siguientes.”; y “Artículo 33- El Ministerio de Educación Nacional prestará asesoría y apoyo a los departamentos, distritos y municipios a que se refiere este Decreto, durante todo el proceso de certificación.”

*c. El costo de sueldos, prestaciones sociales y demás conceptos remunerativos laborales, según fuente de financiación.*⁷⁹⁶

Ahora bien, en diversos fallos, el Consejo de Estado ha señalado que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, así como los decretos reglamentarios expedidos en desarrollo de éstas⁷⁹⁷, solamente se refirieron al régimen de los docentes, sin establecer de manera expresa la forma en que, desde el punto de vista salarial y prestacional, se debía incorporar el personal administrativo de la educación a los Departamentos:

“El proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria dispuesto por la Ley 43 de 1975, que fue gradual, va del 1º de enero de 1976 al 31 de diciembre de 1980. Finalizado éste, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleado público del orden nacional.

La diferencia que hicieron las normas entre personal nacional y nacionalizado y que se mantuvo hasta el 29 de diciembre de 1989, fecha en que entró en vigencia la Ley 91 del mismo año, tenía como finalidades, de una parte, hacer distinción entre el régimen prestacional aplicable a cada uno de ellos y, de otra, poder determinar qué entidad (nacional o territorial) debía asumir el pago de la carga prestacional.

La vinculación de docentes y administrativos por parte de los Departamentos, Distritos o Municipios debe hacerse con el lleno de los requisitos establecidos en el Estatuto Docente y la carrera administrativa.

*El régimen prestacional y salarial aplicable **al personal docente** es el contemplado en La Ley 91 de 1989, antes y con posterioridad a la expedición de la ley 60 de 1993; esta última mantuvo las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales*

796 En concordancia, el Decreto 1045 de 1995 por el cual se establecen los criterios y reglas generales para la organización de las plantas del personal docente, directivo docente y administrativo del servicio público estatal por parte de los departamentos y distritos: “Artículo 3º.- Reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo. Los departamentos y distritos determinarán la estructura de su planta de personal docente; directivo-docente y administrativo, distribuida por municipio, a través de un proceso que se adelantará atendiendo las reglas fijadas en el artículo 17 del Decreto 2886 de 1994 y las instrucciones que al respecto indique el Ministerio de Educación Nacional (...)

Artículo 4º.- Trámite del proyecto de planta de personal ante el Ministerio de Educación Nacional. El proyecto de organización de planta de personal docente, directivo docente y administrativo, será presentado por el gobernador o alcalde distrital a la Secretaría Técnica del Ministerio de Educación Nacional, atendiendo las especificaciones establecidas en el artículo 18 del Decreto 2886 de 1994 y con la indicación de la fecha de corte de la información a que se refiere el artículo 3 de este Decreto.

La Secretaría Técnica, dentro del término de treinta (30) días contados a partir de la radicación del proyecto, estudiará la documentación aportada y emitirá el concepto de viabilidad técnica y financiera correspondiente, para que el gobernador o alcalde distrital pueda proceder a crear la respectiva planta de personal. El concepto de viabilidad tendrá una validez de noventa (90) días.”

797 Entre otros, Decretos 2776 de 1993; 2886 de 1994 (modificado parcialmente por el Decreto 1060 de 1995); y 1140 de 1995. El Decreto 2886 de 1994 señalaba genéricamente que para certificar a las entidades territoriales, éstas debían tener, entre otros: “Artículo 1 (...) 5. Definición de la dependencia administrativa departamental o distrital que asumirá la dirección de la educación y demás funciones y responsabilidades asignadas por la ley, e incorporación, a dicha dependencia, del Fondo Educativo Regional - FER-, del Centro Experimental Piloto - CEP- y de la Oficina de Escalafón (...) 7. Determinación de la estructura y administración de la planta de personal de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 60 de 1993”. El numeral 5 anterior fue modificado así, por el Artículo 1º del Decreto 1060 de 1995: “5. Definición y realización de los ajustes institucionales a la dependencia departamental o Distrital que asumirá la dirección de la educación y demás funciones y responsabilidades asignadas por la ley e incorporación, a dicha dependencia, del Fondo Educativo Regional- FER, del Centro Experimental Piloto - CEP y de la Oficina de Escalafón.”.

Ni la Ley 60 de 1993 ni la 115 de 1994, señalaron en qué condiciones salariales debían asumir los departamentos las nuevas competencias de administración y manejo de los empleados administrativos que se encontraban al servicio de los planteles nacionales y de los FER, CEP y CASD, como si lo hizo con los docentes al servicio de tales organismos.⁷⁹⁸

En esa medida, en los actos de incorporación de las plantas de personal administrativo de la educación, las entidades territoriales terminaron definiendo con cierta amplitud, la forma en que aquélla se hacía en su respectiva jurisdicción. En el caso del Departamento del Quindío, la Ordenanza 0333 del 22 de abril de 1996⁷⁹⁹ dispuso lo siguiente:

“ARTICULO SEGUNDO. A los funcionarios del FONDO EDUCATIVO REGIONAL, CENTRO EXPERIMENTAL PILOTO, OFICINA DE ESCALAFON que ingresan al Departamento a la Planta de Cargos de la Secretaría Departamental de Educación, como resultado del proceso de adopción de la descentralización, se les respetará y aplicarán las normas de la carrera administrativa del sector educación, mientras estén vinculados sin solución de continuidad a la misma.

ARTICULIO TERCERO. A las personas que se vinculen con solución de continuidad a la Secretaría Departamental de Educación, se les aplicará desde un comienzo la carrera administrativa que rige para el Departamento y todas las normas correspondientes.

ARTICULO CUARTO. Las incorporaciones efectuadas en el presente decreto no implican solución de continuidad en el servicio para ningún efecto legal. En ningún caso la incorporación podrá implicar el desmejoramiento en las condiciones laborales y salariales de los funcionarios que ocupan empleos de la planta anterior, tanto en el Departamento, como en el Fondo Educativo Regional, el Centro Experimental Piloto y la Oficina de Escalafón”.

Según se indica en la consulta, con base en esta ordenanza se entendió que los funcionarios administrativos de la Educación provenientes de la Nación conservaban el mismo régimen salarial que traían antes de la incorporación, esto es, el propio de los empleados del orden nacional (Decreto 1042 de 1978). Por tanto, no se les aplicó la normatividad propia de los empleados departamentales.

El Consejo de Estado avaló ese entendimiento en diversas oportunidades, en las que incluso fue parte el propio Departamento del Quindío, quien en su defensa sostuvo con éxito que los funcionarios administrativos de la educación provenientes de la Nación, no tienen derecho a la aplicación del régimen salarial de los empleados departamentales, en tanto que mantienen para ellos el régimen propio de los empleados públicos del orden nacional⁸⁰⁰.

798 Sentencia de 22 de junio de 2006, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, exp. 7639; igualmente, Sentencia del 28 de abril de 2005, M.P. Ana Margarita Olaya, exp. 1998-0280; así mismo, Sentencia del 22 de junio de 2000, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, expediente 2630-99.

799 Por medio de la cual se incorpora un personal a la nueva planta de cargos de la Secretaría Departamental de Educación.

800 Cabe decir también que en otro fallo, el Consejo de Estado consideró lo contrario, es decir que la incorporación de estos funcionarios administrativos provenientes de la Nación si implicaba su “departamentalización”, y, por ende, la aplicación del régimen salarial y prestacional de los Departamentos y Distritos, no ya la de los empleados del orden nacional (Sentencia del 4 de septiembre de 2003, Sección Segunda del Consejo de Estado, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, Ex.1998-190). Por tanto, a pesar de ser un fallo aislado, es posible también que en otras entidades territoriales la incorporación del personal administrativo de la educación hubiera conllevado directamente la aplicación del régimen salarial propio de los demás empleados departamentales o distritales. Por ejemplo, en el caso de Bogotá, el Acuerdo 7 de 1996 dispuso para la incorporación del personal administrativo de la educación lo siguiente: “Artículo 4º.- El régimen de remuneración y las escalas salariales para el personal administrativo serán los mismos que se apliquen para la Administración

Así, en la Sentencia del 13 de abril de 2000, siendo demandado el Departamento del Quindío⁸⁰¹, el Consejo de Estado señaló lo siguiente, al tiempo que negaba la solicitud de una funcionaria del servicio administrativo de la educación para que su salario fuera igualado con el que devengaban otros servidores que cumplían la misma función en esa entidad territorial:

“En este orden de ideas, al establecerse la planta de personal del servicio educativo estatal en las entidades territoriales, el régimen salarial y prestacional aplicable para el personal administrativo nacional y nacionalizado que se incorpore, es el señalado para los servidores públicos del orden nacional y el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos del orden nacional, se encuentra contemplado en los decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78, respectivamente.”

Luego, en Sentencia del 22 de junio de 2000⁸⁰², también obrando como demandado el Departamento de Quindío, se indicó:

“Ni la Ley 60 de 1993 ni la 115 de 1994, señalaron en qué condiciones salariales debían asumir los departamentos las nuevas competencias de administración y manejo de los empleados administrativos que se encontraban al servicio de los planteles nacionales y de los FER, CEP y CASD, como si lo hizo con los docentes al servicio de tales organismos. No obstante la anterior omisión legislativa, estima la Sala que dichos funcionarios administrativos deben ser asumidos en las mismas condiciones salariales y prestacionales que tenían al momento de la asunción de competencias, por parte de los entes territoriales. El anterior razonamiento resulta palmario, pues el régimen prestacional y salarial que los gobernaba no podía de ninguna manera verse menguado, por pasar el manejo de la educación a un ente diferente al de la nación, so pena de infringir los objetivos y criterios mínimos señalados en la Ley 4ª de 1992.”

Estas consideraciones aparecen reiteradas textualmente en Sentencias posteriores del 28 de abril de 2005 y del 22 de junio de 2006, obrando como partes demandadas los Departamentos de Antioquia y de Sucre, respectivamente⁸⁰³. Y, de manera más reciente, en Sentencia del 21 de agosto de 2008⁸⁰⁴, el Consejo de Estado volvió a indicar en un caso en que era demandado el Departamento del Casanare, que no se violaron los derechos de los funcionarios administrativos de la educación trasladados de la Nación al Departamento,

Central Distrital, conservando los derechos de carrera administrativa. Artículo 5º.- Incorporar sin solución de continuidad y conservado los derechos adquiridos a la Planta de Personal de la Secretaría de Educación del Distrito Capital, los funcionarios que vienen desempeñando los cargos docentes, directivo docente y administrativo, nacionales y nacionalizados, de los establecimientos educativos, Fondo Educativo Regional, Oficina Seccional de Escalafón y Centro Experimental Piloto de Santa Fe de Bogotá. Parágrafo 1º.- En ningún caso la incorporación de la que trata este artículo podrá implicar desmejoramiento en las condiciones laborales, salariales y prestaciones de los funcionarios.”

801 Según el resumen que se hace en la Sentencia, la defensa del Departamento del Quindío se fundamentó en que “la incorporación a la nueva planta de cargos de la Secretaría Departamental de Educación se hizo con el régimen prestacional aplicable a los empleados públicos del orden nacional, previsto en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, por ser sus salarios y prestaciones sociales cubiertas con los fondos del situado fiscal”.

802 M.P. Ana Margarita Olaya Forero, expediente 2630-99.

803 En ambas sentencias se dice nuevamente: “No obstante la anterior omisión legislativa, estima la Sala que dichos funcionarios administrativos deben ser asumidos en las mismas condiciones salariales y prestacionales que tenían al momento de la asunción de competencias, por parte de los entes territoriales. El anterior razonamiento resulta palmario, pues el régimen prestacional y salarial que los gobernaba no podía de ninguna manera verse menguado, por pasar el manejo de la educación a un ente diferente al de la nación, so pena de infringir los objetivos y criterios mínimos señalados en la Ley 4ª de 1992.”

804 Que a su vez reitera la Sentencia de marzo 6 de 2008, expediente 3597-05, M.P. Jesús María Lemus Ballesteros.

cuando se dispuso mantener para ellos el régimen salarial y prestacional que traían como empleados del orden nacional:

“En el presente asunto, no se discute que la incorporación haya desmejorado salarialmente al actor de manera individual, pues le conservó el régimen que traía de la Nación, tal como lo consagran la Ordenanza 115 de 1997 expedida por la Asamblea Departamental en su artículo 15 [par. 3] cuando dice que “los funcionarios a cargo del Situado Fiscal conservan su nivel salarial, prestacional y aumentos de acuerdo al nivel nacional”. Garantía que reitera el Gobernador del Departamento en los artículos 2 de los Decretos 573 y 575 de 1997, cuando disponen que “La planta de personal incorporada en el presente decreto se pagará con cargo a los recursos del Situado Fiscal cedido al Departamento, el régimen salarial y prestacional será el dispuesto para los empleados públicos del nivel nacional y los aumentos salariales se realizarán de acuerdo con lo autorizado para los mismos.”, y que “La presente incorporación conlleva el respeto de los derechos adquiridos, por lo mismo, los salarios y prestaciones de los Directivos Docentes, Docentes y Administrativos se regirán de acuerdo con las normas establecidas para el Situado Fiscal” (...)

*En ese orden, es imperioso para la Sala determinar que los actos acusados, incluido el Oficio de 30 de julio de 2003 expedido por el Gobernador de Casanare, **se ajustaron a derecho pues no desmejoraron las condiciones salariales y prestacionales que el actor traía como empleado de la Nación al momento de ser incorporado a la nueva planta de personal del Departamento**, protegiéndole de esta manera los derechos adquiridos de los servidores públicos, tal como lo ordena el artículo 58 de la Constitución Política y el artículo 2 [a] de la Ley 4 de 1992”. (resalta la sala)*

Precisamente, esta Sala de Consulta había conceptualizado en ese mismo sentido en el año 1995⁸⁰⁵, cuándo al preguntársele cuál debía ser el régimen salarial y prestacional aplicable al personal administrativo de la educación que se incorporaba a los Departamentos en virtud de la Ley 60 de 1993, contestó expresamente:

“Al establecerse la planta de personal del servicio educativo estatal en las entidades territoriales, el régimen salarial y prestacional aplicable para el personal administrativo, nacional y nacionalizado que se incorpore, es el señalado para los servidores públicos del orden nacional y los reajustes salariales los definidos en la ley 4a. de 1992.”

Así entonces, lo dicho hasta ahora trae dos consecuencias en punto al asunto consultado: (i) la imposibilidad de que a través de normas departamentales se modifiquen los factores salariales de ese grupo particular de servidores, en tanto que ellos se encuentran contenidos en normas de carácter nacional⁸⁰⁶; y (ii) que, en el caso particular de la prima de servicios, la modificación o derogatoria de la norma territorial que permitía su pago a la generalidad de servidores del Departamento, no afecta la situación de

805 Concepto 760 de 1995, M.P. Roberto Suárez Franco.

806 Ver por ejemplo Sentencia del 14 de abril de 2005, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, exp. 2001-04805. En esta sentencia se estudiaba el caso de un funcionario administrativo de la educación trasladado de la Nación al Distrito Capital de Bogotá, en virtud de la Ley 60 de 1993. El Distrito negó el reconocimiento de una prima técnica (también factor salarial) causada antes de la incorporación del funcionario al ente territorial. El Consejo de Estado anuló la decisión negativa, aclarando que “las Corporaciones y autoridades administrativas territoriales no tienen competencia para regular esta materia respecto de este personal estatal por estar sometido a un régimen salarial especial”. (se subraya). También sobre reconocimiento de prima técnica con base en normas nacionales para los funcionarios administrativos de la educación trasladados de la Nación al Departamento, pueden verse las Sentencias del 28 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Moreno García, exp. 2001-04215 y del 1 de noviembre de 2007, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, Exp. 2001-3237.

aquéllos funcionarios administrativos de la educación a los que se les cancelaba dicho factor salarial⁸⁰⁷ con base en el régimen propio de los empleados del orden nacional.

Como se observa, el fundamento para la conservación del régimen propio de los empleados nacionales a los servidores administrativos de la educación que fueron trasladados de la Nación al Departamento, ha sido, esencialmente, lo dispuesto en la Ley 4 de 1992 -con base en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política-, sobre protección de los derechos adquiridos y no desmejora de las condiciones salariales y prestacionales de los servidores públicos:

“Artículo 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales (...).”

3. El caso consultado

El caso consultado presenta, además de expuesto, los siguientes elementos particulares:

- Mediante Decreto Departamental 424 de 1977, se creó para los funcionarios del Departamento del Quindío una prima de servicios, que en esencia se pagaba en las mismas condiciones establecidas para los empleados del orden nacional⁸⁰⁸.
- La Ordenanza 0014 de 2008 de la Asamblea Departamental del Quindío deroga expresamente el referido Decreto Departamental y en su artículo Segundo establece además:

*“ARTICULO SEGUNDO. La aplicación de la presente Ordenanza se hace extensiva a todos los servidores y funcionarios públicos del nivel central de la administración departamental, **incluyendo los funcionarios administrativos del sector educativo cancelados con recursos del S.G.P. (...)***

Esta última expresión genera la inquietud de si quedan incluidos en ella los funcionarios administrativos de la educación que pasaron de la Nación al Departamento en virtud de la Ley 60 de 1993.

Según se ha expuesto, el pago de la prima de servicios de dichos servidores se ha hecho, desde su incorporación al Departamento en 1996, con base en el Decreto 1042 de 1978, “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales **del orden nacional**, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones” y no con fundamento en el Decreto Departamental 424 de 1977 antes citado.

Lo anterior, como se dijo, con base en la consideración, ya aceptada por la jurisprudencia, de que ese personal administrativo de la educación recibido de la Nación, conservó

807 “Decreto Artículo 42º.- *De otros factores de salario.* Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario: (...) f) La prima de servicio.” Sobre el carácter salarial de la prima de servicios puede verse entre otras, la Sentencia del 23 de octubre de 2008, M..P. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 07030-07.

808 Equivalente a quince (15) días de salario.

en el Departamento del Quindío, el estatuto salarial que traía cuando su vinculación era del orden nacional.

Es así que, según se indica en la consulta, cuando en el Departamento del Quindío se produjo el proceso de homologación de los funcionarios administrativos de la educación (Decretos Departamentales 212 y 213 de 2007)⁸⁰⁹, el cual también contó con el acompañamiento y aprobación del Ministerio de Educación Nacional⁸¹⁰, se tuvo en cuenta el valor de la prima de servicios que se les reconocía a dichas personas con base en el Decreto 1042 de 1978.

Esa situación particular trae entonces como consecuencia, según ya se advertía, que la derogatoria de la norma que consagraba la prima de servicios para los servidores departamentales (Decreto 424 de 1977), no pueda tener ningún efecto frente al grupo de personas que reciben dicho factor salarial con base, directamente, en el Decreto 1042 de 1978.

En ese sentido, la Sala entiende que el artículo 2 de la Ordenanza 14 de 2008, se referiría solamente a las personas vinculadas con posterioridad al proceso de descentralización educativa como empleados departamentales al servicio administrativo de la educación, a los cuales se les haya aplicado ya la normatividad territorial en materia de salarios y no así la que regula a los empleados del orden nacional.

Aclara la Sala en todo caso, que se trata de una situación especial y temporal que deberá desaparecer paulatinamente a medida que las personas que forman parte de ese grupo especial de funcionarios vayan retirándose del servicio administrativo de la educación y a éste queden vinculados solamente los nuevos servidores sujetos ya al régimen departamental o municipal que corresponda.

Igualmente cabe advertir que las anteriores conclusiones cobijan solamente a ese grupo particular de servidores que mantuvieron el régimen salarial propio de los empleados nacionales y no así a la generalidad de empleados departamentales, a quienes, a juicio de la Sala no les es aplicable el Decreto 1042 de 1978, tal como se estudió en el Concepto 1956 de 2009⁸¹¹.

De acuerdo con lo anterior, la Sala RESPONDE:

“¿Es viable que aquellos funcionarios que fueron entregados por la Nación al Departamento del Quindío e incorporados por éste de acuerdo al Decreto Departamental 33 de 1996, continúen con el reconocimiento y pago de la prima de servicios que venían devengando al momento de ser incorporados en la Planta Central del Departamento?”

Respuesta: Sí. Aquellos funcionarios administrativos de la educación que fueron entregados por la Nación al Departamento del Quindío e incorporados por éste de acuerdo al Decreto Departamental 333 de 1996, conservan el derecho a que se les reconozca y pa-

809 Sobre la necesidad de la homologación ver Concepto 1607 de 2004, M.P. Flavio Augusto Rodríguez. Igualmente Sentencia del 6 de diciembre de 2007, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Exp. 2203-01183.

810 Al respecto el Ministerio de Educación Nacional expidió la Directiva 10 de 2005 y adoptó la Guía para la homologación de cargos administrativos en las entidades territoriales de abril 2006. En ellas se indicaba la forma de homologar de acuerdo con el Decreto 1569 de 1998 (reglamentario de la Ley 443 de 1998) y, posteriormente, con el Decreto 785 de 2005 (reglamentario de la Ley 909 de 2004).

811 M.P. Luis Fernando Álvarez: “El decreto ley 1042 de 1978 se encuentra vigente, pero en cuanto sólo contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, su regulación sobre este respecto no puede hacerse extensiva a los servidores públicos del orden territorial.”

que la prima de servicios que venían devengando con base en el Decreto 1042 de 1978, al momento de ser incorporados en la Planta Central del Departamento.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

19. Parlamento Andino. Régimen de los Parlamentarios Andinos. Mecanismos para el reconocimiento y el pago de los emolumentos de los Parlamentarios Andinos Colombianos

Radicado 2015

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2010/07/08

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 23671 de 22 de julio de 2010

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Fabio Valencia Cossio, atendiendo la solicitud del Director General Administrativo del Senado de la República, doctor Omar Enrique Velásquez Rodríguez, consulta a esta Sala sobre la remuneración, las prestaciones sociales, el régimen de salud y de pensión, el personal de apoyo, y las inhabilidades e incompatibilidades de los Parlamentarios Andinos, formulando las siguientes preguntas:

“1. Cuál es el mecanismo de pago de los salarios, primas, prestaciones sociales y aportes pensionales de los Parlamentarios Andinos, el título que los sustenta, y los emolumentos y personal de apoyo a que tienen derecho, con el fin de poder realizar las gestiones conducentes a articular esta obligación y estar preparados para el día en que se deba empezar a cumplir.

“2. ¿Qué deberes, derechos, incompatibilidades e inhabilidades tiene un Parlamentario Andino? ¿Son los mismos de un Senador de la República de Colombia?

“3. ¿Cuál es el régimen salarial, prestacional y pensional de un Parlamentario Andino? ¿A qué entidad deben estar afiliados en salud y pensiones?”

La consulta enuncia los antecedentes del Parlamento Andino, en el marco de los Acuerdos de Bogotá (1966) y de Cartagena (1969), que estructuraron el comúnmente denominado “Pacto Andino”, como instrumento para la integración económica de los Estados Miembros, y particularmente en el “Tratado Constitutivo del Parlamento Andino” (1979), que lo creó.

También cita la consulta el Preámbulo y los artículos 9, 15 numeral 16, 226 y 227 de la Constitución Política, la ley 1157 de 2007 que desarrolló el artículo 227 constitucional, y la sentencia C-502 del 2007, para reseñar los fundamentos constitucionales de la aplicación en Colombia de las disposiciones sobre el Parlamento Andino y el proceso para la elección directa de los representantes de Colombia ante dicho Organismo.

Para responder la Sala CONSIDERA:

En aplicación de la ley 1157 de 2007⁸¹² el 14 de marzo de 2010 se llevó a cabo la primera elección por sufragio universal y directo, de los cinco representantes de Colombia en el Parlamento Andino. Por ello surge la necesidad de clarificar el régimen salarial y prestacional de los elegidos, los mecanismos de pago, sus inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones, y lo referente al personal de apoyo.

Si bien la consulta se refiere a los Parlamentarios Andinos en general, los temas consultados atañen a los representantes colombianos en el Parlamento Andino y así lo asume la Sala.

Para establecer el régimen de los representantes de Colombia ante el Parlamento Andino y las posibilidades de reconocimiento y pago de los emolumentos que les correspondan por el ejercicio de las funciones asumidas y teniendo en cuenta que Colombia no ha ratificado todos los instrumentos que ha suscrito en torno al Parlamento Andino, se hará una síntesis general de ellos junto con la normatividad interna, y se analizará el concepto emitido por esta Sala en 1998 acerca del vínculo laboral de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente con el Estado.

1. El Parlamento Andino en la normatividad Andina y en la legislación colombiana

En mayo de 1969, Colombia firmó el Acuerdo de Integración Subregional Andino o “Acuerdo de Cartagena”, que tuvo como objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica y facilitar su participación en otros procesos de integración. Colombia ratificó el Acuerdo mediante la ley 8ª de 1973.⁸¹³

En 1979, los Estados Miembros del Pacto Andino suscribieron el “*Tratado Constitutivo del Parlamento Andino*”, ratificado por Colombia mediante la ley 47 de 1983⁸¹⁴. La creación de esa institución fue sustentada, entre otras razones, porque “... la incorporación de los cuerpos legislativos nacionales a la obra de integración regional, iniciada al fundarse el Parlamento Latinoamericano, requiere de la existencia de órganos comunitarios, representativos y vinculatorios de dichos cuerpos”.

Así, definieron el Parlamento Andino “*como órgano deliberante común del proceso de integración subregional*”, regido en su composición, organización, propósitos y funciones, por el mismo Tratado Constitutivo (Art. 1º); y le fue reconocida personalidad jurídica internacional y capacidad para ejercerla (Art. 10).

Para su composición, el Tratado previó “*representantes de los pueblos de cada una de las Partes Contratantes, elegidos por sufragio universal y directo*” una vez se adoptara el *Protocolo Adicional* con los criterios de representación nacional que acordaran las

812 Ley 1157 de 2007 (septiembre 20), “Por la cual se desarrolla el artículo 227 de la Constitución Política, con relación a la elección directa de parlamentarios andinos”. D. O. No. 46.757 (septiembre 20/07).

813 Ley 8 de 1973 (abril 14) “Por la cual se aprueba un convenio internacional y se determinan las modalidades de su aplicación”. Artículo 1o. “Apruébase el Acuerdo Subregional Andino, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969, por los Plenipotenciarios de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, cuyo texto es el siguiente...”.

814 Ley 47 de 1983, (diciembre 19), “Por medio de la cual se aprueba el ‘Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, firmado en la Paz el 25 de octubre de 1979’. D. O. No. 36421 (Dic. 27/83)

Partes (Art. 2º). Entre tanto, se constituiría por cinco representantes elegidos por los respectivos órganos legislativos de las Partes Contratantes, de entre sus integrantes, y según el procedimiento que cada órgano legislativo adoptara (Art. 3º); se establecieron los suplentes, primero y segundo, por cada representante, para su reemplazo en caso de ausencia temporal o definitiva, elegibles de la misma manera que los principales (Art. 7º). Como disposición transitoria, el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino ordenó que el Protocolo Adicional para las elecciones directas de los representantes, sólo fuera considerado después de transcurridos diez años desde la entrada en vigencia del mismo Tratado Constitutivo.⁸¹⁵

Sobre inmunidades y privilegios, el artículo 11⁸¹⁶ del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino estableció que los Parlamentarios Andinos nacionales del país sede de las reuniones del Parlamento, tendrían las mismas inmunidades reconocidas a sus parlamentarios y que los demás representantes Andinos estarían regidos por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. El Tratado Constitutivo (Art. 5º) señaló una sesión anual, sin convocatoria, con rotación de los países para su sede.⁸¹⁷

En desarrollo del citado artículo 11, se suscribió el “ACUERDO DE SEDE ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL PARLAMENTO ANDINO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA OFICINA CENTRAL”. Colombia lo ratificó mediante la ley 94 de 1985.⁸¹⁸ Su propósito fue “determinar los privilegios e inmunidades que el Gobierno de Colombia reconoce al Parlamento Andino como persona jurídica internacional, a los representantes de los Estados miembros y a los funcionarios”.

En dicho Acuerdo de sede, el artículo IX precisó que los privilegios para los representantes, para los suplentes cuando estén ejerciendo el cargo, y para sus familiares, de nacionalidad distinta a la colombiana, se regirían por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Perentoriamente se convino: “Artículo XVI. Ningún colombiano sea cual fuere su categoría o rango, tendrá derecho a gozar en el territorio de Colombia, de los privilegios que las disposiciones del presente Acuerdo conceden a los funcionarios extranjeros.”

815 Tratado Constitutivo del Parlamento Andino. “Disposición Transitoria. El Protocolo Adicional previsto en el artículo 2º. será considerado sólo después de transcurridos 10 años, contados a partir de la fecha en que entre en vigencia el presente tratado. Dicho Protocolo Adicional será sometido a los mismos procedimientos de suscripción y ratificación que éste Tratado.”

816 Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, Art. 11: “Los representantes de la nacionalidad de la Parte Contratante, sede de la sesión correspondiente, gozarán de las inmunidades que ésta otorgue a sus Parlamentarios. Los demás Representantes gozarán, en el territorio del país sede de la sesión, de las inmunidades reconocidas por la Convención de Viena sobre Relaciones diplomáticas, en lo que fuere aplicable, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial y en todo lo referente a las jurisdicciones civil y penal, con las excepciones establecidas en el artículo 31 de la mencionada Convención. / Las Partes Contratantes reconocen al Parlamento Andino las inmunidades necesarias para asegurar su libre funcionamiento.”

817 Tratado Constitutivo del Parlamento Andino Art. 5. “El Parlamento Andino celebrará una sesión anual, sin necesidad de previa convocatoria. El lugar, la fecha de celebración y el periodo de la duración de la reunión anual se determinarán en la del año precedente, con un criterio de rotación de países. / El Parlamento Andino podrá reunirse en sesión extraordinaria para conocer de asuntos urgentes y específicos, cuando así lo solicite por lo menos un tercio de las Partes Contratantes.”

818 Ley 94 de 1985 (noviembre 14) “Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Sede entre el Gobierno de la República de Colombia y el Parlamento Andino para el funcionamiento de la Oficina Central”, suscrito en Cartagena de Indias el 20 de diciembre de 1984.” D. O. No. 37238 (Nov. 20/85). Artículo IX. “Los Representantes del Parlamento Andino y los suplentes de ellos que estén ejerciendo el cargo, de nacionalidad distinta a la colombiana, gozarán de los privilegios e inmunidades que conceda la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas a los agentes diplomáticos, mientras se encuentren en el territorio de la República de Colombia en cumplimiento de sus funciones. / Los familiares que dependan de ellos, gozarán de los privilegios e inmunidades establecidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y otorgados a los familiares de los agentes diplomáticos.” (Se subraya).

En marzo de 1996, los Estados Miembros del Pacto Andino firmaron, en Trujillo (Perú), el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino, ratificado por Colombia mediante la ley 323 de 1996; las Partes convinieron en sustituir el Capítulo II del Acuerdo de Cartagena, para crear la Comunidad Andina y el Sistema de Integración Andino, reorganizando la estructura y el funcionamiento institucionales; incorporaron la normatividad ya reseñada respecto del Parlamento Andino y en las Disposiciones Transitorias convinieron que las elecciones por sufragio directo se deberían realizar en un plazo hasta de cinco años.⁸¹⁹

En la revisión de constitucionalidad de la ley 323 de 1996⁸²⁰, aprobatoria del Protocolo Modificadorio comentado, la Corte Constitucional expresó:

“El reconocimiento de los principios democráticos – que en el caso colombiano había tenido lugar desde la misma Constitución de 1886 – ha conducido a que dentro del proceso de integración andino se incorpore también el principio de separación de los poderes, para lo cual se creó, además de diversos órganos ejecutivos, un Parlamento Andino y un Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

“Las atribuciones de los órganos legislativo y judicial del Sistema Andino son limitadas, situación que es comprensible en razón del proceso de maduración que exige la constitución de la Comunidad Andina. Sin embargo, es claro que la profundización y consolidación del proceso de integración habrá de aparejar una ampliación de las funciones de estos dos órganos. En este sentido, el artículo 1º del Tratado, dispone que el Parlamento se integre por representantes elegidos por sufragio universal y directo. El artículo 7º, por su parte, precisa que las primeras elecciones deberán realizarse en un plazo de cinco años.”

En abril de 1997, los Estados Miembros firmaron, en Sucre (Bolivia), el “Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino”, el cual, una vez entrara en vigencia, sustituiría el Tratado Constitutivo; y como disposición transitoria, *incluyeron que las elecciones por sufragio universal y directo de los representantes ante el Parlamento Andino deberían realizarse dentro de un plazo hasta de cinco años.*

Simultáneamente los Estados Miembros firmaron el “Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes” (se subraya); en él recogieron el plazo de cinco años para realizar las elecciones por sufragio universal y directo; la sede en Bogotá; el número de cinco representantes por cada Estado Parte, con sus suplentes primero y segundo; acordaron que habría un Régimen Electoral Uniforme, y que mientras él se estableciera, el sistema de elección de los representantes titulares y suplentes, se regiría por la legislación interna de cada país miembro.

El mencionado Protocolo Adicional también dispuso que además de las inmunidades establecidas en el artículo 10 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, los Representantes al Parlamento gozarían de inmunidad Parlamentaria, “en la misma forma y con la misma extensión que los Legisladores del País miembro donde se encuentren”

819 Ley 323 de 1996 (octubre 10), “Por medio de la cual se aprueba el protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996.” D. O. No. 42.899 (Oct.16/96) “Disposiciones transitorias... SÉPTIMO. Las elecciones por sufragio universal y directo de los representantes ante el Parlamento andino deberán realizarse dentro de un plazo de hasta cinco años.”

820 Corte Constitucional, sentencia C-231-97 (mayo 15), Referencia: Expediente LAT-093, Revisión de la Ley 323 de 1996 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996’.”

(Art. 6º) y se sujetarían a “las incompatibilidades consagradas en el derecho interno de Cada País Miembro” y a los impedimentos establecidos en el artículo 8º del Protocolo en comentario.⁸²¹

Así mismo, se acordó que cada País Miembro aportaría para cubrir el presupuesto anual de funcionamiento del Parlamento, precisando: “El pago de remuneraciones y demás emolumentos que deban recibir los Parlamentarios Andinos de Elección Popular, será sufragado por sus respectivos Congresos en iguales proporciones que la de los Legisladores de cada país, con cargo al Presupuesto General de sus Congresos.” (Art. 10).

Los Protocolos adicionales suscritos en 1997, no han entrado en vigencia; Colombia tampoco los ha ratificado.⁸²²

Por su parte el Parlamento Andino en sesión plenaria de agosto de 2006, aprobó por unanimidad el “*reglamento general del Parlamento Andino*” y lo adoptó mediante la decisión 1152 del 29 de agosto de 2006.

El artículo 15 de dicho reglamento, relacionó los derechos de los parlamentarios andinos, incluyendo: “*h) dentro del principio de igualdad con los congresistas nacionales, los parlamentarios andinos percibirán las asignaciones económicas y demás beneficios contemplados en los presupuestos y reglamentos de su país, conforme a lo estipulado en el inciso 2º del artículo 10 del protocolo adicional de elecciones directas y la ley de elecciones directas del respectivo país*”.

A pesar de haber sido aprobado por unanimidad, este reglamento tampoco ha sido incorporado a la legislación interna y requiere de los trámites propios de los tratados internacionales, porque la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de febrero 27 de 1973, sobre la ley 8ª del mismo año, por la cual se aprobó el Acuerdo Subregional Andino, declaró inconstitucionales las normas que preveían la aplicación directa de las decisiones de la comisión y de la junta o de los demás organismos establecidos en el Acuerdo Subregional.⁸²³

821 “Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes”. Art.6. “Los Representantes al Parlamento Andino gozarán de total autonomía en el ejercicio de sus funciones, no estando sujetos a mandato imperativo. Votarán en forma personal e individual y actuarán en función de los objetivos e intereses comunitarios. Los Parlamentarios Andinos no son responsables ante autoridad ni Órgano Jurisdiccional alguno por los votos u opiniones que emitan en relación con los asuntos propios de su cargo. Además de las inmunidades contempladas en el artículo 10 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, los Representantes al Parlamento gozarán de inmunidad Parlamentaria, en la misma forma y con la misma extensión que los Legisladores del País Miembro donde se encuentren.” // Art.8. “La función de Representante al Parlamento Andino, además de las incompatibilidades consagradas en el derecho interno de cada País Miembro, tendrá los siguientes impedimentos: a) Ejercer funciones públicas al servicio de algún País Miembro, salvo la legislativa. Ser Representante, funcionario o empleado de algún otro Órgano del Sistema Andino de Integración. Ser funcionario o empleado de alguna de las Instituciones Comunitarias Andinas o de los Organismos Especializados vinculados a ellas. b) Adicionalmente, hasta que entre en vigor el Régimen Electoral Uniforme, cada País Miembro podrá dictar normas nacionales sobre otras incompatibilidades. Los Representantes que después de haber asumido su mandato, resulten comprendidos en cualesquiera de las incompatibilidades previstas en este artículo, cesarán en sus funciones y serán reemplazados por su respectivo suplente, mientras persistan las incompatibilidades.”

822 “Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes”. Art.12.- “Para la entrada en vigor de este Protocolo se requerirá del depósito de los instrumentos de ratificación por parte de todos los Países Miembros de la Comunidad Andina. (Se subraya)/ El presente Protocolo entrará en vigor al día siguiente del depósito del último instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Comunidad Andina y permanecerá en vigor durante todo el tiempo que esté en vigencia el Acuerdo de Cartagena y el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y no podrá ser denunciado en forma independiente de éstos.”

823 Cita tomada de la sentencia C-231-97 que declaró exequible el protocolo modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino y la ley 323 de 1996.

Sin embargo, en desarrollo del artículo 227 de la Constitución Política,⁸²⁴ y con el *objeto* de que los ciudadanos eligieran en forma directa y mediante el sufragio universal y secreto *cinco representantes* de Colombia al Parlamento Andino, el Congreso de Colombia expidió la ley 1157 de 2007, como norma transitoria que dejará de regir cuando se adopte el Régimen Electoral Uniforme.⁸²⁵

Esta ley 1157 sólo previó la elección de los cinco representantes de Colombia al Parlamento Andino; nada dijo sobre los suplentes establecidos en el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino; tampoco se refirió al personal de apoyo ni trató de los emolumentos u otros derechos de quienes resultaren elegidos. Pero sí ordenó aplicar el régimen de los Senadores de la República en cuanto a las condiciones para ser elegido al Parlamento Andino, y a los deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, de los mismos Senadores, además de las establecidas en los tratados internacionales, en los siguientes términos:

Ley 1157 de 2007, Artículo 4º:

“DE LOS DEBERES, PROHIBICIONES, INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. A los Representantes por Colombia al Parlamento Andino les serán aplicables las mismas normas sobre deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades que rigen para los Senadores de la República, además de las que establezcan Tratados Internacionales.”

El régimen al que remite la norma transcrita se encuentra enunciado en la Constitución Política y desarrollado en la ley 5ª de 1992⁸²⁶, con referencia a “los Congresistas”, término que incluye a los Senadores de la República y a los Representantes a la Cámara. A él, en el marco de la normatividad andina se referirá la Sala a continuación.

2. La aplicación de la normatividad andina y de la ley 1157 de 2007 en los asuntos consultados

Colombia ha ratificado el Acuerdo de Integración Subregional o Acuerdo de Cartagena (ley 8ª de 1973), el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino (ley 47 de 1983), el Acuerdo de sede suscrito entre Colombia y el Parlamento Andino (ley 94 de 1985), el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional (ley 323 de 1996); y con la adopción de la ley 1157 de 2007 generó el proceso de elección por sufragio directo y universal de sus representantes en la mencionada institución.

824 Constitución Política, Art. 227. “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.”

825 Ley 1157/07, Art. 2: “DEL RÉGIMEN ELECTORAL APLICABLE. Mientras se establece un régimen electoral uniforme, el sistema de elección de los Representantes ante el Parlamento Andino se regirá de acuerdo con la legislación electoral colombiana en el entendido de que el régimen electoral transitorio establecido en la presente ley dejará de ser aplicable cuando entren en vigencia los instrumentos que establezcan el régimen electoral uniforme, salvo en lo que este difiera expresamente a la normatividad, interna colombiana.” // Art. 11. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias en el entendido de que el régimen electoral transitorio establecido en la presente ley dejará de ser aplicable cuando entren en vigencia los instrumentos que establezcan el régimen electoral uniforme, salvo en lo que este difiera expresamente a la normatividad interna colombiana.” // Ambos artículos fueron declarados condicionalmente exequibles por la Sentencia C-502-07.

826 Constitución Política, Título VI, De la Rama Legislativa, Capítulo VI, De los Congresistas, Arts. 179 a 187.

En este cuerpo normativo es constante la asimilación de los parlamentarios andinos a los miembros de los órganos legislativos de los Estados Miembros, en armonía con las características del Parlamento Andino definido como el órgano deliberante de la Comunidad Andina, creado como resultado de “la incorporación de los cuerpos legislativos nacionales en el proceso de integración regional”, y con funciones relacionadas con la actividad legislativa de los países miembros e inclusive de otros países para buscar su cooperación y para proponer medidas y sugerencias de aproximación de la legislación de los países miembros.

Resaltan, además, los siguientes elementos:

- b. Desde su creación las Partes acordaron que se compondría de miembros elegidos por sufragio universal y directo; este mecanismo se supeditó a condiciones de tiempo y de acuerdos adicionales, y mientras ellas se daban, se involucró directamente a los órganos legislativos de los Estados Partes en la designación y sostenimiento de sus representantes;
- c. Los miembros del Parlamento Andino son “representantes de los pueblos de cada una de las Partes Contratantes”, de manera que conservan un vínculo con su Estado de origen, que excluye relación laboral o de servicios con el Parlamento Andino;
- d. En el caso de los Parlamentarios Colombianos, esa intención expresa de los Estados Partes está afianzada en el Acuerdo bilateral suscrito entre Colombia y el Parlamento Andino para regular los aspectos relativos a la sede en Bogotá, al excluirlos del régimen de funcionarios diplomáticos, con la única salvedad de las inmunidades que les pueden ser reconocidas mientras estén en reuniones que se realicen en un país miembro distinto de Colombia, según el artículo 11 del Tratado Constitutivo del Parlamento;

La lectura de la ley 1157 de 2007 muestra su conformidad con los lineamientos establecidos en la normatividad andina, en cuanto equipara los parlamentarios andinos a los congresistas de los respectivos países; en este sentido se fundamenta la exigencia de que los representantes de Colombia en el Parlamento Andino tengan las mismas calidades de los Senadores de la República, y su sujeción al mismo régimen de deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades.

Sin embargo, la remisión hecha por la ley 1157 a dicho régimen terminó siendo parcial puesto que no incluyó expresamente los derechos que forman parte de él, como quiera que en la ley 5ª de 1992⁸²⁷, que lo contiene, junto con los deberes y limitaciones se regulan también los derechos, entre ellos, el de recibir una remuneración.

Dice al respecto la ley 5ª de 1992:

“Artículo 264. DERECHOS. Son derechos de los Congresistas: ... 4. Recibir una asignación mensual que se reajustará cada año en proporción igual al promedio ponderado de los cambios ocurridos en la remuneración de los servidores de la administración central, según certificación que para el efecto

827 Ley 5 de 1992 (junio 17), “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.” D. O. No. 40.483 (junio 18/92). Cfr., entre otros, los artículos: 264, derechos; 265, Prerrogativa de inviolabilidad; 268, Deberes; 279 y 280, inhabilidades; 281, 282, 283 y 284, incompatibilidades; y 286, conflicto de intereses.

*expida el Contralor General de la República. / El Congreso fijará el régimen salarial y prestacional de los miembros del Congreso Nacional, por iniciativa del Gobierno.*⁸²⁸

También el artículo 187 de la Constitución Política se refiere a la asignación de los miembros del Congreso para ordenar su reajuste anual con base en certificación que expide el Contralor General de la República sobre los cambios ocurridos en las remuneraciones de los servidores de la administración central.⁸²⁹

Los Congresistas colombianos gozan, pues, de un régimen salarial y prestacional, establecido por el Congreso a iniciativa del Gobierno; su cargo y su actividad son remunerados.

Con la suscripción del Protocolo adicional sobre elecciones directas, Colombia manifestó su conformidad con el derecho de los parlamentarios andinos a ser remunerados, con cargo a los presupuestos de los Congresos de sus respectivos países, pues así se estableció en el artículo 10 de dicho Protocolo⁸³⁰; la falta de ratificación del Protocolo y su entrada en vigencia para la Comunidad Andina no permite su aplicación interna pero sí señala un compromiso del Estado colombiano en el proceso de consolidación del proceso de integración.

Así las cosas, existe un vacío en la remisión que la ley 1157 de 2007 hace al régimen de los Senadores de la República. Como la asimilación de los representantes de Colombia al Parlamento Andino está fundada en los instrumentos internacionales y en la misma ley 1157, el tema de los derechos, entre ellos el de la remuneración, debe resolverse dando aplicación integral a ese régimen, puesto que no hay otra normatividad aplicable y se trata de personas elegidas por el voto popular para que Colombia esté representada en el organismo internacional, conforme a una normatividad que los equipara a Senadores de la República.

En este punto estima la Sala pertinente hacer referencia a su concepto de fecha 10 de junio de 1998, radicación 1088⁸³¹, con el cual se atendió la consulta formulada acerca de “la naturaleza jurídica de la relación laboral con el Estado”, que se predicaba de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente y si era posible entender que, en ejercicio de esa investidura, habían sido empleados públicos.

La Sala consideró que si bien los antecedentes jurídicos de la Asamblea Nacional no habían determinado el régimen de personal aplicable a los delegatarios, era posible deducirlo teniendo en cuenta aspectos como el mecanismo de elección, las funciones, inhabilidades, incompatibilidades, pérdida de investidura, inmunidad, período y remuneración.

828 Ley 5ª de 1992, Art. 264. “DERECHOS. Son derechos de los Congresistas: 1. Asistir con voz y voto a las sesiones de la respectiva Cámara y sus Comisiones de las que forman parte, y con voz a las demás Comisiones. 2. Formar parte de una Comisión Permanente. 3. Citar a los funcionarios que autoriza la Constitución Política, y celebrar audiencias para el mejor ejercicio de su función. 4. Recibir una asignación mensual ...”

829 Constitución Política, Art. 187. “La asignación de los miembros del Congreso se reajustará cada año en proporción igual al promedio ponderado de los cambios ocurridos en la remuneración de los servidores de la administración central, según certificación que para el efecto expida el Contralor General de la República.”

830 Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes”. Artículo 10. “El presupuesto anual aprobado para el funcionamiento del Parlamento Andino, será cubierto por los recursos aportados por cada País Miembro., de conformidad con las disposiciones reglamentarias que se dicten a respecto. / El pago de remuneraciones y demás emolumentos que deban recibir los Parlamentarios Andinos de elección Popular, será sufragado por sus respectivos Congresos en iguales proporciones que la de los legisladores de cada país, con cargo al Presupuesto General de sus Congresos.”

831 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 10 de junio de 1998, radicación 1088, C.P. Dr. Augusto Trejo Jaramillo. Solicitud del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Publicación autorizada el 22 de julio de 1998.

Bajo esta premisa, la elección por voto directo, la sujeción de el procedimiento electoral a las disposiciones legales aplicables – códigos Electoral y Contencioso Administrativo -, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las causales de pérdida de investidura, el ejercicio corporativo de sus funciones, etc., permitieron a la Sala afirmar que los integrantes de la Asamblea Constituyente ejercieron funciones públicas en virtud de una investidura legítima originada en la elección popular y desempeñaron un empleo público con un régimen jurídico similar al que regía para los integrantes del Congreso de la República, de manera *que* tuvieron una relación laboral con el Estado, propia de quienes desempeñan legítimamente funciones públicas.

Es decir, las condiciones específicas que sustentan la remisión a un régimen determinado para aplicarlo a diferentes destinatarios, permiten también suplir los vacíos de la norma de remisión con la aplicación integral del régimen de que se trate.

El concepto 1088 aclaró que en la legislación anterior a la Constitución de 1991, las personas que estaban vinculadas laboralmente con el Estado colombiano se clasificaban en empleados públicos y trabajadores oficiales únicamente, por lo cual, identificado el vínculo laboral de los miembros de la Asamblea Constituyente con el Estado, los ubicó en la categoría de empleados públicos.

Agrega ahora la Sala que la Constitución de 1991 usó la expresión genérica “servidores públicos”, para incorporar otras categorías relativas a las personas con vínculo laboral con el Estado, a saber, “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”; y también, con referencia a tales categorías, excluyó las de elección popular de las reglas de carrera para el acceso, permanencia y retiro de los *empleos* públicos⁸³².

Entonces, partiendo de las normas constitucionales, hoy es claro que los Congresistas, son miembros de una corporación pública, elegidos por el voto popular y desempeñan un empleo público, en virtud de lo cual tiene un vínculo laboral con el Estado, remunerado y sujeto al régimen establecido en la ley.

En consecuencia, los representantes de Colombia en el Parlamento Andino, además de estar sujetos a los deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, que rigen a los Senadores, también tienen los derechos que a estos les son reconocidos, en particular al régimen salarial y prestacional.

Ahora bien, salarios y prestaciones son conceptos que corresponden a gastos de funcionamiento, en la clasificación del gasto público que, con fundamento en los artículos 346 y 347 de la Constitución Política, establece el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional y se incorpora en la ley de apropiaciones o presupuesto de gastos para cada vigencia fiscal.⁸³³

832 Constitución Política, Art. 123. “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios./ Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. /...”// Art. 125. “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. /.../”

833 Decreto 111 de 1996 (enero 15), “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.” D. O. No. 42.692 (enero 18/96). Art. 36. El Presupuesto de Gastos se compondrá de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión. / Cada uno de estos gastos se presentará clasificado en diferentes secciones que corresponderán a: la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría

En el entendido de que el régimen de los Senadores de la República, ordenado por la ley 1157 del 2007 debe ser aplicado integralmente, el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones a que tienen derecho los representantes de Colombia en el Parlamento Andino, debe hacerse con cargo a una partida presupuestal abierta en el presupuesto de funcionamiento del Congreso de la República; configurando el mandato legal preexistente que se requiere para incluir el gasto respectivo en la ley de apropiaciones o presupuesto de gastos anual⁸³⁴, con la citada ley 1157 del 2007 y el numeral 4º del artículo 264 de la ley 5ª de 1992.

Los pagos comprenderán los emolumentos consagrados en la ley colombiana para los congresistas, incluyendo su régimen especial de seguridad social en salud y pensiones; y el mecanismo de pago será el mismo utilizado para los congresistas colombianos.

La Sala hace énfasis en que el gasto así decretado sólo puede referirse a los cinco representantes elegidos el 14 de marzo de 2010 porque la ley 1157 de 2007 reguló la elección de los representantes colombianos y no incluyó a los suplentes creados en el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.

Agrega la Sala que la fundamentación y el mecanismo de pago que se han dejado expresados, son situaciones que subsistirán mientras entre en vigencia el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes.

Colombia, como Estado Miembro del Acuerdo Subregional ha expresado su conformidad con los compromisos acordados en los Protocolos Adicionales, en particular con el relativo a las elecciones directas de sus representantes ante el Parlamento Andino. De manera que lo pertinente es dar continuidad al proceso de ratificación, indispensable para su vigencia y los efectos en el derecho interno. La Sala hace un respetuoso llamado al Gobierno Nacional para que actúe en tal sentido.

Sobre el personal de apoyo:

En la consulta se plantea la inquietud sobre el régimen del “personal de apoyo”.

La Sala destaca que ni los Tratados vigentes ni la ley 1157 de 2007 permiten deducir la existencia de personal de apoyo para los respectivos representantes; y contar con dicho personal tampoco está previsto como un derecho en la ley 5ª de 1992.

Entonces, carece de todo soporte la nominación y el pago de personas que apoyen al representante colombiano en el Parlamento Andino.

General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, una (1) por cada ministerio, departamento administrativo y establecimientos públicos, una (1) para la Policía Nacional y una (1) para el servicio de la deuda pública. En el Proyecto de Presupuesto de Inversión se indicarán los proyectos establecidos en el Plan Operativo Anual de Inversión, clasificado según lo determine el Gobierno Nacional./ En los presupuestos de gastos de funcionamiento e inversión no se podrán incluir gastos con destino al servicio de la deuda (Ley 38/89, artículo 23, Ley 179/94, artículo 16).”

834 Constitución Política, ARTICULO 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos. / Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

El gasto legalmente autorizado se circunscribe a las remuneraciones de los representantes de Colombia ante el Parlamento Andino en las mismas condiciones que rigen para los Senadores.

Con base en las premisas anteriores la Sala RESPONDE:

“1. Cuál es el mecanismo de pago de los salarios, primas, prestaciones sociales y aportes pensionales de los Parlamentarios Andinos, el título que los sustenta, y los emolumentos y personal de apoyo a que tienen derecho, con el fin de poder realizar las gestiones conducentes a articular esta obligación y estar preparados para el día en que se deba empezar a cumplir.

Mientras entra en vigencia el “Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones directas y universales de sus representantes”, debe aplicarse la normatividad interna. En consecuencia, con fundamento en el artículo 4º de la ley 1157 de 2007, en armonía con el numeral 4º del artículo 264 de la ley 5ª de 1992, deben adelantarse los trámites de modificación del presupuesto de la Rama Legislativa para incluir la partida presupuestal con cargo a la cual se pagarán los salarios y prestaciones sociales a que tienen derecho los representantes de Colombia en el Parlamento Andino, en las mismas condiciones reguladas por la ley para los Senadores de la República.

No se encuentra fundamento ni en la normatividad Andina vigente en Colombia ni en la ley 1157 de 2007 para incluir gastos destinados a personal de apoyo.

“2. ¿Qué deberes, derechos, incompatibilidades e inhabilidades tiene un Parlamentario Andino? ¿Son los mismos de un Senador de la República de Colombia?”

Sí, los representantes de Colombia en el Parlamento Andino tienen el mismo régimen de los Senadores de la República, entendiéndose por tal las calidades, los derechos, deberes, inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y demás condiciones estatuidas en la Constitución y en la ley, en virtud de la aplicación integral del régimen al cual remite el artículo 4º de la ley 1157 del 2007.

“3. ¿Cuál es el régimen salarial, prestacional y pensional de un Parlamentario Andino? ¿A qué entidad deben estar afiliados en salud y pensiones?”

El régimen salarial, prestacional y pensional del Parlamentario Andino que representa a Colombia en el Parlamento Andino es el mismo de los Senadores de la República de Colombia y en consecuencia, deben ser afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del congreso de la República para la atención de su seguridad social en salud y en pensiones.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

20. Títulos Honoris Causa. No sirven para remplazar títulos profesionales exigidos para ocupar cargos públicos

Radicado 2036

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 2010/08/12

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 20106000074771 del 1 de octubre de 2010

LA CONSULTA

El Departamento Administrativo de la Función Pública eleva a la Sala la siguiente consulta:

¿Puede una persona presentar un título honorífico otorgado por una institución de educación superior como requisito para el ejercicio de un empleo del nivel profesional que exige acreditar título de formación profesional en el área académica determinada en el manual de funciones?

La entidad consultante indica que tanto ella como el Ministerio de Educación Nacional ya han conceptuado que los títulos *honoris causa* no reemplazan el título universitario exigido para ocupar determinados cargos públicos, pero que el Gobernador del Valle del Cauca insiste en conocer el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre el particular.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 125 de la Constitución Política establece que el ingreso a los cargos de carrera (regla general de vinculación a la función pública) se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Esta regla, en virtud del principio de legalidad (art. 6 C.P.), es aplicable a todos los servidores públicos, en el sentido que, en cualquier caso, deberán cumplirse los requisitos constitucionales o legales para ocupar el cargo.

2. Desde el punto de vista de las libertades ciudadanas, la Constitución establece la libertad de escoger profesión u oficio, pero permite que el legislador exija títulos de idoneidad. Solamente las ocupaciones, artes y oficios que no impliquen riesgo social son de libre ejercicio; las demás permiten limitaciones legales (art.26)⁸³⁵.

Así mismo, el derecho de los ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art.40.7 C.P.), no es incompatible con la exigencia de requisitos para acceder a ellos:

“(.) De la existencia de tal derecho (derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede colegirse que el ejercicio de funciones públicas esté libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a los cargos de mayor responsabilidad. Por el contrario, el buen éxito de la gestión estatal y, por ende, el bien común, dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y téc-

835 “No cabe duda de que con el desarrollo de estas normas constitucionales es posible que se restrinjan ciertas actividades a otros profesionales, en virtud del título profesional exigido que deba acreditarse para el desempeño de las mismas, restricción que de suyo no es discriminatoria siempre que con ella se proteja al conglomerado contra los riesgos sociales que el ejercicio de una profesión, arte, oficio, o función pública por particulares, puede generar.” (Sentencia C-861 de 2008). “De acuerdo con ello, entonces, la exigencia de títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones es legítima cuando se orienta a la protección de bienes constitucionales pues permite asegurar la protección de los derechos de las personas relacionadas con su ejercicio y evitar riesgos sociales.” (Sentencia C-457 de 2002)

*nica de las personas a las que se confía la delicada responsabilidad de alcanzar las metas señaladas por la Constitución. Ello se expresa no solamente en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, lo cual asegura la legitimidad de la investidura (elección o nombramiento), sino la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir aquel en quien recaiga la designación (...)*⁸³⁶

3. Estos postulados constitucionales aparecen desarrollados en diversas leyes relacionadas con la función pública.

La Ley 190 de 1995, por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa, establece que en caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración “sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato”, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción (art.5)⁸³⁷.

La Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Unico) prohíbe a los servidores públicos proporcionar dato inexacto o presentar documentos ideológicamente falsos u omitir información que tenga incidencia en su vinculación o permanencia en el cargo o en la carrera, o en las promociones o ascensos o para justificar una situación administrativa (art.35.12); y, especialmente, prohíbe “nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación. (art. 35.18)

4. Particularmente, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, adopta como ejes centrales de la función pública el mérito y la profesionalización de los servidores del Estado. En tal sentido, establece:

- Que la función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, *mérito*⁸³⁸, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad (art. 2.1).
- Que el criterio de mérito, de las calidades personales y *de la capacidad profesional*, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública (art. 2.2).
- Que el objetivo de las normas de la función pública es la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, uno de cuyos tres criterios básicos es “a) *La profesionalización de los recursos humanos* al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos.” (art.2.3)

836 Sentencia C-487 de 1993, reiterada, entre otras, en la Sentencia C-481 de 2001: “3. El derecho de acceso al desempeño de cargos públicos no se opone a la fijación de requisitos y calidades para su ejercicio, siempre y cuando éstos no excedan los límites de razonabilidad y proporcionalidad en relación con la labor que a ese empleo le corresponde cumplir y la finalidad de la función pública en general.”

837 Además, la misma ley señala que todo servidor público debe diligenciar el Formato Unico de Hoja de Vida con información completa *de su formación académica*, experiencia laboral e inexistencia de cualquier inhabilidad e incompatibilidad (art. 1).

838 En concordancia, el artículo 28-a de la Ley señala que el principio de mérito, es aquél en virtud del cual, el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por “la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos”.

Con base en lo anterior, la misma ley define el empleo público como “el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y *las competencias requeridas para llevarlas a cabo*, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado” (art.19.1); y establece que, el diseño de cada empleo debe contener, entre otros aspectos, “el perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, *incluyendo los requisitos de estudio y experiencia*, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio” (Art.19-b)⁸³⁹.

5. En este contexto, los Decretos Leyes 770 de 2005, para el orden nacional, y 785 de 2005, para el nivel territorial, por los cuales se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Estado, exigen como requisito mínimo para los niveles directivo, asesor y profesional la acreditación de un título profesional⁸⁴⁰.

Para ambos niveles (nacional y territorial) las normas respectivas definen los estudios como “*los conocimientos académicos adquiridos* en instituciones públicas o privadas, debidamente reconocidas por el Gobierno Nacional, correspondientes a la educación básica primaria, básica secundaria, media vocacional, superior en los programas de pregrado en las modalidades de formación técnica profesional, tecnológica y profesional y en programas de postgrado en las modalidades de especialización, maestría, doctorado y postdoctorado”⁸⁴¹. Y expresamente establecen la forma en que se certifica la educación formal:

*“Certificación educación formal. Los estudios se acreditarán mediante **la presentación de certificados, diplomas, grados o títulos otorgados por las instituciones correspondientes**. Para su validez requerirán de los registros y autenticaciones que determinen las normas vigentes sobre la materia. La tarjeta profesional o matrícula correspondiente, según el caso, excluye la presentación de los documentos enunciados anteriormente.”*⁸⁴²(se resalta)

También se establece que las autoridades competentes, al adoptar los manuales específicos de funciones y de requisitos, *no podrán disminuir los requisitos mínimos de estudios y de experiencia*⁸⁴³; y que cuando para el desempeño de un empleo se exija una profesión, arte u oficio debidamente reglamentado, “los grados, títulos, licencias, matrículas o autorizaciones previstas en las normas sobre la materia *no podrán ser compensados por experiencia u otras calidades*, salvo cuando la ley así lo establezca.”⁸⁴⁴

6. En síntesis, para acceder a la función pública, las personas deberán acreditar los requisitos exigidos para el respectivo cargo, sin los cuales no podrá hacerse su posesión. En

839 En concordancia, corresponde a las unidades de personal de las entidades, “c) Elaborar los proyectos de plantas de personal, así como los manuales de funciones y requisitos, de conformidad con las normas vigentes, para lo cual podrán contar con la asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública, universidades públicas o privadas, o de firmas especializadas o profesionales en administración pública”. (Art. 15-c)

840 Excepcionalmente en ciertos municipios y distritos, es suficiente formación tecnológica o tecnológica profesional para estos niveles. **Para el nivel tecnológico el mínimo exigible es el título de bachiller y para el asistencial la educación básica primaria.**

841 Artículo 6 del Decreto Ley 785 de 2005 (nivel territorial) y Artículo 9 del Decreto Reglamentario 2772 de 2005 (nivel nacional). La redacción en ambos casos es la misma.

842 Corresponde al artículo 7 del Decreto Ley 785 de 2005 (nivel territorial) y al Artículo 10 del Decreto Reglamentario 2772 de 2005 (nivel nacional). La redacción en ambos casos es la misma.

843 Art.25 Decreto Ley 785 de 2005 (nivel territorial)

844 Art.5 –parágrafo- del Decreto Ley 770 de 2005 (nivel nacional).

el caso de estudios y formación profesional, deberá acreditarse la posesión de los títulos exigidos en cada caso, expedidos por las instituciones educativas habilitadas para ello.

Todo lo anterior, en el contexto de la profesionalización de la función pública, significa que la exigencia de títulos académicos está directamente relacionada con el conocimiento de un saber que habilita a quien lo tiene para asumir las responsabilidades inherentes al ejercicio de una tarea pública, especialmente en determinados niveles de la Administración, en los que se asumen funciones de especial importancia para la sociedad. Ya sea en la construcción de obras, prestación de servicios, administración de recursos públicos, planeación, gestión de personal, etc., la acreditación del título profesional en los casos en que se exija, permite al Estado tener la certeza de que quienes ejercerán esa función, tienen competencias académicas suficientes para ello, con las cuales se garantizan niveles mínimos de atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

7. Ahora bien, desde el punto de vista de la educación, la Constitución le asigna al Estado el deber de regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación (art.67), todo ello sin perjuicio de la autonomía universitaria, que se desarrolla de acuerdo con la ley (art.69).

La Ley 30 de 1992, por la cual se organiza el servicio público educación superior, señala que la educación superior es un proceso permanente que posibilita el desarrollo de las potencialidades del ser humano de una manera integral, *se realiza con posterioridad a la educación media o secundaria y tiene por objeto el pleno desarrollo de los alumnos y su formación académica o profesional.* (Art.1).

La Ley 30 de 1992 también se refiere a los programas de pregrado, como aquéllos que preparan a las personas para el ejercicio de una profesión o disciplina de la siguiente manera:

“Artículo 9. Los programas de pregrado preparan para el desempeño de ocupaciones, para el ejercicio de una profesión o disciplina determinada, de naturaleza tecnológica o científica, o en el área de las humanidades, las artes y la filosofía.

También son programas de pregrado aquellos de naturaleza multidisciplinaria conocidos también como estudios de artes liberales, entendiéndose como los estudios generales en ciencias, artes o humanidades, con énfasis en algunas de las disciplinas que hacen parte de dichos campos.”

En este contexto, la misma ley de educación superior define lo que se entiende por *título* académico de la siguiente manera:

*“Artículo 24. El título, es el reconocimiento expreso de carácter académico, otorgado a una persona natural, a la **culminación de un programa, por haber adquirido un saber determinado en una institución de educación superior.** Tal reconocimiento se hará constar en un diploma.*

El otorgamiento de títulos en la educación superior es de competencia exclusiva de las instituciones de ese nivel de conformidad con la presente ley.” (se resalta)

Como se observa, los elementos esenciales del “título” profesional son: (i) el reconocimiento expreso de carácter académico; (ii) obtenido a la culminación de un programa; y (iii) que es resultado de haber adquirido un saber determinado. Supone entonces la superación de diferentes pruebas que permiten llegar a ese nivel educativo y, en ese

sentido, las Instituciones de Educación Superior, actúan como colaboradores del Estado en la formación de personas capacitadas para el desarrollo de actividades que demandan títulos de idoneidad.

8. Por tanto, cuando las normas de la función pública exigen un título profesional, están haciendo referencia a aquél que, conforme a la Ley 30 de 1992, cumple esas condiciones de acreditar la culminación de un programa académico profesional y, por ende, la adquisición de un saber determinado habilitante para ejercer una determinada profesión⁸⁴⁵.

Los títulos *honoris causa* no tienen esas características. Se han desarrollado al amparo de la autonomía universitaria pero con fines diferentes a los señalados en la ley. Como su nombre lo indica no tienen su causa en la adquisición de un saber a la culminación de un programa académico y previa la superación de las pruebas exigidas para cada caso, sino en un “honor” que se hace a determinadas personas por diversas razones como el agradecimiento, el reconocimiento de sus valores, los aportes hechos a la sociedad, sus vínculos con la institución educativa, etc.⁸⁴⁶

En ese sentido, cuando una institución de educación superior concede tales títulos honoríficos, no lo hace en el contexto de la Ley 30 de 1992, esto es, en el marco de su actividad educativa y como reconocimiento de la culminación de un programa académico, sino como expresión de su autonomía administrativa. Su valor, por tanto, no llega a ser sustitutivo o equivalente de aquéllos que se otorgan de conformidad con el artículo 24 de dicha ley, los cuales, según se explicó anteriormente, son los exigidos para el acceso a determinados cargos de la Administración Pública.

Con base en lo anterior, frente a la pregunta

“¿Puede una persona presentar un título honorífico otorgado por una institución de educación superior como requisito para el ejercicio de un empleo del nivel profesional que exige acreditar título de formación profesional en el área académica determinada en el manual de funciones?”

LA SALA RESPONDE:

No, los títulos honoríficos otorgados por las instituciones de educación superior no suplen el requisito para el ejercicio de un empleo del nivel profesional que exige acreditar título de formación profesional en el área académica determinada en el manual de funciones.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

845 Por ejemplo, en Sentencia C-408 de 2001 al referirse a los requisitos profesionales para ocupar el cargo de Auditor General de la República, la Corte Constitucional señalaba que cuando la ley exige ser *profesional*, “necesariamente ha de entenderse que los candidatos deben poseer título universitario en una cualquiera de esas áreas, es decir, *haber cursado y aprobado los estudios correspondientes* y, por consiguiente, obtenido el título que, según la ley, los acredita para desempeñarse como tales.”

846 Conforme a diversos reglamentos educativos publicados en sus páginas electrónicas por instituciones universitarias.

VI.

Hacienda Pública, Bienes
del Estado y Tributos



VI. HACIENDA PÚBLICA, BIENES DEL ESTADO Y TRIBUTOS

1. Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, CORMAGDALENA. Impuesto de timbre nacional. **Radicado 1755** 249
2. Reconocimientos de derechos de propiedad privada sobre el subsuelo petrolero. **Radicado 1775** 256
3. Propiedad de los rendimientos financieros provenientes de recursos ejecutados por los establecimientos públicos del nivel nacional. **Radicado 1773** 276
4. Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías en Liquidación.
1) Cobro del impuesto predial e intereses por inmueble que hace parte de la infraestructura de transporte férreo. 2) Está obligada a pagar a los acreedores, intereses con posterioridad al decreto de liquidación? **Radicado 1778** 290
5. Impuesto de Industria y Comercio. SENA – Venta de productos elaborados en los Centros de Formación Profesional. **Radicado 1784** 312
6. FOSYGA – Destinación de recursos. **Radicado 1794** 320
7. Financiación de Universidades públicas. Obligaciones de las entidades territoriales. Situación de la Universidad del Atlántico. Revisión del Concepto del 26 de octubre de 2006, radicado 1770. **Radicado 1996** 330
8. Destinación de regalías. Las entidades territoriales pueden transferir recursos de regalías a las universidades territoriales para proyectos prioritarios de inversión, no para gastos de funcionamiento. **Radicado 2001** 347
9. Enajenación accionaria entre órganos estatales y venta de activos estatales distintos a acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones. Ley 226 de 1995. **Radicado 2002** 357
10. Regalías y compensaciones. Titularidad del Estado. Derecho de participación de las entidades territoriales. Rendimientos financieros y su titular. **Radicado 2010 y 2035 (Acumulados)** 367

**1. Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, CORMAGDALENA.
Impuesto de timbre nacional****Radicado 1755**

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2006/06/28

Levantamiento de la reserva mediante auto del 22 de julio de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Transporte, doctor Andrés Uriel Gallego Henao, plantea a esta Sala los criterios que se están debatiendo en torno a si la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, CORMAGDALENA, está o no obligada al pago del impuesto de timbre. De acuerdo con el texto de la consulta, la discusión sobre el tema puede sintetizarse así:

CORMAGDALENA no paga impuesto de timbre porque argumenta que es “un ente corporativo especial de naturaleza especial del orden nacional”, aunque la ley 161 de 1994 establezca que en lo no previsto por ella, la Corporación funciona como una empresa industrial y comercial del Estado.

La Contraloría General de la República ha expresado que la Corporación está vulnerando el artículo 519 del Estatuto Tributario, al no pagar el impuesto de timbre, lo cual da lugar a la aplicación de la multa establecida en el artículo 544 del mismo estatuto.

La DIAN, en respuesta a la consulta que le formulara la Contraloría General, explica que los artículos 532 y 533 del Estatuto Tributario al regular las exenciones al impuesto de timbre toman en cuenta “la calidad de los otorgantes”, para el caso, las entidades de derecho público, entre las cuales no incluye a las empresas industriales y comerciales, y concluye que “dado que esta es la naturaleza jurídica de la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena, no se puede considerar como una entidad de derecho público exenta de pago del impuesto de timbre nacional.”

A continuación, la consulta trae el “análisis de la naturaleza jurídica de Cormagdalena”, que, fundamentado en los artículos 331 de la Constitución Política, 1º de la ley 161 de 1994 y 85 de la ley 489 de 1998, sostiene que “la naturaleza jurídica de una Empresa Industrial y Comercial del Estado difiere mucho de la naturaleza jurídica de Cormagdalena”, ésta “no tiene una estructura operacional que le permita funcionar como Empresa... debido a la clara y expresa diferencia de sus objetos sociales ... la generación de ingresos propios de la Corporación ha sido mínima y depende casi absolutamente de las transferencias que provienen de la Nación y otras empresas públicas”; y también concluye que “al no ser Cormagdalena una Empresa Industrial y Comercial del Estado, conforme lo expresado en los textos legales antes citado (sic), no es sujeto pasivo del Impuesto de Timbre Nacional.”

El Ministro consultante insiste en precisar que la Corporación no es una empresa industrial y comercial del Estado, sino que sólo funciona como tal “de modo residual y supletivo” según lo menciona la ley 161 de 1994. Y finaliza citando un estudio del Departamento Nacional de Planeación, de enero del 2004, en el que se recomienda una discusión en torno a replantear la naturaleza jurídica de CORMAGDALENA.

La pregunta concreta que formula a la Sala dice:

“¿Es la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena –Cormagdalena – sujeto pasivo del impuesto de timbre nacional, siendo su naturaleza jurídica la de un ente corporativo especial del orden nacional?”

Para responder la Sala CONSIDERA:

El asunto planteado hace necesario indagar, de una parte, si por su ubicación en la estructura del Estado colombiano, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena corresponde o puede asimilarse a alguna de las entidades públicas que el Estatuto Tributario relaciona como exentas del impuesto de timbre nacional. De otra parte, también es preciso establecer si cuando la norma tributaria dispone que las empresas industriales y comerciales del Estado son sujetos pasivos del impuesto en comento, está refiriéndose estrictamente a ese tipo de entidad, o permite ser interpretada en el sentido de extender su disposición a otros tipos de entidades que actúan con sujeción al régimen de esas empresas.

1. La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena

Su creación es directamente constitucional, dispuesta en el artículo 331⁸⁴⁷ superior, con el objeto de recuperar el Río Magdalena, correspondiendo a la ley determinar su organización y fuentes de financiación, como en efecto lo hace la ley 161 de 1994⁸⁴⁸.

El constituyente del 91 cuando se ocupó de la recuperación del río Magdalena creó directamente una entidad que denominó corporación autónoma regional. Esta figura correspondía a un tipo de entidad que en el ordenamiento constitucional y legal entonces vigente se clasificaba como establecimiento público⁸⁴⁹, lo que a la luz de los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968⁸⁵⁰, determinaba un régimen jurídico de derecho público, la sujeción al control de tutela administrativa, expresada bajo la figura de la adscripción a un ministerio o departamento administrativo, y la pertenencia de la entidad al sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

847 Constitución Política, Art. 331: “Créase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena encargada de la recuperación de la navegación, de la actividad portuaria, la adecuación y la conservación de tierras, la generación y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables. / La ley determinará su organización y fuentes de financiación, y definirá a favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la Nación.”

848 Ley 161 de 1994, “Por la cual se organiza la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se determinan sus fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones”.

849 Acto legislativo No. 1 de 1968, Artículo 11: “El artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así: Corresponde al Congreso hacer las leyes. / Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: ... 10. Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales; expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado, y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar”. (Resalta la Sala).

850 Decreto Ley 1050 de 1968 - contenía las normas generales para la organización y el funcionamiento de la administración pública nacional -, Arts. 1º y 5º; Decreto Ley 3130 de 1968, Estatuto orgánico de las entidades descentralizadas, Arts. 1º y 8º. Ambos Decretos fueron derogados expresamente por el artículo 121 de la ley 489 de 1998: “Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Decretos-leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976.”

Las características enunciadas fueron también modificadas por el constituyente de 1991, pues en virtud del artículo 150, numeral 7⁸⁵¹, las corporaciones autónomas regionales son entidades separadas de la categorización tradicional de las entidades públicas de la rama ejecutiva y el legislador, en ejercicio de su función de reglamentar su creación y funcionamiento, debe configurar “un régimen de autonomía”, según lo ordena expresamente la norma en cita.

Este cambio constitucional fue recogido y desarrollado en la ley 99 de 1993⁸⁵², que definió a las corporaciones autónomas regionales como “entes corporativos de carácter público”, excluyendo expresamente de la aplicación de sus disposiciones a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena.⁸⁵³

Se detiene en este punto la Sala para recordar brevemente que en materia de estructura del Estado colombiano, la Carta adoptada en 1991, además de reiterar la división del poder público en las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, previó otros órganos para el “cumplimiento de las demás funciones del Estado,” a los cuales caracterizó como “autónomos e independientes”⁸⁵⁴, creando directamente algunos y dejando a la ley su organización y funcionamiento. Comparten esta calificación constitucional, los órganos de control, los electorales, las universidades, el Banco de la República, la Comisión Nacional de Televisión y las corporaciones autónomas regionales.

Con base en la abundante y reiterada jurisprudencia constitucional⁸⁵⁵ al respecto, son características de estas entidades las siguientes:

i) No pertenencia a alguna de las ramas del Poder; ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del Poder y por ende actuación funcionalmente independiente de ellas; iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada”⁸⁵⁶.

851 Constitución Política de 1991, Art. 150: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ... 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.” (Destaca la Sala).

852 Ley 99 de 1993 (diciembre 22), “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No. 41.146, de 22 de diciembre de 1993.

853 Ley 99 de 1993, Art. 23. “Naturaleza jurídica. Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente. / Exceptuase del régimen jurídico aplicable por esta Ley a las Corporaciones Autónomas Regionales, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, creada por el artículo 331 de la Constitución Nacional, cuyo régimen especial lo establecerá la ley.”

854 Constitución Política, Art. 113: “Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. / Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”

855 Cfr. Sentencias C-497-95, C-178-97, C-220-97, C-312-97, C-489-97, C-383-99, C-401-01, C-560-01, C-775-01, C-832-02, C-803-03, C-1176-04,

856 Cfr. entre otras, sentencias C-189 de 1998 M.P., Alejandro Martínez Caballero; C-167 de 1995 M.P., Fabio Morón Díaz; C-373 de 1997 Fabio Morón Díaz.

A lo cual se agrega que la autonomía que les es reconocida por la Constitución no implica que sean ajenas e independientes del mismo Estado, “pues cualquier entidad pública, por el simple hecho de pertenecer a un Estado de Derecho se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la ley.”⁸⁵⁷

Ahora bien, al expedir la ley 489 de 1998⁸⁵⁸ el legislador regula la organización y el funcionamiento de las entidades que integran la rama ejecutiva del poder público, y determina aquellas que sin hacer parte de ésta conforman la administración pública, unas de las cuales son los organismos y entidades a los que la Carta reconoce autonomía e independencia, para cuyo tratamiento remite a “las respectivas leyes.” Así, en el artículo 38 trata de la “integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional”, tanto en el sector central como en el descentralizado, en ninguno de los cuales ubica a los entes autónomos; mientras que en el artículo 40, estatuye:

“Artículo 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes.”

La ley 489 de 1998 no contiene referencia específica a la Corporación del Río Grande de la Magdalena, pero tratándose de una corporación autónoma regional, de origen constitucional, debe entenderse comprendida en el artículo 40 que se ha dejado transcrito, el cual sencillamente preserva la autonomía e independencia de las corporaciones autónomas regionales y de otras entidades estatales, en cumplimiento del mandato constitucional. Se reitera que su definición como entes autónomos, no la excluye de la definición de “administración pública” que trae el artículo 39 de la misma ley, que sobre el particular expresa:

“Artículo 39. Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano. (...)”

Del contenido de esta disposición concluye la Sala que las corporaciones autónomas regionales, incluida la del río Grande de la Magdalena, forman parte de la administración pública, pero son independientes de la rama ejecutiva (y por disposición del artículo 113 constitucional, de las demás ramas del poder público) y se rigen por las leyes especiales que la Constitución tiene previstas para ellas.

Tratándose de CORMAGDALENA, su régimen especial, como ya se indicó, se encuentra en la ley 161 de 1994, que en su artículo primero estatuye:

“Artículo 1º. Organización y naturaleza jurídica. Organízase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, cuya sigla será Cormagdalena, creada por el artículo 331 de la Constitución

857 Sentencia C-310 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; en igual sentido, las sentencias C-401-01, C-402-01, C-803-03, C-1176-04, entre otras.

858 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”

Política, como un ente corporativo especial del orden nacional mediante autonomía administrativa, presupuestal y financiera, dotado de personería jurídica propia, el cual funcionará como una Empresa Industrial y Comercial del Estado sometida a las reglas de las Sociedades Anónimas, en lo no previsto por la presente ley.”

Revisados los antecedentes del trámite legislativo, se encuentra que la redacción finalmente aprobada por el legislador en punto a la definición y al régimen de CORMAGDALENA, se precisó en la ponencia para segundo debate en el Senado de la República⁸⁵⁹, en la que se lee:

*“La Constitución ha creado tres entes con características muy especiales y profundamente diferentes al esquema organizacional que el país hoy tiene legalmente preceptuado. Estos organismos son: a) El organismo regulador de la televisión (artículo 77, C.N.); b) El Banco de la República (artículo 371, C.N.), y c) La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (artículo 331, C.N.). / Por mandato constitucional, la naturaleza jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Magdalena debe ser determinada por la ley. De igual manera su régimen de adscripción; porque su origen y creación constitucional la erige como una entidad especial administrativa, técnica, de control y coordinadora del conjunto de proyectos, programas y actividades de un plan de desarrollo que le permita desacelerar el deterioro del río y ser la promotora de las actividades de empresas que permitan al capital privado, vincularse al desarrollo de actividades relacionadas con la recuperación de la Cuenca del Río Magdalena y las que fijen sus objetivos económicos en los muelles, navegación, el transporte de la carga y la recreación turística. / Consecuente con este pensamiento, se introdujeron en el proyecto las siguientes modificaciones: 1. **Naturaleza jurídica.** Se constituye como una empresa industrial y comercial del Estado, sometida a las reglas de las sociedades en lo no previsto en la presente ley. (...)” (las negrillas son del texto)*

No obstante la redacción del tema de la naturaleza jurídica en la ponencia, el texto del articulado sometido a votación dispuso organizar esta corporación como “un ente corporativo especial... el cual funcionará como una empresa industrial y comercial del Estado...”.

Concluye entonces la Sala que CORMAGDALENA es un organismo de creación constitucional, autónomo e independiente de las ramas del poder público; no es una empresa industrial y comercial del Estado, pero su régimen especial, que se encuentra en la ley 161 de 1994, remite al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado en todo cuanto la ley especial no regule.

En materia tributaria los antecedentes de la ley 161 de 1994 muestran que en el Congreso de la República se propuso, discutió y aprobó un régimen de exoneraciones de impuestos nacionales a favor de las personas naturales y jurídicas que invirtieran en jurisdicción de la corporación, que fue objetado por el gobierno nacional y eliminado del texto de la ley finalmente aprobado; pero nada se planteó respecto de CORMAGDALENA como sujeto pasivo de impuestos.⁸⁶⁰

859 Gaceta del Congreso, No. 443, diciembre 9 de 1993. Ponencia para segundo debate, Proyecto de ley número 48 de 1993 Senado, “Por la cual se organiza y se determinan las fuentes de financiación de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena.”

860 Cfr. Gacetas del Congreso, Nos. 15 de 30 de enero de 1996, 441, diciembre 7 de 1993; 460, 15 de diciembre de 1993.

2. Sujetos pasivos y exenciones en el régimen del impuesto de timbre nacional

En el punto anterior, se estudió bajo qué tipo de entidad pública encajaba CORMAGDALENA, con el fin de poder interpretar las normas que en el Estatuto Tributario consagran el impuesto de timbre sobre los documentos y las excepciones al mismo. En éste acápite, se procede entonces a analizar si dada la anterior definición de la Corporación como una entidad autónoma que forma parte de la administración pública nacional, pero que no se encuentra dentro de la rama ejecutiva, es o no sujeto del impuesto de timbre.

El artículo 515 del Estatuto Tributario, en la redacción proveniente de la ley 6ª de 1992, dice:

“Artículo 515.- Quiénes son contribuyentes. Son contribuyentes las personas naturales o jurídicas, sus asimiladas, y las entidades públicas no exceptuadas expresamente, que intervengan como otorgantes, giradores, aceptantes, emisores o suscriptores en los documentos.”

“Así mismo es contribuyente aquel a cuyo favor se expida, otorgue o extienda el documento.”

El punto de partida del análisis se encuentra en la norma transcrita, según la cual las *entidades públicas* son sujetos pasivos del impuesto de timbre, salvo las expresamente exceptuadas por la ley, que pueden constar en el Estatuto Tributario o en leyes particulares.

Es claro, y ésta fue una de las conclusiones del punto anterior de este concepto, que la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, CORMAGDALENA por hacer parte de la administración pública, encaja en la noción de *entidad pública* que utiliza la norma recientemente transcrita, de manera que es sujeto del impuesto de timbre nacional, salvo norma expresa en contrario.

El Estatuto Tributario en los artículos 532 y 533, regula la excepción que se consagra en favor de las “entidades de derecho público” en los siguientes términos:

“Artículo 532. Las entidades de derecho público están exentas del pago del impuesto de timbre. Las entidades de derecho público están exentas del pago del impuesto de timbre nacional.” (Inc. 1º, modificado por la ley 223/95, art. 162.)

“Cuando en una actuación o en un documento intervengan entidades exentas y personas no exentas, las últimas deberán pagar la mitad del impuesto de timbre, salvo cuando la excepción se deba a la naturaleza del acto o documento y no a la calidad de sus otorgantes.”

“Cuando la entidad exenta sea otorgante, emisora o giradora del documento, la persona o entidad no exenta en cuyo favor se otorgue el documento, estará obligada al pago del impuesto en la proporción establecida en el inciso anterior.”

“Artículo 533. Qué se entiende por entidades de derecho público. Para los fines tributarios de este libro, son entidades de derecho público, la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Distritos Municipales, los Municipios y los organismos o dependencias de las ramas del poder público, central o seccional, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta.”

Como se observa, el artículo 532 excepciona del impuesto de timbre a las entidades de derecho público, expresión que tiene su propia definición en el artículo 533 también transcrito, en la que se hace una relación de entidades y organismos, en la que no se hallan los entes autónomos, creados a partir de la Constitución Política de 1991. Se hace esta aclaración, puesto que la norma de la que proviene este artículo 533, corresponde al artículo 27 de la ley 2ª de 1976⁸⁶¹, expedido cuando aún no se conocía este tipo de entidades públicas, las autónomas, que son creadas por la carta política.

Esta circunstancia lleva a la Sala a tener que plantearse esta pregunta, ¿dado el origen histórico del artículo 533, se debe entender que se quiso incluir por el legislador la totalidad de los entes administrativos, o por el contrario, se debe interpretar la misma como una excepción a la regla general contenida en el artículo 515, según el cual todas las entidades públicas están obligadas al impuesto, salvo las expresamente mencionadas?

Entre las dos posibilidades de interpretación, opta la Sala por la segunda, de conformidad con el primer inciso del artículo 27 del código Civil, según el cual “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, dado que la enumeración contenida en el artículo 533 es taxativa pues se está en presencia de una regla general (artículo 515) y de una exceptiva, sin que haya realmente oscuridad en la misma. Asumir la intención del legislador, o su espíritu, no es acertado dada la estructura lógica de las reglas que se comentan.

Es entonces claro que por ser CORMAGDALENA una corporación autónoma regional, de creación directa por la Constitución Política, con una legislación especialmente expedida para ella, contenida en la ley 161 de 1994, no puede, por vía de doctrina asimilarse a las entidades de derecho público determinadas por el transcrito artículo 533 del Estatuto Tributario. Se anota que el legislador, tanto al expedir la ley 99 de 1993, genérica de las corporaciones autónomas regionales, como la 161, específica para CORMAGDALENA, guardó silencio al respecto, actitud que fue completamente diferente en relación con el Banco de la República, pues en la ley 31 de 1992 que lo regula, expresamente lo exoneró del pago de este impuesto⁸⁶².

Ahora bien, se anotó en el primer punto de este concepto, que la ley 161 de 1994, al definir el tipo de entidad pública que estaba organizando, dispuso que el régimen que le era aplicable, a falta de norma expresa en esta ley, era el de las empresas industriales y comerciales del estado.

De esta remisión, podía pensarse en establecer la excepción al pago del impuesto de timbre, pues la ley 489 de 1998 en su artículo 87 extiende a estos dos tipos de entidades, empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta, los privilegios y prerrogativas que se le conceden a la Nación, salvo dos excepciones, que haya norma expresa en contrario o que compitan con particulares, con el fin de garantizar la igualdad y la libre competencia entre empresas. En el caso del impuesto de timbre, es claro que existe una norma expresa en contrario, el artículo 532 ya transcrito, según el cual, estas entidades que prestan funciones industriales, comerciales y de gestión económica, están

861 La ley 2ª de 1976 reestructuró el impuesto de timbre nacional.

862 Artículo 57.

obligadas a pagar tal impuesto, de manera que no puede otorgárseles el privilegio que posee la Nación frente al impuesto de timbre.

Con base en las premisas anteriores, LA SALA RESPONDE:

Sí, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena –Cormagdalena - es sujeto pasivo del impuesto de timbre nacional.

Transcríbase al señor Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

2. Reconocimientos de derechos de propiedad privada sobre el subsuelo petrolero

Radicado 1775

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 2006/09/05

Levantamiento de la reserva mediante auto del 4 de octubre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Hernán Martínez Torres, solicitó concepto a esta Sala acerca del reconocimiento de propiedad privada sobre un yacimiento de petróleo descubierto y abandonado con anterioridad a la ley 20 de 1969. A tal fin formuló las siguientes preguntas:

“1. A la luz de la legislación actual, en especial teniendo en cuenta la función social que debe cumplir la propiedad, deber del que no escapa la propiedad particular sobre el subsuelo petrolero como se ha establecido, es viable declarar la extinción de dominio en caso como el que nos ocupa en el cual la ejecución de las operaciones relacionadas con el ejercicio de tal derecho no ha sido continua? En otras palabras a qué instrumento podríamos acudir para evitar que de manera justificada se retengan áreas respecto de las cuales el Estado bien podría estar adelantando actividades en este sentido que de resultar satisfactorias redundarán en beneficios de interés general?

2.- Teniendo en cuenta que reiteradamente la jurisprudencia ha manifestado que el reconocimiento de propiedad sobre el subsuelo se predica de las minas cuya existencia se había comprobado o descubierto como cuerpo cierto y definido, antes del 22 de diciembre de 1969 fecha en que se expidió la ley 20, se pregunta:

2.1. Es viable tal reconocimiento cuando la reclamación se fundamenta en un yacimiento descubierto con anterioridad al 22 de diciembre de 1969 fecha de expedición de la ley 20, aunque para tal fecha ya no estuviera en producción o explotación al punto de que su único pozo productor hasta entonces ya se encontraba abandonado y taponado?

2.2. En caso de ser negativa la respuesta a la anterior pregunta, de quién se reputará la propiedad del hidrocarburo si se llegare a obtener posteriormente del mismo yacimiento, es decir del Estado o propiedad privada?

2.3. Se puede afirmar que el reconocimiento de propiedad privada se entiende exclusivamente respecto del yacimiento descubierto antes del 22 de diciembre de 1969 o este se hace extensivo a toda el área de interés es decir involucrando los yacimientos que se encuentren, posteriormente, en el mismo predio?"

Como antecedente de su consulta, la entidad expuso la situación que se presenta en el contrato de asociación denominado BUGANVILES suscrito entre ECOPETROL S.A. y la Compañía Holywell Resources S.A., a raíz de una reclamación presentada por un grupo de familias sobre el reconocimiento de derechos de propiedad privada de los recursos del subsuelo en los predios de la antigua hacienda "La Trinidad", ubicada en la jurisdicción del Municipio de Coello (Tolima), que forma parte de área comprometida en dicho contrato.

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Para iniciar el análisis que se ha solicitado, es preciso reiterar lo que en oportunidades anteriores ha señalado esta Sala respecto de su competencia para pronunciarse sobre consultas de carácter particular, en el sentido que el concepto no tiene como propósito definir derechos pues su función no es jurisdiccional, sino orientar a la administración sobre los criterios que se deben analizar al establecer la situación de los particulares que están reclamando el reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre el subsuelo.

Así las cosas, con base exclusivamente en los elementos de juicio aportados a la consulta, se emite concepto en términos generales.

1. Situación objeto de consulta

De la información documental aportada por la entidad consultante, la Sala destaca, la siguiente:

1.1 Escritura Pública No. 55 del 7 de febrero de 1923. Contrato de Exploración y Explotación

Según consta en la escritura pública 55 del 7 de febrero de 1923 de la Notaría Primera de la ciudad de Ibagué, la señora Sara Roa Ramírez suscribió un contrato con el señor James T. Mc. Mahon cuyo objeto fue conceder los derechos de explorar, explotar y beneficiar con exclusión de cualquier persona, todo el petróleo, asfalto, gas natural y todos los hidrocarburos y demás sustancias o materias semejantes que tanto en el suelo como en el subsuelo contuviere el globo de terreno denominado "La Trinidad", por el término de quince (15) años y por las prórrogas a que hubiere lugar.

1.2 Cesión de Contrato

De acuerdo con los documentos allegados, mediante escritura pública 2954 del 26 de noviembre de 1925 de la Notaría Segunda de Bogotá, el señor Mahon cedió la explotación a la compañía Richmond Petroleum Company que a su vez lo cedió a la Tropical Oil Company por escritura pública 3082 de 30 de diciembre de 1950 de la Notaría Quinta de Bogotá.

1.3 Aviso sobre exploración y explotación de petróleos. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia

Según consta en la copia de la escritura pública No. 121 del 5 de febrero de 1958, por la cual se protocolizó la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 22 de febrero de 1946, la compañía Richmond Petroleum Company of Colombia dio aviso al entonces Ministerio de Minas y Petróleos de que se proponía efectuar trabajos de exploración, perforación y explotación del petróleo de propiedad privada que se encontrara en un globo de terreno situado en la jurisdicción del Municipio de Coello, en el Departamento del Tolima, formado entre otras por la finca “La Trinidad y Lagunitas”, de propiedad de la señora Rosa V de Ramírez⁸⁶³, con la que esa compañía había celebrado un contrato⁸⁶⁴.

Esta entidad, luego de analizar el concepto proferido por el Ministerio Público, según el cual, los documentos aportados por los solicitantes con el fin de demostrar el dominio privado sobre el petróleo eran incompletos y jurídicamente ineficaces para demostrar que los terrenos salieron del dominio de la Corona Española, mediante la resolución proferida el 29 de septiembre de 1943, dispuso enviar a la Corte Suprema de Justicia, el aviso de exploración para que en juicio sumario decidiera si eran o no fundadas las pretensiones de los avisantes.

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo proferido el 22 de febrero de 1946, declaró fundada la pretensión de la Richmond Petroleum Company of Colombia y de las personas que intervinieron en el proceso “*para explorar y explotar petróleo en las tierras situadas en el municipio de Coello, Departamento del Tolima*”, en el área de terreno que comprende entre otras, la finca la Trinidad y Lagunitas, con base, entre otros, en los siguientes argumentos:

“(...) la Corte ha dicho, y lo ratifica en esta decisión, que hay base jurídica bastante para que cuando quiera que se demuestre una explotación económica de tierras realengas o baldías hecha en el lapso antes de 1873, ha de ser procedente el reconocimiento de la propiedad particular del subsuelo, por haberse cumplido el traspaso del dominio de la Nación al dominio particular por uno de los medios idóneos previstos en las leyes, el de la posesión inmemorial de la colonia, o justa prescripción, o el de la posesión real y efectiva del terreno cultivado, así llamado en la República (...) En el presente juicio sumario el apoderado del avisante se acoge subsidiariamente a la comprobación del dominio de las tierras a que el aviso se refiere mediante la demostración de haberse hecho en ellas una explotación económica antes del año de 1873 y bastante para satisfacer las exigencias legales al respecto.

“El terreno a que el aviso se refiere tiene una extensión de aproximada de 1964 hectáreas y se halla debidamente determinado (...). Los documentos acompañados por el avisante y relacionados por él para acreditar explotación económica demuestran una serie o cadena que se extiende desde la época en que el Presbítero Cuenca hizo su testamento hasta los años de 1857, 1865 y 1870 en que aparecen, según

863 Pagina 3. Escritura Pública.121 del 5 de febrero de 1958.

864 **Ley 160 de 1936. “Artículo 6º.-** Toda persona natural o jurídica que pretenda efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo que reputa como de propiedad privada, deberá dar, en cualquiera de estos dos casos, un aviso al Ministerio respectivo (...)” Artículo 37.- (...) Cuando el Ministerio del ramo, en vista de los documentos que se hayan acompañado al aviso o por las demás informaciones que obtenga, estime que es de la Nación el petróleo de que trata, enviará toda la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia”. Nota: este artículo fue derogado por los artículos 35 y 36 del decreto 1056 de 1953.

los documentos que así lo atestiguan, otros adquirentes sucesores de las primitivas tierras, ejecutando actos, que constan en documentos, y que implican explotación económica de las tierras.(...)

“Estima la Sala ser suficientes como indicativos de una explotación económica continua, real y efectiva de las tierras a que el aviso se refiere, la que en ellas se realizó durante el período colonial a partir de 1791 y en los primeros sesenta años de la república, con origen en la que alcanzó a hacer el presbítero Cuenca, la que en relación con el área era bastante para demostrar tal explotación en la época en que ella se efectuó. (...)

“Las anteriores comprobaciones fundamentan la deducción a que llega la Sala de que las tierras a que el aviso se refiere fueron objeto en la Colonia y en la República hasta 1873 de una continua, real y efectiva posesión, suficiente para consumarse respecto de ellas la prescripción adquisitiva, en armonía con la legislación imperante entonces; y que por tanto debe concluirse en el presente juicio que salieron del patrimonio del Estado y pasaron al de los particulares antes del año de 1873”.

Dicha sentencia se inscribió en el libro de avisos del Ministerio bajo el número 52 del 15 de marzo de 1948.

1.4 Cesión de contratos de explotación de petróleo de propiedad privada

La compañía Richmond Petroleum Company cedió mediante escritura pública No 1225 del 25 de febrero de 1952 de la Notaría Segunda de Bogotá el contrato de explotación a la Internacional Petroleum (Colombia) Limited.

Esta última y los copropietarios de la hacienda la Trinidad compuesta por dos lotes conocidos con los nombres de Trinidad (primer lote) y Lagunitas (segundo lote) mediante escritura pública 2157 de 1957 de la Notaría de Ibagué precisaron algunos puntos relativos al régimen de regalías a que tenían derecho.

Posteriormente, mediante la escritura 1631 del 13 de septiembre de 1956, los señores Orlando Santofimio Acosta y Adelina Ospina de Santofimio concedieron a la Internacional Petroleum colombia Limited –Intercol-, el derecho a ocupar unas zonas comprendidas dentro del área de las fincas la Trinidad y Lagunitas, para la explotación del pozo Gualanday No. 3 cuya duración se preveía por el tiempo necesario para realizar los trabajos respectivos.

1.5 Iniciación de las actividades de explotación comercial

Dentro de los documentos allegados aparece una comunicación de Intercol dirigida al señor Ministro de Minas y Petróleos de la época recibida el 4 de marzo de 1961, en la cual, se hicieron las siguientes declaraciones:

*“Dentro de la hacienda mencionada perforamos el pozo Gualanday #3 que actualmente se **halla en pruebas de producción**. El petróleo de allí extraído durante estas pruebas se ha refinado en la refinería de la Intercol en la Dorada y se ha destinado al consumo interno del país, y ha sido declarado exento del impuesto (...) **Avisamos a usted que el campo Trinidad entrará en explotación el día 5 de marzo de 1961**, y que el petróleo que se siga extrayendo del pozo Gualanday #3 se seguirá refinando en nuestra planta de la Dorada, para el consumo interno del país, lo mismo que el que se extraiga de los otros que lleguemos a perforar en dicho campo, salvo que avisemos a ese despacho lo contrario. (...)*”. (Resalta la Sala)

El Ministerio de Minas y Petróleos, mediante la resolución 0723 del 13 de julio de 1961, resolvió:

“Primero.- *Tiéndose como fecha inicial de la explotación del petróleo de propiedad privada existente en el campo denominado “Trinidad y Lagunitas”, la del 5 de marzo de 1961”, conforme al aviso de iniciación dado por la sociedad denominada International Petroleum (Colombia) Limited.*

1.6. Terminación del contrato de explotación suscrito con Intercol

Según consta en la escritura pública No. 401 del 10 de febrero de 1969 elevada ante la Notaría Quinta del círculo de Bogotá, el contrato suscrito entre los señores Santofimio e Intercol se dio por terminado, en los siguientes términos:

“Que el 29 de enero del presente año fueron terminados los trabajos de abandono y taponamiento del pozo Guandalay #3 conforme a aprobación impartida para tal efecto por el Ministerio de Minas y Petróleos como consta en acta suscrita en esa misma fecha por un funcionario de ese Ministerio designado para presenciar estos trabajos. (...) Que en virtud de lo expresado en la cláusula anterior, ha cesado por parte de Intercol la ocupación de zonas de terreno y las ha devuelto a sus propietarios, estando a paz y salvo con ellos por concepto de las obligaciones contraídas en el contrato contenido en la escritura pública mencionada (...)” (Resalta la Sala).

Cabe señalar que, la entidad consultante no allegó la copia del acta de abandono del pozo Gualanday No.3 en la que de acuerdo con los apartes de la comunicación transcrita participó el Ministerio de Minas y Petróleos hoy Ministerio de Minas y Energía.

1.7. Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía

En la consulta se transcriben unos apartes de una comunicación de la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, radicada bajo el número interno 418797 del 19 de septiembre de 2004, en la cual, se lee:

“Revisados los documentos técnicos que reposan en el Archivo Central del Ministerio y las liquidaciones de pago de regalías, las cuales acompañan la solicitud del peticionario, nos permitimos realizar las siguientes observaciones:

- *Las formas “producción de petróleo, gas y agua”, donde se aclara que es producción en pruebas, encontradas reportan producción en la formación Rosablanca del pozo Gualanday –3 desde enero de 1959 a marzo de 1963.*
- *La producción inicial diaria del pozo estaba entre 1500 bls a 1200 bls, al culminar la producción se tenía una producción promedio de 20 bls.*
- *De las liquidaciones que anexa el peticionario se observa que la producción inicial del pozo en el año 1957 fue así:*

Septiembre 6469 bls.

Octubre 5435 bls.

Noviembre 2555 bls.

“Debido a que no existen más datos técnicos, con esta producción se podría concluir que se trata de unas reservas muy pequeñas, que fueron producidas hasta su recobro económico.

“Concluimos de lo anteriormente expuesto que para el caso en análisis el descubrimiento en que se sustenta la reclamación, corresponde al que se logró a través del pozo Gualanday-3, el cual, como ya señalamos, únicamente tuvo producción entre 1958 y 1969 habiéndose agotado sus reservas.”

1.8. Contratos de explotación allegados por los particulares que reclaman el derecho a la propiedad privada del subsuelo

Por último, la entidad consultante da cuenta de que los particulares que están reclamando el reconocimiento al derecho de propiedad privada sobre los recursos del subsuelo informaron a esa Cartera sobre la existencia de dos contratos de exploración y explotación que prueban la explotación petrolífera del subsuelo sobre las áreas mencionadas durante la década de los 70 y 80.

Sin embargo, el Ministerio aclara que *“revisada la documentación que reposa en este Ministerio respecto del caso en análisis, no se evidencia el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1º de la ley 10 de 1961, según el cual los actos y contratos que con posterioridad al respectivo reconocimiento de propiedad privada del petróleo trasladen o muden de dominio de los subsuelos respectivos o las que impongan gravámenes o limitaciones de cualquier naturaleza, deberán ser registrados en esta entidad, requisito que se ha debido cumplir dentro de los meses siguientes a dichos actos (sic)”*⁸⁶⁵.

Los reclamantes aportaron la escritura pública elevada ante la Notaría Segunda del Círculo de Ibagué No. 3037 de octubre de 1981, en la cual, los señores Roberto Santofimio Acosta y Edgardo Chávez Velásquez, éste, en representación de la Chevron Petroleum Company of Colombia, acordaron:

*“Que por medio del presente instrumento **ratifican, para que surta todos los efectos legales el contrato de exploración y explotación de terrenos petrolíferos** contenidos en las escrituras públicas números: cincuenta y cinco (55) de siete (7) de febrero de mil novecientos veintitrés (1923) (...) esta ratificación se refiere exclusivamente a todo cuanto pueda afectar el suelo y el subsuelo cuya propiedad pertenezca a la fecha de este instrumento. (...) Las partes convienen una nueva prórroga del contrato, la cual empezó el día 24 de marzo de 1973 y termina el día 23 de mayo de 1988. (...) Si al vencimiento de esta prórroga o de las subsiguientes, el terreno se hallare en período de explotación petrolífera, la prórroga operará automáticamente (15 años)”*.

1.9. Memorando interno de la Dirección de Hidrocarburos

Por último, la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, mediante oficio radicado bajo el No. 2006013797 del 5 de septiembre de 2006, hace constar lo siguiente:

“Los pozos perforados en el área actualmente se encuentran abandonados como se puede observar en las fotografías anexas:

865 Este texto corresponde a la solicitud de consulta formulada por el Ministerio de Minas.

NOMBRE DEL POZO	FECHA DE ABANDONO
Gualanday –1	Mayo/49
Gualanday-2	Mayo/49
Gualanday-3	Enero 29 de 1969
Coello-1	Abril /1972
Manzana –1	Marzo 16/2005
Manzana –2	Marzo 16/2005

“(…) A su vez, analizando las figuras Nos. 4, 7, 11, 12, 14,15, 17 del concepto emitido en diciembre de 2005, se puede observar que estructural y estratigráficamente cada uno de los pozos perforados (Gualanday 1, Gualanday 2 y Gualanday 3 y Coello 1) se localizan en bloques diferentes.

“Por lo anterior, a la luz de lo establecido en el artículo 2º de la ley 97 de 1993 (...) este despacho desde el punto de vista técnico considera que sólo existe descubrimiento en el pozo Gualanday –3, el cual, para el año 1969 se encontraba agotado.”

El recuento de los antecedentes descritos conduce a la Sala a afirmar en el caso objeto de estudio:

- Que mediante la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, en el año de 1946, esa Corporación reconoció el derecho de unos particulares a explorar y explotar hidrocarburos de propiedad privada, cuyos efectos deben analizarse a la luz de la Constitución y de las leyes 20 de 1969 y 97 de 1993.
- Que se extrajo petróleo a través de un pozo denominado Gualanday No.3 ubicado en la zona de la finca la Trinidad y Lagunitas, en los volúmenes indicados por el Ministerio de Minas, cuya fecha de iniciación de explotación data del 5 de marzo de 1961.
- Que el pozo Gualaday No. 3 fue abandonado el 29 de enero de 1969.
- Que no obstante haberse producido el abandono del mismo, los particulares reclamantes aportaron un contrato de exploración y explotación, aparentemente, para probar la continuidad de las actividades de exploración y explotación de lo hidrocarburos en el subsuelo de la finca la Trinidad que hoy hace parte del contrato de asociación denominado Buganviles suscrito entre ECOPETROL y la compañía Holywell Resources S.A..

Los hechos anteriores, conducen a la Sala a centrar metodológicamente su análisis en varios problemas jurídicos, a saber:

1. Es viable reconocer el derecho a la propiedad privada sobre un yacimiento de petróleo descubierto antes de la ley 20 de 1969?
2. Cuál es el efecto jurídico del abandono del pozo denominado Gualanday No.3 ?
3. ¿Puede declararse la extinción de dominio de hidrocarburos a la luz de la ley 685 de 2001?
4. ¿Cuál es el instrumento jurídico para garantizar la función social de la propiedad del subsuelo petrolífero que de acuerdo con la legislación vigente se reputa de propiedad privada?

Con el fin de responder estos interrogantes, la Sala considera procedente hacer un breve recuento de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que por vía de excepción permiten reconocer derecho de propiedad privada sobre hidrocarburos.

2. Derechos de propiedad de hidrocarburos

2.1. Constituciones de 1886 y 1991

El artículo 202 de la Constitución de 1886, consagraba como principio que los recursos del subsuelo son de propiedad de la República, sin perjuicio de lo derechos adquiridos conforme a la legislación anterior, en los siguientes términos:

“Artículo 202.- Pertenecen a la República de Colombia:

- 1. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana el 15 de abril de 1886.*
- 2. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.*
- 3. Las minas de oro, plata y platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores de algunas de ellas”.*

Este principio aparece con mayor claridad en el artículo 332 de la actual Constitución, conforme al cual:

“Artículo. 332.- El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”. (Se resalta).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y la doctrina en forma unánime han señalado que por regla general el subsuelo petrolífero pertenece al Estado, cuya titularidad se justifica no sólo por el carácter no renovable de este recurso sino por que éstos hacen parte de la soberanía. La Asamblea General de las Naciones Unidas así lo reconoció desde 1952, al señalar que de acuerdo con el derecho internacional los Estados deben respetar el derecho soberano que cada uno ostenta sobre su riqueza y sus recursos naturales.⁸⁶⁶

Cabe señalar que el decreto ley 1760 de 2003, le otorga a las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación el carácter de activos estratégicos cuya administración está hoy a cargo de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

2.2. Decreto legislativo 1056 de 1953.- Por el cual se expide el Código de Petróleos

El Código de Petróleos expedido en 1953, declaró de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución y en desarrollo del precepto constitucional del artículo 202, dispuso:

866 Asamblea de las Naciones Unidas. Resolución 626. Sesión Plenaria. 21 de diciembre de 1952. Resolución 3281. Sección Plenaria. 12 de diciembre de 1974.

“Artículo 5º.- Los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos.

“Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912, bastando en este último caso, para efectos de los incisos primero y segundo del artículo 35 de este Código, presentar el título de adjudicación expedido por la autoridad competente durante la vigencia del citado Código Fiscal” (Se resalta).

Esta norma fue derogada tácitamente por la ley 20 de 1969, con el fin de unificar la política y la legislación nacional en materia de propiedad de las minas y yacimientos de hidrocarburos, como se explicará más adelante, respetando los derechos adquiridos con base en la legislación anterior.

2.3. Ley 10 de 1961. Por la cual se dictan disposiciones en el ramo del petróleo

El artículo 1º de esta ley creó el registro en el Ministerio de Minas de todas las providencias administrativas y de las sentencias judiciales que reconozcan y declaren definitivamente la propiedad privada del petróleo y de *“los actos y contratos que con posterioridad a dicho reconocimiento trasladen o muden el dominio de los subsuelos respectivos, o les impongan gravámenes o limitaciones de cualquier naturaleza”* .

De acuerdo con lo previsto en el mismo artículo, las finalidades del registro son:

1. “Llevar la estadística de los petróleos de propiedad particular existentes en el país.
2. “Poner al alcance de todos el estado o situación de estas propiedades.
3. “Dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los reconocimientos sujetos al registro haciendo intervenir en su guarda y conservación un alto organismo del Estado”.

La renuencia en el cumplimiento de esta obligación se sanciona con una multa a favor del Tesoro Nacional.

Adicionalmente, estableció, a cargo de quien explota petróleo de propiedad privada un impuesto, en los siguientes términos:

“Artículo 17.- Todo explotador de petróleo de propiedad privada, que inicie trabajos de explotación con posterioridad a la vigencia de esta ley, pagará al Estado el siguiente impuesto, en especie o en dinero, a voluntad del Gobierno, en el campo de producción: (...)”

2.4. Ley 20 de 1969. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos

Esta ley tiene una especial importancia en el caso objeto de la presente consulta, en la medida en que a través de la misma, el Gobierno con base en artículo 202 de la Constitución Política de 1886, desarrolló el postulado según el cual, las minas son patrimonio de la Nación dejando a salvo los derechos constituidos a favor de terceros, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas, subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos”. (Resalta la Sala).

Disposición aplicable por expreso mandato del legislador a los yacimientos de hidrocarburos, según dispone el artículo 13 de la ley 20 de 1969:

“Artículo 13.- Las normas contenidas en el artículo 1º de esta ley se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos”.

En este punto, conviene referirse a los antecedentes legislativos de esta ley con el propósito de dilucidar su alcance frente al caso planteado en la consulta.

De acuerdo con la exposición de motivos de dicha ley su finalidad no era otra que adaptar la legislación minera al espíritu de la Constitución de 1886 y eliminar los obstáculos que habían venido entorpeciendo el desarrollo de actividades de exploración, explotación y beneficio de las minas, pues mientras las disposiciones constitucionales concedían a la República derechos exclusivos sobre todos los yacimientos que se encontraban en el territorio nacional, con excepción de los que en 1886 estaban vinculados a situaciones jurídicas individuales perfeccionadas con anterioridad a ese año, la legislación prolongaba *“artificialmente la vigencia de sistemas derogados”*, según lo expresado por el doctor Carlos Gustavo Arrieta, autor del proyecto en su calidad de Ministro de Minas de la época.

Así las cosas, esta ley obedeció a la necesidad que tenía el Estado de desarrollar una política eficaz de aprovechamiento total de los recursos mineros a través de la explotación de los yacimientos comercialmente aprovechables que no se habían explorado técnicamente y tampoco se explotaban económicamente. Sobre este particular expuso el ponente:

“Aunque son bastante incompletos los datos estadísticos sobre las minas adjudicadas, redimidas a perpetuidad o adquiridas por los particulares a cualquier título, bien puede afirmarse sin temor a errar que todas ellas alcanzan a una cantidad superior a las seis mil. Si de este número se descuentan las que no están en condiciones de producción por haberse agotado sus reservas recuperables o por otras circunstancias de diversa índole, queda todavía una cifra muy elevada de yacimientos comercialmente aprovechables que no se han explorado técnicamente y que tampoco se explotan en forma económica. Solo un porcentaje mínimo está beneficiado en la actualidad. El resto, que por cierto es bastante considerable, se mantiene en reserva. De esa manera se han venido perjudicando, de tiempo atrás, los intereses nacionales y entorpeciendo el desarrollo de la riqueza pública y privada.”

Más adelante en la ponencia para primer debate ante la Cámara de Representantes, se señaló:

“Al amparo de títulos inciertos o de derechos constituidos por legislaciones sucesivamente revocadas, se halla congelada una porción muy importante de la riqueza minera del país, o sujeta a una explotación de puras apariencias, que se orienta a mantener en reserva o a atesorar un yacimiento no explotado, un volumen muy apreciable de nuestros recursos minerales, particularmente preciosos (...).” (Resalta la Sala).

Por su parte, en la ponencia presentada para primer debate ante el Senado, se sostuvo:

“Una mina de cualquier clase, de cualquier mineral, de metales preciosos o no, tiene un significado para la economía nacional si produce. Si no está en producción, si no se ha explotado o su explotación se abandonó, carece de todo significado a no ser lo que represente como reserva eventual para el futuro. Y como reserva debe ser de propiedad nacional.

“Una mina no es, no puede ser simplemente un derecho, una titularidad jurídica, sino que tiene que ser un medio de producción, un elemento o conjunto económicamente explotable.

(...) no se trata de cercenar el derecho a la propiedad sino de exigir que éste, en su forma de propiedad minera, cumpla la función social a que obliga la Constitución Nacional desde 1936.”

De lo anterior se deduce que la ley 20 de 1969, buscó el saneamiento de todas las situaciones de indefinición que impedían que el Estado ejerciera sus facultades como titular de los recursos del subsuelo, a través de la expedición de normas que permitieran determinar en qué casos se estaba en presencia de propiedad particular sobre los mismos y recuperar los yacimientos mineros y de hidrocarburos que no estaban cumpliendo una función social.

En el caso específico de la propiedad de los hidrocarburos, el legislador a través de la aplicación del artículo 1º de dicha ley, garantizó la función social de la propiedad privada sobre hidrocarburos al vincularla, como se verá más adelante, a los yacimientos descubiertos.

En relación con los hidrocarburos, la ley 20 fue reglamentada por el decreto 797 de 1971, en el cual, se excluyeron expresamente de las áreas de reserva nacional y de aporte para la exploración y explotación de hidrocarburos, los predios registrados de acuerdo con el artículo 1º de la ley 10 de 1961, en el Ministerio de Minas, como de propiedad privada por sentencia judicial o providencia administrativa.⁸⁶⁷

Posteriormente se expidió el decreto 1994 de 1989⁸⁶⁸ que subrogó los artículos 1º, 2º y 3º del decreto 797 de 1971, con el fin de precisar desde el punto de vista de las ciencias de la geología, la geofísica y la ingeniería de petróleos qué debía entenderse por yacimiento descubierto.

En efecto, el artículo 2º de dicho decreto prescribe: “Para los efectos de lo previsto en la ley 20 de 1969 y en el presente decreto, un yacimiento se reputa *descubierto* cuando mediante perforación con taladro y las correspondientes pruebas de fluidos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados hidrocarburos, y que se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de los fluidos”. Definición que se retomó en la ley 97 de 1993 que interpretó mediante autoridad la ley 20 de 1969.

En concordancia con lo anterior, el decreto establece que la solicitud de autorización de exploración y explotación de petróleo en yacimiento que se pretendan como propiedad privada, debe ir acompañada de la prueba necesaria para acreditar: *“a) La existencia de*

867 Decreto 797 de 1971. Artículo 6º.

868 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 31 de julio de 1997. “(...) este decreto no hace más que repetir los requisitos que para la demostración de la propiedad privada sobre el subsuelo exigió la ley 20 de 1969 vigente desde el 22 de diciembre de ese año “

un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina (..) b) la existencia de un fallo que conserve la validez jurídica y reconozca el derecho del interesado a la propiedad de los hidrocarburos que existan en el predio objeto de la solicitud y c) que el yacimiento materia de la solicitud fue descubierto antes del 22 de diciembre de 1969.”

La Sección Tercera de esta Corporación declaró ajustado a la ley este decreto, mediante sentencia del 17 de noviembre de 1994, en la que se manifestó:

*“El artículo 202 de la Carta Política, imperante en la fecha que se expidió la normatividad demandada, disponía que pertenecen a la República de Colombia los baldíos, minas y salinas que venían perteneciendo a los Estados, cuyo dominio recobra la nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de estos por la nación a título de indemnización. La Ley 20 de 1969, arts. 1o. y 13o., concordante con la orientación política fijada en la Carta Constitucional, reafirma el principio de que todas las minas y yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación, sin desmedro de los derechos constituidos a favor de terceros, con la salvedad de que **la excepción únicamente se refiere a las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos.***

*“Si bien cuando se introdujeron las demandas, la legislación nacional no tenía precisado en qué condiciones se entendía que un yacimiento de hidrocarburos ya había sido descubierto, lo cual sólo vino a hacerse con la Ley 97 de 1993, también es cierto que en la materia que se analiza **sólo puede hablarse de derechos adquiridos cuando ellos recaen sobre un depósito petrolífero cuya existencia es comprobada por haber sido identificado en forma tangible y estar poseído físicamente.**”*

En este fallo se citan algunos apartes de una sentencia proferida esa misma Sección, el 4 de marzo de 1994, en el expediente No. 7120, en la que a propósito del famoso caso de “Santiago de las Atalayas”, en el cual, se denegaron las pretensiones de la demanda sobre el restablecimiento del derecho aparentemente vulnerado por una resolución del Ministerio de Minas que negaba la inscripción de propiedad privada del subsuelo, con fundamento en las siguientes consideraciones:

*“(…) resulta que el artículo lo., de la Ley 20 de 1969 no convalida situaciones ni derechos anteriores a la fecha de vigencia de la ley, sino que a partir de esta **exige que el derecho constituido se radique en un yacimiento descubierto** con el objeto de poner en consonancia la legislación con el artículo 202 de la Constitución. En consecuencia, continúa “el precepto que se comenta no tiene carácter retrospectivo, ni menos retroactivo, que permite interpretarlo como convalidante de las meras expectativas anteriores a su vigencia: la disposición exige ni más ni menos, que se cumpla el artículo 202 de la Constitución y que, por lo mismo, **la excepción que contempla consiste en derechos constituidos en yacimientos descubiertos.** En otros términos, antes y después de que entrara en vigencia la Ley 20 de 1969, las excepciones, en cuanto tienen idéntico fundamento constitucional, deben tener el mismo tratamiento en la ley.”*

*“Los razonamientos anteriores de los cuales infiere la Sala que para la época de su reclamación el actor sólo contaba con una mera expectativa, más no con un derecho constituido en su favor, para así reclamar la propiedad del subsuelo de los terrenos cuya titularidad alega, encuentra mayor respaldo con la expedición del Decreto 1994 de 1989, reglamentario de la Ley 20 de 1969, en cuanto consagró que la acción derivada de los derechos constituidos en favor de terceros, **“a partir del 22 de diciembre de 1969, sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas***

y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada, **por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva**, siempre que tales actos conserven su validez jurídica y que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos.” (Resalta la Sala).

2.5. Ley 97 de 1993. Por la cual se interpreta mediante autoridad la ley 20 de 1969 y se dictan otras disposiciones

El propósito de la ley interpretativa fue reiterar por vía de autoridad el principio “*conatural a nuestro sistema jurídico de que las minas y yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación, al Estado Colombiano, y que sólo por excepción pueden los particulares acceder a tal riqueza*”⁸⁶⁹, el cual aparece consagrado en el artículo 332 de la actual Constitución, proteger el patrimonio público y el interés colectivo frente a la propiedad privada de hidrocarburos y solucionar en forma radical y definitiva las controversias que en esta materia afrontaba el Ministerio de Minas que en la práctica se traducía en el congelamiento de las áreas en disputa.

Para comprender el alcance del artículo 1º de la ley 20 de 1969, en virtud del cual, “Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas, subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y *vinculadas a yacimientos descubiertos*”, es pertinente hacer alusión a la metodología utilizada por el ponente del proyecto de la ley interpretativa, que dividió el artículo, así:

“Principio general. Todas las minas y yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación.

Excepción: No pertenecen a la Nación los derechos constituidos a favor de terceros, cuando sean situaciones jurídicas que reúnen estos requisitos:

- a. Subjetivas:** es decir totalmente personalizadas, identificadas en cuanto a su titular.
- b. Concretas:** precisa en cuanto a la naturaleza objeto y alcance del derecho.
- c. Perfeccionadas:** es decir definidas por haberse agotado el procedimiento y cumplido las formalidades sustanciales para la existencia misma del derecho.
- d. Vinculadas a yacimientos descubiertos:** Entendiendo por tales, cuando mediante perforación con taladro a la correspondiente prueba de fluidos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos, y que se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de los fluidos.”

Con fundamento en estos elementos, el articulado de la ley 97 de 1993, dispone:

“Artículo 1º.- Reconocimiento excepcional de propiedad privada sobre hidrocarburos. Para efectos de la excepción prevista en los artículos 1º y 13 de la ley 20 de 1969, **se entiende por derechos constituidos a favor de terceros las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas**

869 Exposición de la ley 97 de 1993. Gaceta del Congreso No. 61 del 11 de septiembre de 1992.

por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969.

“Artículo 2º.- Descubrimiento de hidrocarburos.- Se entiende que existe yacimiento descubierto de hidrocarburos cuando mediante perforación con taladro o con equipo asimilable y las correspondientes pruebas de fluidos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos y que se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de fluidos. (Resalta la Sala).

“Artículo 3º.- Las disposiciones contenidas en los artículos primero y segundo de la presente ley, constituyen la única interpretación autorizada de la ley 20 de 1969, artículos primero y trece.” (Resalta la Sala).

En este orden, resulta claro, que el reconocimiento de propiedad privada es a todas luces de carácter excepcional para proteger los derechos adquiridos y perfeccionado conforme a las leyes preexistentes, pues la regla general consagrada en la Constitución de 1886, reiterada en el artículo 332 de nuestra Carta actual y en la legislación a que se ha hecho referencia, es que los recursos naturales no renovables que se encuentren en la superficie o en el subsuelo pertenecen a la Nación.

Por último, es importante mencionar que mediante el decreto 1895 de 1973, se ordenó, por la importancia que para el país reviste la explotación de este tipo de recursos, que toda persona natural o jurídica que vaya a realizar exploraciones geológicas o geofísicas en áreas reconocidas como de propiedad privada del subsuelo en busca de petróleo y gas deberá avisar previamente la iniciación de los trabajos al Ministerio de Minas, entregar la información que éste requiera, así como, presentar informes periódicos sobre los estudios y trabajos geológicos, geofísicos y de ingeniería que adelante el explotador y cumplir con las normas técnicas y ambientales que al respecto se expidan.

3. Vinculación de la propiedad privada a un yacimiento descubierto

Al amparo de la ley 20 de 1969, interpretada por la ley 97 de 1993 y de la Constitución Política, los derechos adquiridos por particulares en materia de hidrocarburos desde el punto de vista fáctico deben concretarse o estar vinculados a un yacimiento descubierto a más tardar el 22 de diciembre de 1969, pues no basta ser el dueño del suelo para serlo también de los recursos naturales no renovables que se encuentren en la superficie o en el subsuelo.⁸⁷⁰

El hallazgo o descubrimiento es, entonces, uno de los presupuestos básicos para establecer la existencia de derechos adquiridos a favor de particulares sobre este tipo de recursos.

En este sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-346 de 1995, al declarar la constitucionalidad de los artículos 1º y 13 de la ley 20 de 1969 y en la Sentencia C-424 de 1994 al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley 97 de 1993, en las que partiendo de los elementos jurídicos y fácticos del artículo 1º de la ley 20 de 1969 (identificación del titular, naturaleza y objeto, procedimiento y formalidades

870 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Septiembre 20 de 1984. El Principio accessorium sequitur principale no resulta aplicable, como lo previene la ley 29 de 1969.

sustanciales que acrediten el derecho y la existencia de un yacimiento descubierto antes del 22 de diciembre de 1969), desarrollados en la ley interpretativa, concluyó que la ley 97 de 1993:

“(…) no varió el contenido de la ley interpretada al establecer el reconocimiento excepcional del derecho de propiedad privada sobre hidrocarburos, definiendo ‘los derechos constituidos a favor de terceros, como las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina, o por una sentencia definitiva, y en ejercicio de los cuales se haya descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969, fecha de expedición de la ley interpretada’.” (Resalta la Sala).

Lo que equivale a afirmar como lo ha hecho la doctrina que *“la mera declaración legal, por ejemplo, de que las minas pertenecen al dueño del suelo de ubicación sin la posterior comprobación de su existencia e inequívoca determinación por el superficiario, no es más que una expectativa de derecho para éste pero no el derecho adquirido o constituido, ya que no podría explicarse como lo indeterminado pueda hacer parte del patrimonio de una persona o sea de un conjunto limitado y justipreciable.”*⁸⁷¹

En consecuencia, es dable concluir que cuando el Ministerio de Minas y Energía, verifique la existencia de los elementos de carácter jurídico y fáctico previstos en la ley 20 de 1969, desarrollados en la ley 97 de 1993 y cuente con el suficiente sustento probatorio, deberá reconocer y respetar los derechos de propiedad privada que se reputen sobre el respectivo yacimiento descubierto.

Cabe mencionar que no pocas solicitudes de reconocimiento de propiedad privada se han frustrado por falta de las pruebas que acrediten ese derecho excepcional. De ahí la importancia que el Ministerio cuente con todos los análisis técnicos que se requieran para probar que el yacimiento efectivamente se descubrió con anterioridad al 22 de diciembre de 1969 y con el análisis jurídico que permita identificar plenamente a los titulares de los mismos dada la cadena de sucesiones que sobre los mismos han operado.

A título de ejemplo, esta Corporación en la sentencia proferida el 21 de octubre de 1994, por la Sección Tercera, encontró que:

“(…) la parte actora demostró, con la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, el día 15 de diciembre de 1962, que habían salido del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1973, el petróleo y demás hidrocarburos que existen en la parte o porción del globo de terreno (…) pero no pudo demostrar, a la luz de lo preceptuado en la ley 20 de 1969, interpretada mediante autoridad por la ley 97 de 1993, que sus propietarios hubiesen descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969, entendiendo por descubrimiento lo definido por el legislador en el artículo 2º de la ley interpretativa.” Caso comunidad de propietarios del subsuelo y yacimientos de petróleo Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada. Sentencia Confirmada mediante providencia S-452 del 25 de octubre de 1995”.

871 Paris Santamaría, Edgar Francisco. En Colombia el subsuelo petrolífero pertenece al Estado. Miembro de la Comisión Académica del Colegio de Abogados de Minas y Petróleos.

4. Efectos Jurídicos del abandono de un pozo

Pasa ahora la Sala a analizar el efecto jurídico del abandono de un pozo, apoyándose en las definiciones contenidas en el decreto reglamentario 1895 de 1973 del Código de Petróleos que guardan plena concordancia con lo dispuesto en las leyes 20 de 1969 y 97 de 1993, en virtud del cual:

“Artículo 2º. Para los efectos de esta reglamentación, adóptanse como definiciones (...)

“Campo. Es el área en cuyo subsuelo existe o hay indicios de que existan uno o más yacimientos. (...)

“Yacimiento. Es toda roca en la cual se encuentran acumulados hidrocarburos, y que se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción propiedades petrofísicas y propiedades de fluidos. (...)

“Pozo. Es el hoyo que se hace en la tierra con el propósito de extraer o de inyectar fluidos.

“Pozo de petróleo. Es un pozo completado y productor de petróleo de uno o más yacimientos.” (Resalta la Sala).

Desde el punto de vista técnico el abandono es la actividad final en la operación de un pozo cuando se cierra permanentemente bajo condiciones de seguridad y de carácter ambiental con miras a evitar que el gas o el petróleo o el agua migren hacia la superficie o fluyan de una formación del subsuelo a otra.⁸⁷² Los especialistas en este tema describen las diferentes etapas por las que atraviesa la vida de un pozo, a saber:

“La vida de un pozo atraviesa numerosas etapas. El descubrimiento de un nuevo yacimiento de petróleo o de gas, luego de meses o años de exploración y perforación (...) el logro de la primera producción representa una meta importante. El éxito en las operaciones de recuperación mejorada puede hacer que etapa de producción tenga una buena recompensa desde los puntos de vista financiero y técnico. La etapa que nadie parece disfrutar es la de terminación de la producción.(...) el abandono de pozos se está haciendo cada vez más frecuente a medida que los yacimientos van envejeciendo y alcanzando sus límites de productivos y económicos.”

El procedimiento de abandono de pozo que está regulado en el decreto 1895 en cita, comprende los eventos en que un explorador que haya perforado un pozo que resulte seco o sobrevengan en dicho proceso problemas mecánicos y aquellos en que por declinación de la producción o agotamiento de las reservas conduzcan al mismo fin. Se describe como el taponamiento del pozo cuya complejidad técnica depende del estado del yacimiento y las características geológicas del mismo, el cual debe efectuarse previo permiso del ingeniero de zona del Ministerio de Minas y Energía, quien supervisará la operación.

A partir de los presupuestos anteriores, en el caso concreto que ocupa la atención de la Sala, habrá que establecer desde el punto de vista técnico si el abandono del pozo se realizó por agotamiento del yacimiento, evento en el cual, por sustracción de materia, no habrá lugar a reconocimiento de propiedad privada sobre el subsuelo.

872 Ian Barclay, Harold Slater y otros. Petroleum Development Oman LIC Muscat, PancaCanadian Energy Corporation, Texas EUA. Calgary, Alberta, Canadá. El principio del fin: Revisión de las prácticas de abandono.

Por el contrario, si el yacimiento descubierto con anterioridad al 22 de diciembre de 1969 no está agotado, aunque uno o varios pozos se hubieren técnicamente abandonado, los hidrocarburos allí presentes continuarán siendo de propiedad privada, a menos que sea procedente la extinción del dominio, como se verá más adelante.

Es claro que los yacimientos descubiertos con posterioridad al 22 de diciembre de 1969, aunque estén dentro del mismo campo, no podrán ser reconocidos como de propiedad privada.

Ahora bien, como quiera que las personas que se encuentran reclamando derechos de propiedad privada han allegado contratos de exploración y explotación celebrados con posterioridad a 1969, los cuales, según la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas no fueron reportados e inscritos en el registro que éste lleva según lo ordenado en la ley 10 de 1961, es procedente que mediante una investigación administrativa se determine si en virtud de los mismos, se continuó con la ejecución de las actividades de exploración y explotación del yacimiento descubierto antes del 22 de diciembre de 1969.

Cabe recordar que la exploración y explotación de estos recursos no puede hacerse con prescindencia del Estado, pues en estas actividades están de por medio intereses nacionales de diversa índole, ambiental, impositivo y técnico -el control de las reservas y búsqueda de hidrocarburos en la zona-, aunque éstos se reputen de propiedad privada, razón por la cual la ley exige la presentación de informes al Ministerio, so pena de sanciones administrativas.

5. Extinción de derechos de propiedad privada sobre el subsuelo petrolífero a favor de la Nación. Aplicación de las disposiciones vigentes en materia minera

El artículo 3º de la ley 20 de 1969 derogado expresamente por el artículo 325 del decreto ley 2655 de 1998⁸⁷³ y este a su vez derogado por el artículo 29 de la ley 685 de 2001, en cuanto a la extinción de los derechos de particulares sobre los recursos mineros prescribía:

“Artículo 3º. Los derechos que tengan los particulares sobre minas adquiridas por adjudicación, redención a perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa semejante, se extinguen a favor de la Nación, salvo fuerza mayor o caso fortuito: a) Si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esta ley, los titulares del derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas, y b) Si la explotación, una vez iniciada se suspende por más de un año.” Artículo derogado por el Código de Minas”.

La finalidad de esta disposición era regular específicamente la extinción del derecho de propiedad privada sobre los recursos mineros que se encuentren en la superficie y en el subsuelo con el fin de garantizar la función social de la propiedad y el cumplimiento de las obligaciones que este derecho implica para sus titulares. De manera que el propietario que desatiende el correlativo deber de explotación de una mina está sujeto a que su derecho se extinga y la propiedad revierta al Estado.

873 Decreto 2655 de 1998. “Artículo 325. DEROGACIONES. Deróganse las siguientes disposiciones:(...)Ley 20 de 1969, con excepción de los artículos 1º y 13 (...).”

No obstante lo anterior, encuentra esta Sala que el artículo 13 de la ley 20 de 1969, transcrito en la primera parte del presente concepto, extendía la aplicación de dicha ley, en materia de hidrocarburos, únicamente a la regla general y la excepción consagradas en el artículo 1º de la misma y no al resto del articulado, en el cual se regularon entre otros aspectos, la extinción de los derechos de particulares sobre minas adquiridas a cualquier título que no cumplieran una función social.⁸⁷⁴

La no extensión de los demás artículos de dicha ley a los hidrocarburos, no significaba, que la propiedad privada que pudiera surgir en cabeza de un particular, como consecuencia de la aplicación de las leyes 20 de 1969 y 97 de 1993, no estuviera sujeta al cumplimiento de una función social, sino que ésta, en el caso específico de los hidrocarburos, se concibió por el legislador de esa época en razón de la existencia de un yacimiento descubierto.

Así lo reconoció esta Sala, cuando interpretó el alcance del artículo 3º de la ley 20 de 1969 en el concepto del 11 de julio de 1988, el cual, aunque fue revaluado en otros aspectos por la Sección Tercera de esta Corporación, expuso claramente que el artículo 3º de la ley 20 de 1969 no es aplicable a los depósitos de hidrocarburos. En esa oportunidad se sostuvo:

“Las normas contenidas en el artículo 1º de esta ley se aplicarán también a los hidrocarburos”. Así lo ordena el artículo 13 de la ley 20 de 1969. Ello quiere decir, obviamente, que las restantes disposiciones del mencionado estatuto no se aplican a los depósitos de petróleo. El ordenamiento legal extensivo es claro y preciso, y por ello no requiere consideraciones adicionales. De manera expresa y categórica, el legislador dijo cuáles eran los alcances de su mandato, y es necesario acogerse a ellos”.

En consecuencia, a la luz de lo dispuesto en la ley 20 de 1969, el artículo 3º de la misma no era aplicable a los yacimientos de hidrocarburos, situación que se mantuvo en vigencia del Código de Minas expedido mediante el decreto ley 2655 de 1988, que al respecto preveía:

“Artículo 5º.- Extinción de derechos de particulares.- Los derechos de los particulares sobre el suelo o el subsuelo minero o sobre minas, a título de adjudicación, redención a perpetuidad, accesión a la propiedad superficiaria, merced, remate, prescripción o por cualquier otra causa semejante, se extinguieron a favor de la Nación por el acaecimiento de condiciones y el vencimiento de los plazos señaladas en los artículos 3º, 4º y 5º de la ley 20 de 1969.”

Hasta aquí, se registraba un vacío normativo en el régimen de hidrocarburos que impedía aplicar a éstos la figura de la extinción de derechos de particulares contenida en la legislación minera, vacío que debía llenar el legislador, pues como lo ha sostenido la Corte Constitucional, en tratándose del “módulo privado” o del “módulo público” de la propiedad, en el plano constitucional y en la tradición histórica, la regulación de las condiciones de ejercicio y extinción de los derechos es y ha sido siempre materia legislativa

874 Exposición de motivos de la ley 20 de 1993. “El artículo 13, que propone para los yacimientos de hidrocarburos la misma norma prescrita para las minas es de la más alta conveniencia nacional y se explica con la sola lectura de su texto: artículo 1º. Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos. En realidad es la ratificación del artículo 202 de la Constitución Nacional.”

ordinariamente contenida en los diferentes códigos, expedidos directamente por el Congreso o por el Ejecutivo en desarrollo de precisas facultades extraordinarias.”⁸⁷⁵, máxime cuando se está en presencia de dos regímenes especiales. Cabe agregar que el Código de Petróleos, en casos específicos, como los previstos en el artículo 9 (servidumbres, aguas e indemnizaciones) remite a la legislación minera a falta de disposición especial aplicable.

Sin embargo, observa la Sala que a la luz de la legislación vigente en particular de la ley 685 de 2001 o actual Código de Minas, se presenta un nuevo panorama en materia de extinción de derechos de propiedad privada sobre hidrocarburos.

Dispone el artículo 29 de la ley 685 de 2001:

“Artículo 29.- Extinción de derechos. Los derechos de propiedad de los particulares sobre el suelo y subsuelo mineros o sobre las minas que hubieren sido reconocidos y conservados en los términos, condiciones y modalidades establecidas en la Ley 20 de 1969, el Decreto 2655 de 1988 y la Ley 97 de 1993, se considerarán extinguidos si los interesados suspenden la exploración o explotación por más de doce (12) meses continuos, sin causa justificada constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor. La demostración de dicha causa deberá ser presentada por el interesado a requerimiento de la autoridad minera, en cualquier tiempo y en el plazo que ésta le señale.

“En todo caso la providencia que declare la extinción será motivada y contra ella procederá el recurso de reposición.” (Resalta la Sala).

En concepto de la Sala, la referencia expresa que el legislador introdujo en el artículo transcrito respecto de los derechos de propiedad privada sobre hidrocarburos reconocidos por la ley 97 de 1993, que interpretó mediante autoridad la ley 20 de 1969, permite declarar la extinción del derecho que pudo haberse consolidado en virtud de un yacimiento descubierto, cuando esta propiedad no cumpla con la función social en los términos señalados en dicho precepto⁸⁷⁶.

La revisión de los antecedentes legislativos así lo corrobora, en la medida en que el propósito de incorporar la mención de la ley 97 de 1993 en el texto del artículo 29, fue impedir que se hiciera *“nugatoria la ley 97 de 93, nada menos que la ley que le restituyó a la Nación la titularidad sobre el subsuelo de Cusiana, en contra de las pretensiones de los comuneros de Santiago de las Atalayas. Pues eso fue corregido en el transcurso de la concertación a efectos de que no haya una vía de escape a este propósito.”*⁸⁷⁷

De lo expuesto, resulta claro que el fundamento jurídico para extinguir el dominio sobre el yacimiento petrolífero descubierto en los términos de la ley 20 de 1969 y de su ley interpretativa 97 de 1993, es el consagrado en el artículo 29 del actual Código de Minas, por disposición expresa del legislador. Por ende, no es necesario recurrir a la analogía para garantizar la función social de la propiedad sobre este tipo de recursos

875 Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993.

876 Ley 153 de 1887. “Artículo 28.- Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley”

877 Gaceta del Congreso No. 326 del 5 de julio de 2001.

no renovables⁸⁷⁸ y evitar que de manera injustificada se retengan áreas en las cuales el Estado podría estar adelantando actividades de exploración, que de resultar satisfactorias redundarán en beneficios de interés general.

En el caso concreto que ocupa a la Sala, si se encuentra claramente consolidado el derecho de propiedad privada sobre el yacimiento descubierto en los términos de las leyes 20 de 1969 y 97 de 1993, para proceder a la extinción del dominio, el Ministerio de Minas y Energía deberá estudiar todas las pruebas y circunstancias que demuestren el incumplimiento de las obligaciones de exploración y explotación físicas del yacimiento dentro del término legalmente permitido para suspender esas actividades.

Es claro que dentro del procedimiento administrativo que se adelante, se darán a los particulares solicitantes del reconocimiento de propiedad privada todas las garantías y recursos legales para defender su pretensión, incluyendo el análisis jurídico de las causas de justificación como la fuerza mayor o el caso fortuito, que aleguen los interesados en el curso de la actuación.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala RESPONDE:

1. A la luz de lo dispuesto en el artículo 29 de la ley 685 de 2001, es viable jurídicamente declarar la extinción del dominio sobre los recursos del subsuelo petrolífero que legalmente ostenten personas particulares, siempre y cuando se cumpla con los requisitos previstos en dicho artículo.

2.1 y 2.2. Es viable reconocer el derecho de propiedad privada sobre un yacimiento de hidrocarburos que no esté agotado y que haya sido descubierto con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, aunque uno o varios de los pozos que lo componen se hubieren abandonado antes de la fecha citada. Los hidrocarburos presentes en ese yacimiento específico, continuarán siendo de propiedad privada, a menos que sea procedente la extinción del dominio a que se refiere el artículo 29 de la ley 685 de 2001.

2.3. El reconocimiento eventual de propiedad privada se entiende exclusivamente respecto del yacimiento descubierto antes del 22 de diciembre de 1969 y no se puede hacer extensivo a toda el área de interés, es decir, involucrando otros yacimientos que se descubran, posteriormente, en el mismo campo.

Transcríbase al señor Ministro de Minas y Energía. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

878 Ley 153 de 1887. "Artículo 8º. La analogía supone que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido".

3. Propiedad de los rendimientos financieros provenientes de recursos ejecutados por los establecimientos públicos del nivel nacional

Radicado 1773

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2006/10/04

Levantamiento de la reserva mediante auto del 4 de octubre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Transporte, doctor Andrés Uriel Gallego Henao, solicita concepto sobre la propiedad de “los rendimientos financieros en los convenios celebrados entre establecimientos públicos del orden nacional y entidades de carácter financiero”, para lo cual hace referencia y transcribe parcialmente las siguientes disposiciones del Estatuto Orgánico de Presupuesto Nacional, Decreto 111 de 1996:

- El párrafo 2 del artículo 16, que incluye “los rendimientos financieros de los establecimientos públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación”, entre aquellos que integran la “unidad de caja”, con excepción de los provenientes de “los recursos recibidos por los órganos de previsión y seguridad social, para el pago de prestaciones sociales de carácter económico”;
- el artículo 31, que relaciona entre los recursos de capital, los rendimientos financieros;
- el artículo 34, que ordena incluir en el presupuesto de los establecimientos públicos, sus rentas y recursos identificados y clasificados separadamente, siguiendo la definición que la misma norma establece para las rentas propias y los recursos de capital; entre estos relaciona “los rendimientos por operaciones financieras”;
- el artículo 101, cuya parte final establece: “Pertencen a la Nación los rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única, como los de los órganos públicos o privados con los recursos de la Nación, con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social.”

Se refiere también la consulta al pronunciamiento de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contenido en oficio del 1º de julio del 2005, dirigido al Instituto Nacional de Vías, en el cual se señala que los rendimientos financieros generados por la celebración de convenios entre establecimientos públicos nacionales y una entidad como FONADE, empresa industrial y comercial que actúa como entidad financiera, son de la Nación si son obtenidos de recursos de la Nación, en tanto que cuando provienen de recursos propios de la entidad contratante debe distinguirse entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, porque, en el primer caso, los rendimientos serán de la entidad contratante, si además los recursos que los originan se han entregado como anticipo, y en el segundo, esos rendimientos serán de FONADE, siempre que los recursos de donde provienen se hayan entregado a título de pago anticipado, teniendo en cuenta el procedimiento y la distinción entre pago anticipado y anticipo de que trata la Directiva Presidencial 04 del 2003.

Agrega el Sr. Ministro que el decreto 4730 del 2005, que entró a regir el 1º de enero del 2006, al reglamentar algunas de las normas orgánicas del presupuesto se ocupa de los excedentes financieros y la cuantía de los mismos que ha de trasladarse a la Nación

como recursos de capital (art. 25); ordena que los rendimientos financieros originados en recursos de la Nación, con la sola excepción de los destinados a la seguridad social, deben consignarse en la Dirección del Tesoro Nacional en el mes siguiente al de su recaudo (art. 33); y obliga a las entidades de carácter financiero, a rendir un informe trimestral al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación sobre la ejecución de los proyectos con recursos del presupuesto general de la Nación y a consignar a más tardar el 28 de febrero de cada año, los rendimientos financieros que correspondan al órgano contratante (art.40).

Formula entonces las siguientes preguntas:

“1. De acuerdo con la última disposición citada, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE como empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, al celebrar un convenio con un establecimiento público de orden nacional, cuyo objeto sea la gerencia de recursos, en todo caso, deberá consignar los rendimientos financieros generados por el convenio a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional y/o tesorerías correspondientes. O por el contrario, a pesar de la entrada en vigencia del Decreto 4730 de 2005, se aplicará lo mencionado en el concepto citado, suscrito por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional?”

“2. Los contratos de gerencia de recursos suscritos entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE y un establecimiento público de orden nacional, son de medio o de resultado?”

“3. Si de un convenio suscrito entre FONADE y un establecimiento público de orden nacional, se desprenden obligaciones de medio y de resultado, cómo se determinará su naturaleza para efectos de determinar la pertenencia de los excedentes financieros?”

“4. A los convenios suscritos antes de la entrada en vigencia del Decreto 4730 de 2005 entre las entidades públicas descritas, que no han sido liquidados, se les debe aplicar lo dispuesto en el mencionado decreto al momento de su liquidación?”

“5. Los rendimientos financieros obtenidos en virtud de contratos de gerencia de recursos celebrados antes del año 2006 entre las entidades descritas, y en el cual no se pactó anticipo, a quién le pertenecen?”

“6. En el caso de haberse celebrado un contrato de gerencia antes del año 2006, entre las entidades mencionadas y en el cual se pactó expresamente dentro de las obligaciones generales de FONADE: “(...) FONADE se compromete a que si durante su ejecución se llegaren a generar excedentes financieros obtenidos por la colocación de los recursos en su portafolio de inversiones, los aportará a los proyectos objeto de la gerencia integral del presente convenio, dentro de su vigencia y previa suscripción del convenio adicional respectivo (...)” debe darse cumplimiento a lo pactado por las partes, y suscribir adicionales al convenio?”

“7. En el caso en el que se haya suscrito un contrato de gerencia antes del año 2006 entre las entidades mencionadas, pendiente de liquidación y en el cual se dispuso expresamente: “(...) FONADE se compromete en virtud del presente acuerdo a que si durante la ejecución

del proyecto y razón de los desembolsos efectuados por la entidad se llegaren a generar excedentes de liquidez, con el producto de éstos se realicen inversiones en el portafolio de recursos de FONADE, los cuales destinaran en un 50% a financiar costos adicionales que demande la ejecución del proyecto previa autorización del Comité Operativo.”, *qué tratamiento se le debe dar a los “excedentes de liquidez”, a quién pertenecen?”*

Para responder la Sala CONSIDERA:

El tema consultado remite a la normatividad que en materia presupuestal regula tanto a los órganos y entidades que integran el presupuesto general de la Nación, como a otras entidades que forman parte de la administración pública en el nivel nacional. De manera que la Sala abordará la normatividad presupuestal referente a los rendimientos financieros, la regulación de los excedentes de liquidez, y la aplicación de ambas en los contratos que los establecimientos públicos nacionales pueden celebrar con FONADE para la ejecución de recursos de la Nación y recursos propios.

Una precisión inicial

En los términos de la consulta es claro para la Sala que el asunto principal sobre el cual se inquiriere se circunscribe a los “rendimientos financieros” que causan los recursos que ejecutan los establecimientos públicos del nivel nacional, al que se agrega una pregunta concreta sobre “excedentes de liquidez” que pueden generarse durante la ejecución de un proyecto. No obstante, como se utiliza también la expresión “excedentes financieros”, es preciso dejar establecidas las diferencias entre los tres conceptos.

En efecto, el Estatuto Orgánico del Presupuesto⁸⁷⁹, al regular el presupuesto de las rentas nacionales incluye como ingresos de la Nación los recursos de capital⁸⁸⁰ y entre estos relaciona: los recursos del balance; los recursos de crédito interno y externo con vencimiento mayor de un año; *los rendimientos financieros*; el diferencial cambiario originado en la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera; las donaciones; *el excedente financiero de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta con régimen de empresa, del orden nacional*; y las utilidades del Banco de la República descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria⁸⁸¹.

879 Contenido en el Decreto 111 de 1996 (enero 15) “por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, con las modificaciones introducidas por las leyes 617 del 2000 y 819 del 2003.

880 Decreto 111/96, Art. 11: “El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes: a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones para fiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del Presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional; (...)”.

881 Decreto 111/96, “Art. 31. Los recursos de capital comprenderán: Los recursos del balance, los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional, y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del Orden Nacional y de las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la Ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria. / Parágrafo. Las rentas e ingresos ocasionales deberán incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y subgrupos de que trata este artículo (Ley 38 de 1989, art. 21, Ley 179 de 1994, arts. 13 y 67).”

Obsérvese que la norma orgánica se refiere a *los rendimientos financieros* y a *los excedentes financieros* de las entidades descentralizadas, de manera separada; y no define ninguno de los recursos que está relacionando. Con base en esa norma esta Sala en concepto de 1996 dijo:

“Régimen de rendimientos y excedentes financieros. Debe distinguirse entre rendimientos financieros, que son los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses), y “excedentes financieros” que son las sumas que constituyen lo que antes se denominaba “superávit fiscal” y las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado. Esta distinción se desprende del contenido del artículo 31 del decreto 111 de 1996”⁸⁸².

Aún hoy aplica la definición de los rendimientos financieros entendidos como los réditos o frutos que producen los recursos. En cuanto a los excedentes financieros de los establecimientos públicos, el concepto general está igualmente vigente, pero la forma de determinarlos está definida por el decreto 4730 del 2005⁸⁸³, que en su artículo 25 establece:

“Artículo 25. Liquidación de Excedentes Financieros de los Establecimientos Públicos. Los excedentes financieros se calcularán con fundamento en los estados financieros a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, y serán iguales al patrimonio descontando el capital, la reserva legal y las donaciones. Adicionalmente, se tendrá en cuenta la situación de liquidez para determinar la cuantía que se trasladará a la Nación como recursos de capital.”

En cuanto atañe a los excedentes de liquidez, que hacen referencia al flujo de caja, la norma orgánica de presupuesto, al tratar del tesoro nacional y las inversiones⁸⁸⁴ los regula para los establecimientos públicos del orden nacional, en el inciso primero del artículo 102, de la siguiente manera:

“Artículo 102. Los establecimientos públicos del orden nacional invertirán sus excedentes de liquidez en títulos emitidos por la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda en las condiciones del mercado, o en inversiones autorizadas por ésta.”

La normatividad actualmente vigente para el manejo de los excedentes de liquidez de los establecimientos públicos nacionales data de 1995, con los decretos 359 y 1013, y se incluye tanto en los reglamentos como en las leyes anuales de presupuesto, en el sentido de establecer los plazos dentro de los cuales deben hacerse las inversiones y las condiciones de los títulos en los cuales éstas deben hacerse.⁸⁸⁵ Es decir, se trata de recursos regulados en su administración y disposición.

882 Concepto del 30 de octubre de 1996, Rad. No. 906 de 1996, C.P. César Hoyos Salazar.

883 Decreto 4730 de 2005 (28 de diciembre), “Por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto”.

884 Decreto 111 de 1996, “Estatuto Orgánico del Presupuesto, XIV. Del tesoro nacional e inversiones”.

885 Cfr. Decreto 359 de 1995 (febrero 22), “por el cual se reglamenta la ley 179 de 1994”, Diario Oficial No. 41.734 (febrero 24/95), Art. 29: “Los excedentes de liquidez generados por los ingresos de los establecimientos públicos, no podrán mantenerse en depósitos en cuenta corriente bancaria por más de cinco días hábiles, sin perjuicio de aquellos recursos correspondientes a cheques entregados al beneficiario y no cobrados, pasados los cuales deberán invertirse de conformidad con lo establecido por el artículo 48 de la Ley 179 de 1994.”; Decreto 1013 de 1995 (junio 16), Diario Oficial No. 41.895 (junio 16/95), Art. 1º: “Para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 48 de la Ley 179 de 1994 y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 29 del Decreto 359 de 1995, los establecimientos públicos del orden nacional invertirán sus excedentes de liquidez en Títulos de Tesorería -TES-, Clase “B”, del mercado primario, directamente en el Administrador de los Títulos.”; Directiva Presidencial No. 0005 del 30 de agosto del 2005; Ley 998 del 2005, Presupuesto de rentas,

1. Los rendimientos financieros generados en los recursos de los establecimientos públicos del nivel nacional

1.1. Su regulación

La expresión *establecimiento público* remite en nuestro ordenamiento legal⁸⁸⁶ a una persona jurídica, dotada de autonomía administrativa y financiera, con patrimonio independiente, creada por la ley, para desarrollar funciones principalmente administrativas y prestar servicios públicos conforme a las reglas del derecho público.⁸⁸⁷

Según lo establece el literal c) del artículo 70 de la ley 489 de 1998, *el patrimonio de los establecimientos públicos está “constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes”.*

A su vez el Estatuto Orgánico de Presupuesto, en su artículo 34, ordena:

“Artículo 34. Ingresos de los establecimientos públicos. En el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos de los Establecimientos Públicos. Para estos efectos entiéndese por:

a) Rentas propias. Todos los ingresos corrientes de los Establecimientos Públicos, excluidos los aportes y transferencias de la Nación;

b) Recursos de capital. Todos los recursos del crédito externo e interno con vencimiento mayor de un año, los recursos del balance, el diferencial cambiario, los rendimientos por operaciones financieras y las donaciones. (Ley 38 de 1989, art.22, Ley 179 de 1994, art.14.)”

Se tiene pues que, en armonía con la conformación de su patrimonio, el presupuesto de los establecimientos públicos incluye recursos de la Nación y recursos propios; unos y otros pueden generar rendimientos financieros; éstos, cuando provienen de recursos de los establecimientos forman parte de sus recursos de capital, según el artículo 34 transcrito; de los originados en recursos de la Nación, se ocupa el Estatuto Orgánico de Presupuesto en los siguientes términos:

recursos de capital y de apropiaciones para la vigencia fiscal del 2006, Arts. 7º y 9º; Ley 921 del 2004, presupuesto de rentas, recursos de capital y de apropiaciones para la vigencia fiscal del 2005, Arts. 14 y 15.

886 Ley 489 de 1998, (diciembre 29) “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”, Diario Oficial No. 43.464, del 30 de diciembre de 1998.

887 Ley 489/98, Art. 70. “Establecimientos públicos. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa y financiera;

c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.”

Parágrafo segundo del artículo 16⁸⁸⁸:

*“Los rendimientos financieros de los establecimientos públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la dirección del tesoro nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente ley. **Exceptuánse** los obtenidos con los recursos recibidos por los órganos de previsión y seguridad social, para el pago de prestaciones sociales de carácter económico.”(Las negrillas son de la Sala).*

Artículo 101:

“La Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, elaborará mensualmente un estado de resultados de sus operaciones financieras, con el cual se harán las afectaciones correspondientes.

***Pertenecen a la Nación los rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única nacional, así como los de los órganos públicos o privados con los recursos de la Nación, con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social.”** (Las negrillas son de la Sala).*

La claridad del texto de las disposiciones transcritas no admite interpretación distinta de la que surge de su literalidad, en cuanto determina que los rendimientos provenientes de recursos de la Nación, son de propiedad de ésta, con la excepción de los producidos por los recursos destinados a los órganos de previsión social para el pago de prestaciones sociales económicas.⁸⁸⁹ Por su naturaleza de ley orgánica no es factible jurídicamente modificación alguna ni por vía interpretativa, ni por acuerdo interpartes y ni siquiera por vía de ley ordinaria, como se explica a continuación.

1.2. La primacía de la ley orgánica

En la Constitución de 1991⁸⁹⁰, la programación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto de las entidades públicas son materia de una ley de naturaleza especial, según lo estatuye el artículo 352:

“Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territo-

888 Decreto 111/96, Art. 16. “Unidad de Caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación.

Parágrafo 1°. Los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional son de propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la Dirección del Tesoro Nacional y asignará por lo menos el 20% al establecimiento público que haya generado dicho excedente. Se exceptúan de esta norma los establecimientos públicos que administran contribuciones para fiscales. Parágrafo 2°. Los rendimientos financieros de los Establecimientos Públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la Dirección del Tesoro Nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente ley. Exceptuánse los obtenidos con los recursos recibidos por los órganos de previsión y seguridad social, para el pago de prestaciones sociales de carácter económico (Ley 38 de 1989, art. 12, Ley 179 de 1994, art. 55, incisos 3°, 8° y 18, Ley 225 de 1995 art. 5°).”

889 Dados los antecedentes expuestos en la consulta, entiende la Sala que ella no está refiriéndose a esta excepción.

890 También en la Constitución de 1886 con sus reformas, los temas presupuestales eran regulados por ley denominada orgánica: “Art. 76: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones: ... 3. Dictar las normas orgánicas del presupuesto nacional”.

riales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.”

Esta disposición es concordante con el artículo 151 de la Carta que reserva a las leyes denominadas “orgánicas” la regulación de unos temas específicos, entre ellos el presupuestal. Dice la norma en cita:

“El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.”

En su consagración constitucional, las leyes orgánicas se caracterizan porque como lo expresa el artículo 151 constitucional transcrito, a esas leyes “estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa”, la cual queda condicionada a aquellas en la expedición de las leyes ordinarias. Por ende, también la actividad administrativa, de forma que los actos administrativos que se expidan en ejercicio de la competencia reglamentaria y los demás, unilaterales y bilaterales que traten situaciones particulares, no pueden prever condiciones ni elementos no contenidos en la norma orgánica.⁸⁹¹

Así lo recogen los artículos 1º y 2º del Estatuto Orgánico del Presupuesto, a cuyo tenor:

*“Artículo 1º. La presente ley constituye el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación a que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política. En consecuencia, **todas las disposiciones en materia presupuestal deben ceñirse a las prescripciones contenidas en este Estatuto que regula el sistema presupuestal (Ley 38 de 1989, art. 1º, Ley 179 de 1994, art. 55, inciso 1º).**” (Las negrillas son de la Sala).*

*“Artículo 2º. Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, **serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del Presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados (y los que se dicten no tendrán ningún efecto)**”⁸⁹² (Ley 179 de 1994, art. 64).” (Las negrillas son de la Sala).*

1.3. Las leyes anuales de rentas y gastos

Con sujeción a las reglas de la ley orgánica, el Congreso de la República decreta anualmente, a iniciativa del gobierno nacional, “el presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre” del año que corresponda; esta ley anual estima los ingresos y autoriza los gastos para el

891 Cfr. Sentencias Corte Constitucional: C-478-92, C-337-93, C-546-94, C-423-95, C-155-99, C-1645-00, C-579-01, C-1246-01, C-644-02, C-892-02, C-066-03, C-821-04. Concepto del 23 de febrero de 2006, Rad. No. 1721, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, Publicación autorizada con oficio No. 2006EE9449 del 7 de marzo de 2006.

892 La frase entre paréntesis fue declarada inexecutable en Sentencia C-541-95.

período fiscal respectivo y sería inconstitucional en la medida en que desconozca disposiciones de la Carta Política o de la ley orgánica.⁸⁹³

Es importante resaltar que la propiedad y destinación de los rendimientos financieros de los recursos de la Nación, incluidos los negocios fiduciarios, han venido siendo regulados en las leyes anuales de presupuesto señalando el plazo dentro del cual deben ser reintegrados al tesoro nacional, con sus rendimientos. Para la vigencia del 2006, ordenó el reintegro en los siguientes términos:

Artículo 9: “Los rendimientos financieros originados con recursos de la Nación, incluidos los negocios fiduciarios, deben consignarse en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional en el mes siguiente de su recaudo.”⁸⁹⁴

1.4. Reiteración de la norma legal por el reglamento actual, Decreto 4730 del 2005

En la normatividad vigente, la primera ley que establece la propiedad de la Nación sobre los rendimientos financieros que produzcan sus recursos, es la ley 38 de 1989, artículo 12, que aunque expedida en vigencia de la Constitución de 1886, se asimiló a la ley orgánica requerida por la Constitución de 1991, artículos 151 y 352, para el tema presupuestal.⁸⁹⁵

Este comentario indica que la propiedad de la Nación sobre los rendimientos financieros de sus recursos data, por lo menos, del año de 1989, de manera que no es del reglamento ni en particular del decreto 4730 del 2005, como menciona la consulta, del que se desprenda la obligación de reintegrar al presupuesto de la Nación o al del respectivo establecimiento público los rendimientos financieros de sus recursos. El decreto reglamentario se limita a reiterar la norma orgánica y establecer las épocas y obligaciones adicionales respecto de los recursos en cuestión. Así disponen sus artículos 33 y 40 (las negrillas son de la Sala):

“Artículo 33. Rendimientos Financieros. Los rendimientos financieros originados con recursos de la Nación, incluidos los negocios fiduciarios, deben ser consignados en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional en el mes siguiente de su recaudo. Se exceptúan los rendimientos financieros generados con aportes destinados a la seguridad social.”

“Artículo 40. Convenios. A partir de la vigencia del presente decreto, las entidades de carácter financiero, rendirán un informe trimestral al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento

893 Ver entre otras, las sentencias C-1645-00, C-644-02, C-821-04

894 Ley 998 del 2005 (1º de diciembre), “Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre del 2006”. Diario Oficial No. 46.109, diciembre 1º del 2005. Cfr. Ley 848/03, para la vigencia fiscal del 2004, artículos 16 y 34; Ley 921/04, para la vigencia fiscal del 2005, artículos 15 y 33;

895 Sentencia C-821-04 (diciembre 31), norma demandada: art.59 parcial del decreto 111/96, M.P. Jaime Araújo Rentería: “De acuerdo con el artículo 151 constitucional el Estatuto Orgánico del Presupuesto se debe expedir a través de una ley orgánica, siguiendo las directrices señaladas en los artículos 345 a 353 del ordenamiento superior, y por supuesto, acatando los valores, principios, derechos y prohibiciones que campean por todo el entramado constitucional en relación con las potestades del Congreso de la República. En este sentido la ley 38 de 1989 y la ley 179 de 1994 accedieron a la categoría de Estatuto Orgánico del Presupuesto según lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado; tiempo después, la ley 225 de 1995 se integró a este espectro normativo introduciendo las correspondientes modificaciones, al propio tiempo que le otorgó facultades extraordinarias al Presidente para compilar las tres leyes ya mencionadas, esto es, las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995. Lo cual se cumplió mediante el decreto 111 de 1996, contenido del Estatuto Orgánico del Presupuesto. ...”

Nacional de Planeación, sobre la ejecución de los proyectos adelantados con órganos que ejecutan recursos del Presupuesto General de la Nación.

“Cuando en desarrollo de tales contratos o convenios se generen rendimientos financieros que correspondan al órgano contratante, la entidad de carácter financiero los consignará a más tardar el 28 de febrero de cada año en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, y/o en las tesorerías de los órganos del Presupuesto General de la Nación cuando correspondan a recursos propios.”

El artículo 40 se refiere en concreto a los recursos del Presupuesto General de la Nación que se ejecutan a través de convenios o contratos que celebran los órganos que conforman ese presupuesto, con entidades financieras. Desagregando su contenido se tiene que:

a) aplica a las entidades financieras en general; FONADE tiene este carácter, como se establecerá más adelante;

b) señala la oportunidad para que las entidades destinatarias de la norma rindan informes y consignen los recursos financieros, con referencia a los proyectos financiados con recursos del presupuesto general de la Nación;

c) hace la diferencia entre recursos de la Nación y recursos propios, respecto de los órganos que ejecutan los recursos del presupuesto general de la Nación, al referirse a las tesorerías en las cuales los rendimientos financieros deben ser consignados.

Como se observa, el reglamento ratifica la orden legal en cuanto al punto que interesa la consulta, agregando algunos elementos de forma y procedimiento para su cumplida ejecución.

1.5. El concepto de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional

El Sr. Ministro consultante expresa inquietud sobre la aplicación del decreto 4730 del 2005 frente al concepto de fecha 1º de julio del 2005 emitido para INVIAS por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En ese pronunciamiento la Dirección de Presupuesto invoca otros conceptos de la misma Dirección en los que, por lo menos desde el año de 1997, sostiene que “pertenecen a la Nación los rendimientos obtenidos con recursos del presupuesto general de la Nación”; agrega que en el caso de un contrato suscrito entre la DIAN y FONADE, “... se analizó, de una parte, la ejecución de apropiaciones y, de otra, las obligaciones de medio y resultado. En ese contexto, y dadas sus características, se hizo referencia a la figura del anticipo”; continúa diciendo que teniendo en cuenta la opinión de la asesoría jurídica de FONADE sobre su naturaleza y objeto social, y la Directiva Presidencial 4 del 2003, respecto de los recursos propios de los establecimientos públicos comprometidos, si las obligaciones adquiridas por el Fondo son de medio, los rendimientos serán de la entidad contratante; y si son de resultado, debe distinguirse si los recursos se entregaron a título de anticipo o de pago anticipado, porque en el primer caso, los rendimientos financieros serán de la entidad contratante y en el segundo lo serán de la entidad contratista, en este caso FONADE.

Encuentra la Sala que el concepto en comentario introduce innecesariamente dos elementos de análisis, respecto de los rendimientos de los recursos propios de los establecimientos públicos, que a pesar de que en nada cambian la regla del Estatuto Orgánico de Presupuesto, sí tienen un efecto perturbador. Veamos:

a) La referencia a las obligaciones de medio y de resultado

Dice que los rendimientos financieros de los recursos propios del establecimiento público son de éste (la entidad contratante), tanto si las obligaciones de FONADE (entidad contratista) son de medio como si son de resultado.

Es decir, la clasificación de las obligaciones, a la que acude el intérprete, para nada incide en la conclusión del mismo intérprete respecto de la titularidad de los rendimientos.

Ahora bien, en la teoría de las obligaciones, una parte de la doctrina ha pretendido establecer diferencias en las obligaciones que pueden pactar los cocontratantes, según se orienten a hacer los mejores esfuerzos para obtener un resultado, pero sin comprometerse a él, o se obliguen con el resultado mismo; con referencia, por ejemplo, a la gestión de recursos, al ejercicio de las profesiones liberales y a los negocios fiduciarios.

Sin embargo, es en estos mismos ejemplos en los que otra gran parte de la doctrina encuentra desvirtuada la teoría pues en la realidad no es factible encontrar actividades que generen exclusivamente unas u otras obligaciones así clasificadas.

Lo que interesa destacar a la Sala es que independientemente de la clasificación teórica y de la discusión doctrinaria, lo único cierto es que resulta inapropiada la referencia que se analiza, porque como surge de su texto, la norma orgánica no incluye ni permite incluir condicionamiento alguno para la eficacia de la regla que consagra la titularidad de los rendimientos financieros. Frente a ella, no cabe estipulación ni interpretación doctrinaria en contrario, aún tratándose de teorías ampliamente aceptadas. La ley orgánica prima, sin discusión.

b) La referencia al anticipo y al pago anticipado

El concepto de la Dirección de Presupuesto también señala que, para el caso de las obligaciones de resultado, ha de tomarse en consideración si los recursos se entregan a la entidad contratista (FONADE) a título de anticipo o a título de pago anticipado, para concluir que, en el primer caso, los rendimientos siguen siendo de la entidad contratante y en el segundo, serán de la entidad contratista.

En el planteamiento del concepto en comento, la diferencia que en realidad subyace está referida al título al cual se entregan recursos en virtud del contrato que celebra un establecimiento público nacional (contratante) con una entidad financiera como FONADE (contratista), pues parte de ellos serán para su administración o para la ejecución de un proyecto determinado, pero otra parte necesariamente corresponderá a la remuneración de la actividad contractual asumida por la contratista.

Con los primeros, sin consideración a la clase de obligación que se pacte, es lo cierto que FONADE se obliga a cumplir con el objeto contratado, de manera que en ningún momento adquiere propiedad sobre tales recursos y por consiguiente los rendimientos que éstos generen serán de la nación o del establecimiento público.

En cuanto a los recursos que FONADE reciba como pago de su actividad contractual, la conclusión del concepto de la Dirección de Presupuesto es obvia, también independientemente de la clase de obligación que se haya estipulado, puesto que el

pago anticipado transfiere la propiedad de los recursos, de la entidad contratante a la entidad contratista, luego dejan de ser “recursos propios del establecimiento público contratante” o recursos de la nación, y los rendimientos serán de FONADE como quiera que es su nueva dueña.⁸⁹⁶

En la jurisprudencia y la doctrina es claro que como el pago es uno de los modos de extinguir las obligaciones, cuando la entidad estatal contratante pacta entregar al contratista recursos a título de pago anticipado, ingresan al patrimonio de éste, pudiendo en consecuencia disponer de ellos como propietario, sin restricciones. Por el contrario, cuando los recursos afectos al contrato se entregan al contratista a título de anticipo, se entiende que se trata de un mecanismo de financiación, de modo que siguen siendo dineros públicos que requieren de garantías y reglas para su manejo e inversión.⁸⁹⁷

El decreto 2170 del 2002, reglamentario de la ley 80 de 1993, hace referencia al anticipo, no trata el pago anticipado y reitera el destino de los rendimientos, así:

“Artículo 7. Del anticipo en la contratación. El manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al tesoro.”

Estima la Sala que por tratarse de recursos públicos, la expresión “tesoro” ha de entenderse como “tesoro público”, que en concordancia con las normas orgánicas del presupuesto, significa también que los rendimientos producidos por los anticipos son recursos de capital tanto en el presupuesto general de la Nación como en el presupuesto de los establecimientos públicos, pues son producidos por recursos que se entregan para su administración y no a título de pago.

c) La referencia a la Directiva Presidencial No. 04 del 2003

Esta Directiva modifica la No. 12 del 2002 (octubre 1), que dentro de los “lineamientos, medidas y acciones de corto y mediano plazo, que deberán cumplir las entidades públicas en materia de lucha contra la corrupción en la contratación estatal”, manda que “salvo en casos excepcionales plenamente justificados y motivados”, las entidades de los sectores central y descentralizado de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, “no pactarán pagos anticipados”; y destaca:

“Deberá estipularse en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo y en consecuencia los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecen al Tesoro.”

896 El anticipo y el pago anticipado están previstos en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993.

897 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 13 de septiembre de 1999 (Exp. 10.607) y del 22 de junio del 2001 (Exp. 13.436) “... si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregados los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo. / Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.”(Subraya la Sala).

La Directiva 4 del 2003 (abril 4) sólo modifica la Directiva 12 del 2002 en el sentido de excluir de la restricción de pactar pagos anticipados, a las entidades que integran el sector de la Defensa Nacional, reiterando textualmente la estipulación sobre los rendimientos.

Vale decir que las Directivas guardan concordancia con la norma orgánica.

1.6. La propiedad de los recursos comprometidos en relaciones contractuales entre establecimientos públicos nacionales y entidades financieras

Quedó dicho, con base en la ley orgánica del presupuesto, que desde el punto de vista presupuestal, un establecimiento público nacional puede contar con recursos de la Nación y recursos propios. Ergo, cuando para su ejecución contrata con entidades financieras, las estipulaciones sobre los rendimientos que eventualmente produzcan deben ser coherentes con la propiedad de los recursos que es el elemento determinante del destino que se da a los rendimientos, de manera que se incorporen las reglas orgánicas y reglamentarias atinentes a la oportunidad y a la tesorería en la cual deben consignarse.⁸⁹⁸

Además de lo anterior, también han de tenerse en cuenta las sumas que remuneran la actividad de la entidad financiera, y que pueden serle entregadas a título de anticipo, de pago anticipado, de pago periódico por labor realizada, e, inclusive, como una especie de prima de éxito que se vincula directamente al resultado de su gestión; exceptuando el anticipo, como se trata de los recursos que la entidad financiera recibe a título de pago, entran a ser de su propiedad y dispondrá de ellos y de los rendimientos que ellos produzcan de acuerdo con la regulación que le sea propia.

También plantea la consulta la posibilidad de que durante la ejecución del contrato se presenten excedentes de liquidez y entonces indaga sobre su propiedad. En los términos de la cláusula contractual que transcribe la pregunta siete, entiende la Sala que se trata de parte de los recursos entregados para su administración a la entidad financiera contratista, que por alguna razón relacionada o no con el desarrollo del objeto contractual, no son ejecutados en el transcurso del contrato. Habrá entonces que verificar si corresponden a recursos de la Nación o a recursos propios del establecimiento público contratante, para establecer el régimen presupuestal de administración y disposición que les será aplicable.

2. FONADE, su objeto, sus obligaciones y cláusulas contractuales

El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE⁸⁹⁹, es desde la reforma administrativa sustentada en el artículo 20 transitorio de la Constitución del 91, “una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero”⁹⁰⁰; su organización, estructura y funciones se recogen actualmente en el decreto 288 del 2004⁹⁰¹, según el

898 Decreto 111/96, Arts. 16, parágrafo 2º, 34 y 101; y decreto 4730 del 2005 o la norma vigente para la época de celebración del respectivo contrato.

899 FONADE tiene su origen en el decreto 2080 de 1967, que autorizó al Departamento Nacional de Planeación a crear una cuenta denominada Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, FONADE, para financiar estudios par proyectos en los sectores público y privado. Cuenta que fue transformada en establecimiento público mediante el decreto 3068 de 1968.

900 Decreto 2168 de 1992 (diciembre 30), “por el cual se reestructura el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, FONADE”, Diario Oficial No. 40.706, enero 2 de 1993.

901 Decreto 2 del 2004 (enero 29), “por el cual se modifica la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial No. 45.446 (enero 29)

cual esa entidad tiene “*por objeto principal ser Agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas.*” (Art. 2º).

A su propio presupuesto sólo le aplican las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996, en cuanto se refieran expresamente y de manera general a las empresas industriales y comerciales del Estado⁹⁰².

Con fundamento en el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, los bienes y servicios requeridos para su funcionamiento debe contratarlos como toda entidad estatal, en tanto que las actividades propias del giro ordinario de sus negocios se rigen por el derecho que les sea aplicable.⁹⁰³ Así se recoge en el Acuerdo No. 002 del 2003, por el que la Junta Directiva adoptó el “Manual de Contratación para los contratos del giro ordinario.”⁹⁰⁴

En este punto quiere la Sala destacar que una cosa es el contrato que celebre FONADE, al cual habrá de aplicarse el régimen que le corresponda según la distinción que en razón de su objeto hace la ley 80 de 1993, y otra cosa son los recursos a cuya administración se obliga cuando contrata con un establecimiento público nacional, por cuanto la primacía de la norma orgánica del presupuesto significa - respecto de FONADE y en general, de todas las entidades financieras -, que al celebrar contratos que comprometen recursos del presupuesto general de la Nación o propios de los establecimientos públicos nacionales, no puede, ni como entidad contratante ni como entidad contratista, pactar en contrario a las reglas orgánicas.

En las cláusulas contractuales parcialmente transcritas en las preguntas 6 y 7 de la consulta, se leen los compromisos de FONADE de aportar al proyecto objeto del respectivo convenio, los “excedentes financieros” (sic) que se llegaren a generar **durante la ejecución** del mismo por “la colocación de los recursos en su portafolio de inversiones”; y también que “los excedentes de liquidez” (sic) producto de las inversiones “se destinarán en un 50% a financiar costos adicionales que demande el proyecto”. (se destaca)

Entendiendo que en la pregunta 6 se trata técnicamente de los “rendimientos financieros”⁹⁰⁵, por cuanto son recursos provenientes de inversiones hechas durante la ejecución del contrato, por expresa disposición de los artículos 16, parágrafo 2º y 101, del Estatuto Orgánico de Presupuesto, respecto de esos recursos sólo es jurídicamente posible pactar su consignación en la tesorería de la Nación o en la del establecimiento público contratante, según provinieren de recursos de la Nación o de recursos propios de éste.

902 Decreto 111/96, art. 3º: “Cobertura del Estatuto. (...) A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas se les aplicarán las normas que expresamente las mencione (Ley 38 de 1989, art. 2º, Ley 179 de 1994, art. 1º).” no le aplica el decreto 115 de 1996, porque éste contiene las normas orgánicas que rigen los presupuestos de las empresas industriales y comerciales “dedicadas a actividades no financieras”.

903 Ley 80 de 1993, Art. 32, (...) Parágrafo 1o. “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.” (Las negrillas no son del texto). Exequible Sentencia C-086-95 de 1o de marzo de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

904 Fuente: www.fonade.gov.co, regulaciones y normas básicas.

905 Ver la precisión hecha por la Sala al iniciar este concepto

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE

1. FONADE y el establecimiento público del orden nacional, están obligados a prever la consignación de los rendimientos financieros de los recursos que ejecuten, únicamente en los términos establecidos por el Estatuto Orgánico de Presupuesto, la ley anual y el reglamento, el decreto 4370 del 2005, es decir, que aquella se hará en la tesorería general de la Nación cuando los rendimientos financieros provengan de recursos de la Nación y en la tesorería del establecimiento público de que se trate, si tales rendimientos provienen de recursos propios del mismo establecimiento, para lo cual tendrá en cuenta las oportunidades establecidas en el artículo 40 del decreto 4370 en cita.

2. Con relación al tema central de la consulta, esto es la propiedad de los rendimientos financieros generados en los recursos comprometidos por establecimientos públicos nacionales, es indiferente la consideración que se tenga sobre las obligaciones que asuma FONADE en los contratos de gerencia de recursos.

3. Entendiendo la expresión “excedentes financieros” como equivalente a “rendimientos financieros”, según se precisó en la parte inicial del presente concepto, su propiedad no está determinada por la clase de obligación que asuma FONADE.

4 y 5: El Estatuto Orgánico del Presupuesto, compilado en el decreto 111 de 1996, ha mantenido invariable la regla de que los rendimientos financieros de los recursos de propiedad de la Nación son de ésta y los producidos por los recursos propios de los establecimientos públicos son de éstos. Es ésta la norma que debe ser aplicada, pues como se analizó, por tener la naturaleza de ley orgánica condiciona el ejercicio de la actividad legislativa y de la administración pública. Ninguna estipulación contractual puede modificarla.

6: Entendiendo que la expresión “excedentes financieros”, incluida en la cláusula contractual que parcialmente se transcribe en esta pregunta de la consulta, técnica y jurídicamente corresponde al concepto de “rendimientos financieros”, éstos pertenecen a quien sea dueño de los recursos que los generan, de manera que no es factible estipulación en contrario.

7: Los “excedentes de liquidez” que según el texto de la cláusula transcrita parcialmente en esta pregunta de la consulta, eventualmente pueden generarse dentro de la ejecución del contrato, están comprendidos en las regulaciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto sobre el “tesoro nacional e inversiones” y sus reglamentos sobre excedentes de liquidez tanto de la Nación como de los establecimientos públicos nacionales; y pertenecen a quien sea dueño de los recursos en los cuales se generan.

Transcríbase al señor Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

4 Empresa colombiana de vías férreas - Ferrovías en liquidación. 1) Cobro del impuesto predial e intereses por inmueble que hace parte de la infraestructura de transporte férreo. 2) ¿Está obligada a pagar a los acreedores, intereses con posterioridad al decreto de liquidación?

Radicado 1778

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 2006/11/30

Levantamiento de la reserva mediante auto del 10 de diciembre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de Transporte, doctor Andrés Uriel Gallego Henao, a solicitud del señor Liquidador de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –FERROVIAS EN LIQUIDACIÓN-, formula a la Sala una consulta relacionada con el pago de intereses corrientes y moratorios y de sanciones a los acreedores de esta entidad.

ANTECEDENTES

Refiere el Ministro que FERROVIAS EN LIQUIDACIÓN tiene a su cargo, entre otros bienes, un predio ubicado en la Diagonal 22 A No. 65-B-89 de Bogotá D. C.. “incorporado a la infraestructura de transporte férreo”, y señala:

“La Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., en su calidad de acreedora, mediante comunicación radicada el 15 de agosto de 2003, presentó las obligaciones pendientes por concepto de impuesto predial unificado del predio arriba citado, por las vigencias 1999 a 2005, así como los intereses de mora generados dentro del mismo rubro y los que se causarán hasta la cancelación total de la deuda y las respectivas sanciones.

El Liquidador de la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías en Liquidación, rechazó la reclamación presentada por la Secretaría de Hacienda Distrital, argumentando prescripción de la obligación tributaria, por considerar que las disposiciones contenidas en el artículo 818 del Estatuto Tributario, relativas a la interrupción o suspensión del término de prescripción no le eran aplicables a la entidad, en concordancia con lo señalado en el numeral 5 del artículo 32 del Decreto Ley 254 de 2000⁹⁰⁶”.

El Ministro agrega que la autoridad fiscal del Distrito Capital insiste en que Ferrovías en Liquidación debe cancelar los saldos insolutos por los conceptos anotados, con base en el artículo 137 del decreto distrital 807 de 1993⁹⁰⁷ y la remisión que hace el artículo 32-5 del

906 El numeral 5º del artículo 32 del decreto ley 254 de 2000, “Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional”, dispone:

“Artículo 32.- Pago de obligaciones.- Corresponderá al liquidador cancelar las obligaciones pendientes a cargo de la masa de la liquidación, previa disponibilidad presupuestal, con el fin de realizar su liquidación progresiva; para ello se tendrán en cuenta las siguientes reglas: (...)

5. Para el pago del pasivo se tendrá en cuenta la caducidad y la prescripción de las obligaciones, contenidas en las normas legales vigentes. (...).”

907 El artículo 137 del decreto distrital 807 del 17 de diciembre de 1993, “Por el cual se armonizan el procedimiento y la administración de los tributos distritales con el Estatuto Tributario Nacional y se dictan otras disposiciones”, establece:

“Artículo 137.- Prescripción.- La prescripción de la acción de cobro de las obligaciones relativas a los impuestos administrados por la Dirección Distrital de Impuestos se regula por lo señalado en los artículos 817, 818 y 819 del Estatuto Tributario Nacional.

decreto ley 254 de 2000 a las reglas sobre prescripción, considerando que en este caso, se interrumpió la prescripción, lo cual es controvertido por el Liquidador de la empresa.

INTERROGANTE

El Ministro presenta a la Sala, de la siguiente manera, el interrogante:

“No obstante el debate normativo que se suscitó, para Ferrovías en Liquidación no resulta aún clara la obligación que tiene de cancelar las sumas reclamadas por la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital, por concepto de impuesto predial de un bien que, como ya se expresó, está incorporado a la infraestructura férrea, por lo cual formula a esa alta Corporación el siguiente interrogante:

¿Está obligada la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVIAS EN LIQUIDACIÓN a pagar intereses a sus acreedores a partir del momento en el que se decretó la liquidación si a voces de lo indicado en el decreto 1791 de 2003, solo puede dedicar su actividad a ‘liquidar’ la Entidad Estatal?”

CONSIDERACIONES

La Sala analizará en primer término el tema referente al cobro del impuesto predial y enseguida revisará el asunto del pago de intereses a los acreedores en el proceso de liquidación de entidades públicas.

1. El cobro a Ferrovías en Liquidación del impuesto predial sobre un bien inmueble incorporado a la infraestructura de transporte férreo

La Sala, al estudiar el cobro del impuesto predial a Ferrovías en Liquidación, por un inmueble que hace parte de la infraestructura de transporte férreo, estima necesario remitirse a lo expuesto en el Concepto No. 1640 del 19 de abril de 2005, en el cual se estudió si esa Empresa estaba obligada a pagar a las administraciones municipales, el impuesto predial y la contribución de valorización sobre corredores férreos y bienes inmuebles que hacen parte de la infraestructura férrea a cargo de la Nación, tales como estaciones, bodegas, campamentos, zonas de talleres, patios de maniobras y lotes de terrenos contiguos a la vía férrea.

En dicho Concepto la Sala expresó:

*(...) En concepto de la Sala, como quiera que las autoridades municipales cuentan con una autorización legal para gravar con el **impuesto predial a los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado**, esta autorización, no incluye los **bienes de uso público** a cargo de Ferrovías, que hoy tiene que entregar al Instituto Nacional de Vías por efectos de los procesos de reestructuración del sector ferroviario nacional.*

*No obstante, la Empresa Ferrocarriles Nacionales, entregó los corredores férreos y sus **anexidades de propiedad de la Nación**, a la empresa industrial y comercial del Estado, Ferrovías, creada en su momento*

Parágrafo.- Cuando la prescripción de la acción de cobro haya sido reconocida por la oficina de cobranzas o por la jurisdicción contencioso administrativa, la Dirección Distrital de Impuestos cancelará la deuda del estado de cuenta del contribuyente, previa presentación de copia auténtica de la providencia que la decreta”.

para administrar la infraestructura férrea, el acto de transferencia, no afecta la naturaleza de uso público de los bienes que recibió, como tampoco, la propiedad del Estado respecto de los mismos.

Dado que la entrega de los bienes de uso público por Ferrovías – en liquidación – al Instituto Nacional de Vías implica el cumplimiento formal de los trámites notariales y de registro propios de la transferencia del dominio, la Sala reitera los alcances de la advertencia preliminar de este concepto, pues si bien es cierto que de acuerdo con la estructura del Estado y el marco funcional y de competencias de las distintas entidades y organismos que la conforman y para la adecuada administración, manejo, mantenimiento y defensa de los bienes de uso público es necesaria dicha entrega, no puede entenderse que por este sólo acto la Nación se desprenda de la propiedad o se mude la naturaleza o destinación al uso común del bien. Mientras el legislador no cambie el uso del bien, al beneficio común estarán destinados. En consecuencia la transferencia de los bienes, cualquiera sea la naturaleza de la entidad que los reciba – para el caso una empresa industrial y comercial - no produce ningún cambio de la propiedad de la Nación sobre los mismos, en tanto tal trámite sólo traduce una formalidad para efectos de su administración. El principio rector de la materia es la inenajenabilidad.

Prueba de lo anterior es que el artículo 13 del decreto 1791 de 2003, los excluyó de la liquidación de Ferrovías.

*“Artículo 13.- No forman parte de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- en liquidación: 13.1. La **red férrea** a su cargo, la cual será transferida al Instituto Nacional de Vías. 13.2. Las partidas apropiadas y no comprometidas para el año 2003 en el presupuesto aprobado a la empresa que se trasladen a los presupuestos de las entidades que asuman las funciones o competencias respecto de la red férrea. 13.3. **Los bienes muebles, inmuebles y derechos cuyo titular sea la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferrovías- y que requiera para el cumplimiento de su objeto las entidades que asuman las funciones o competencias de la red férrea**”. (Resalta la Sala).”*

Finalmente, la Sala concluyó lo siguiente:

“Los corredores férreos, sus anexidades, zonas de seguridad, de señalización, patios de maniobra que forman parte de la infraestructura férrea de propiedad de la Nación, son bienes de uso público y, como tales, se encuentran excluidos de la contribución de valorización y del pago de impuesto predial unificado.

En consecuencia, al no ser Ferrovías en liquidación, sujeto pasivo de los citados tributo y contribución respecto de los bienes de uso público de propiedad de la Nación, no es dable a las autoridades municipales exigir el pago de dichos gravámenes para efectuar el registro de la transferencia que ésta entidad realice a favor del Instituto Nacional de Vías.” (Resalta la Sala).

Para la Sala es claro que si el inmueble pertenece a la infraestructura férrea, como se afirma en la consulta, es un bien de uso público y por tanto, está excluido del pago de impuesto predial.

2. Las clases de liquidación de las personas jurídicas privadas y las de los organismos y entidades públicas. Pago de intereses

El consultante pregunta si en el caso específico de Ferrovías en Liquidación, empresa industrial y comercial del Estado, hay lugar al reconocimiento de intereses a sus acreedores a partir del momento en que se decretó la liquidación, habida cuenta de que “solo puede dedicar su actividad a ‘liquidar’ la entidad estatal”.

Para absolver la inquietud, la Sala analizará las clases de liquidación de personas jurídicas de origen privado, las similitudes y diferencias con la liquidación de entidades y organismos públicos, así como sus efectos sobre la obligación de pago de intereses a los acreedores.

2.1 Liquidación de sociedades de naturaleza privada.

Antes de profundizar en el tema propuesto, hay que expresar que el tráfico mercantil está sometido a circunstancias y riesgos normales y anormales que pueden ocurrir, los cuales son sistematizados por la ley para encauzar sus efectos y defender los derechos de quienes puedan verse afectados por el incumplimiento de obligaciones. Cuando esos hechos ocurren, la ley prevé como una alternativa de solución, la liquidación de la sociedad comercial.

Doctrinariamente se han distinguido dos clases, según que la disolución y consecuente liquidación de las sociedades, se produzca en forma voluntaria o por un acto de un organismo estatal de vigilancia y control de las mismas.

a) *Las liquidaciones voluntarias* o privadas, son las originadas en el querer de los socios o en hechos inscritos en la ley o en el contrato social, las cuales se consignan en el artículo 218 del Código de Comercio que, de forma general, prevé la disolución de las sociedades mercantiles, en los siguientes términos:

“Artículo 218.- *La sociedad comercial se disolverá:*

1º) Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración;

2º) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;

3º) Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley;

4º) Por la declaración de quiebra de la sociedad⁹⁰⁸;

5º) Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato;

6º) Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social;

7º) Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes, y

8º) Por las demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este Código”. (Resalta la Sala).

En los eventos descritos, una vez disuelta la sociedad se procederá a liquidarla, de conformidad con lo establecido por los artículos 222 y siguientes del Código de Comercio, debiéndose pagar primero el pasivo externo (frente a los terceros acreedores) y luego el interno (frente a los socios), siendo de destacar, en cuanto al tema analizado, lo dispuesto por los artículos 242 y 244 que establecen:

908 El Título II del Libro Sexto (arts. 1937 a 2010) del Código de Comercio, que trataba de la quiebra, fue derogado expresamente por el artículo 242 de la ley 222 de 1995.

“Artículo 242.- El pago de las obligaciones sociales se hará observando las disposiciones legales sobre prelación de créditos. (...)”.

*“Artículo 244.- Por el hecho de la disolución **se podrán pagar, sin intereses distintos de los que se hayan pactado expresamente** y para los solos efectos de la liquidación, **todas las obligaciones a término contra la sociedad, inclusive aquellas cuyo plazo se haya pactado a favor de los acreedores**” (Resalta la Sala).*

Cabe anotar que en este tipo de liquidaciones, el mismo código, al indicar los deberes del liquidador, menciona en el numeral 7º del artículo 238, el de “liquidar y cancelar las cuentas de los terceros y de los socios, como se dispone en los artículos siguientes”, debiéndose entender por “cuentas”, las sumas adeudadas, que comprenden lógicamente el capital y los intereses, ya que los artículos posteriores no hacen salvedad al respecto. Tan sólo el artículo 244 menciona los intereses para disponer que, por el hecho de la disolución, se pueden pagar las obligaciones a término contra la sociedad, o sea, que se hacen exigibles, con los intereses remuneratorios pactados expresamente.

Ahora bien, en cuanto a los intereses moratorios es claro que no existiendo norma en contrario ni un evento que pueda considerarse fuerza mayor o caso fortuito por el cual se exonere de su pago, ellos deben liquidarse y pagarse.

En conclusión, cuando se trata de liquidaciones voluntarias, que, como se sabe, no son las que provienen de un acto de la autoridad de control, hay lugar al reconocimiento y pago de toda clase de intereses, dentro de las posibilidades de la masa de la liquidación y guardando los privilegios legales.

*b) Las liquidaciones obligatorias,*⁹⁰⁹ son las ordenadas por un acto de la autoridad estatal de vigilancia y control ante circunstancias generadas por crisis financieras o manejos irregulares que pueden deteriorar la prenda general de los acreedores, y en especial el patrimonio de los proveedores, los accionistas, los ahorradores, los inversionistas, los depositantes, etc.

En estos casos, a diferencia del procedimiento privado que predomina en las liquidaciones voluntarias, son de aplicación preferente el conjunto de normas de orden público económico que se imponen sobre los derechos individuales de los socios o accionistas, en razón de la supremacía del interés general sobre el particular. Esta definición conduce a que los organismos públicos competentes y específicamente las Superintendencias, sean los responsables de adelantar el trámite respectivo.

Aunque existen varios regímenes⁹¹⁰ de liquidaciones forzosas u obligatorias, para efectos de la consulta, la Sala reseñará solamente la de las sociedades comerciales y la de las entidades financieras.

909 “El procedimiento de liquidación obligatoria, aunque semejante en muchos aspectos, *no puede confundirse con el trámite de liquidación privada de sociedades, previsto en los artículos 218 y siguientes del Código de Comercio*. En realidad, mientras que la liquidación obligatoria es un procedimiento concursal de alta connotación pública, *propiciado por la crisis de la entidad deudora*, el proceso liquidatorio regulado en el Código citado es un *procedimiento iniciado voluntariamente* por la compañía, en el que no participa, en general, ninguna instancia estatal”. Tomado de FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. “Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos.” Bogotá. Editorial Temis S.A. 1999 Pág. 401 y 402.

910 Adicionalmente al régimen de liquidación obligatoria de sociedades comerciales de competencia de la Superintendencia de Sociedades, existen otros como los de intervención de entidades financieras y aseguradoras a cargo de la Superintendencia Financiera, el

(i) *Liquidación obligatoria de sociedades comerciales.* Cuando la sociedad comercial no está sujeta a un régimen especial de intervención o liquidación, le corresponde actuar a la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con la competencia que le asigna para los trámites concursales el artículo 90 de la ley 222 de 1995⁹¹¹, siempre que se presente alguna de las causales del artículo 150 de la misma.

En efecto, la ley 222 de 1995, prevé la liquidación *obligatoria* de las sociedades comerciales, la cual puede ser solicitada por el deudor o decretada de oficio por la Superintendencia de Sociedades (art. 149), y su iniciación implica, entre otras consecuencias, la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo y por lo general, la disolución de la sociedad (Art. 151 numerales 2 y 3).

El proceso de liquidación obligatoria se inicia como lo ordena el artículo 150 del Código:

“Artículo 150.- Apertura.- El trámite de liquidación obligatoria se abrirá:

1. **Por decisión de la Superintendencia de Sociedades adoptada de oficio o como consecuencia de la solicitud de apertura de un proceso concursal.**
2. **Por terminación del trámite concordatario por falta de acuerdo o por incumplimiento de éste.**
3. **Cuando el deudor se ausente y haya abandonado sus negocios”.** (Resalta la Sala).

En este punto es importante resaltar que la liquidación obligatoria de sociedades comerciales tiene siempre origen en situaciones de incumplimiento de obligaciones que ponen en riesgo el patrimonio de terceros adquiriendo una connotación pública indudable. Pero antes de proceder a ella la ley prevé la posibilidad de salvar la compañía permitiendo acuerdos con los acreedores.

Es así como el trámite concursal reviste dos clases o modalidades, de conformidad con el artículo 89 de la citada ley 222:

“Artículo 89.- Modalidades del trámite concursal.- El trámite concursal podrá consistir en:

1. **Un concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor⁹¹², o**
2. **Un concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor⁹¹³”.** (Resalta la Sala).

de las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, o el de entidades prestadoras de servicios de salud, a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud.

911 “(...) a partir de la declaratoria de inexistencia del artículo 23 del decreto 1080 de 1996 (Sentencia C-180/97), la competencia de la Superintendencia de Sociedades en materia de liquidación obligatoria se restringe a las sociedades comerciales, siempre que no estén sujetas a un procedimiento especial de intervención administrativa (ley 222 de 1995, art. 90). Por sustracción de materia, la competencia para el mismo proceso en los casos de personas naturales o de personas jurídicas de naturaleza no societaria, así como de las sociedades civiles estarán a cargo, en primera instancia, de los jueces civiles del circuito especializados o, a falta de estos, por los jueces civiles del circuito del domicilio del deudor (art. 214, *ibidem*)”. Francisco Reyes Villamizar. Reforma al régimen de sociedades y concursos. 2ª edición. Editorial Temis, Bogotá D.C., 1999, pág. 405.

912 Ley 222 de 1995: “Artículo 94.- Objeto del concordato.- El concordato tendrá por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito”. (Resalta la Sala).

913 Ley 222 de 1995: “Artículo 95.- Objeto de la liquidación obligatoria.- Mediante la liquidación obligatoria se realizarán los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo”. (Resalta la Sala).

Las causales para el trámite concursal en cualquiera de sus modalidades son de imperativa observancia, se encuentran determinadas en el artículo 91 y como se dijo, su contenido fundamental se refiere a circunstancias de incumplimiento de las obligaciones frente a terceros.

“Artículo 91.- Supuestos.- La autoridad competente **admitirá la solicitud del trámite concursal cuando el deudor se encuentre en los siguientes eventos:**

1. Por **el incumplimiento de dos o más obligaciones mercantiles** de contenido patrimonial por un plazo mayor a 180 días.
2. **En graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno** de las mencionadas obligaciones.
3. **Si se teme razonablemente que llegue a cualquiera de las dos situaciones anteriores”.** (Resalta la Sala).

Ahora bien, sobre el tema del pago de intereses en las liquidaciones *obligatorias*, la Superintendencia de Sociedades ha fijado su posición en varias oportunidades, siendo la más reciente el concepto 220-041925 del 31 de julio de 2006, del cual se extractan los siguientes apartes:

*“En relación con este tema la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en diversas ocasiones, entre las cuales merece citarse la siguiente, contenida en el Oficio 220-9048 del 7 de febrero de 2003, que expresa: “Por lo dispuesto en la ley **los intereses guardan una estrechísima relación con el crédito**, de tal manera que se considera como dueño de aquellos a quien es propietario del capital principal exigible, de allí que para el cobro ejecutivo del interés éste se considera parte inherente del crédito principal.*

*En ese orden de ideas, en opinión de esta oficina, **no podría entenderse que su reconocimiento y pago en el escenario del concurso liquidatorio rompe el derecho a la igualdad entre los acreedores, cuando los titulares de acreencias cobran parte de su obligación representada en intereses, ya sean producto de una convención con el deudor o de lo establecido en la ley.***

*Tampoco pueden desconocerse los negocios jurídicos celebrados o realizados válidamente en el pasado por las sociedades admitidas o convocadas al trámite de liquidación obligatoria, en los cuales el sujeto acreedor pretendió producir una renta del capital (bajo el entendido que siempre han de respetarse las normas que establecen límites en su estipulación y las sanciones por la extralimitación en su fijación). Así mismo, **no se pueden desconocer las normas relativas al pago de intereses por el no pago oportuno de la obligación. (...)***

*Ahora bien, el auto de apertura del trámite de liquidación obligatoria, ya sea proferido de oficio o a petición de parte, constituye sin duda un auto de autoridad ejercido por un funcionario público (Arts. 90, 149, 150 de la Ley 222 de 1995), que no es posible de resistir una vez se encuentra en firme, y que produce unos efectos particulares, tanto sobre las relaciones del deudor con sus acreedores, como respecto del funcionamiento y desarrollo de la sociedad; por consiguiente, **la mora causada por esta fuerza mayor** (Art. 64 del Código Civil), **en principio, no da lugar a la indemnización de perjuicios**, es decir no hay lugar al pago de intereses moratorios a partir del decreto de la apertura del trámite liquidación obligatoria, **sin embargo, la estipulación de las partes pueden cambiar esa regla**, al igual que una disposición legal (Art. 1616 del C. C)” (Los destacados son nuestros).*

De la referida argumentación, salta a la vista la obligación que le asiste al liquidador de cancelar, no solo la obligación principal, sino liquidar y pagar los intereses, comisiones, sanciones de orden legal etc., a que hubiere lugar, siempre que existan recursos suficientes y atendiendo el mismo orden de preferencia de las principales.

Entonces, bajo el entendido que la sociedad del ejemplo, dispone de suficientes recursos, resulta indiscutible que en materia de sumas accesorias deben cancelarse en su integridad, obviamente previa cancelación de la totalidad de los montos reconocidos en la providencia de calificación y graduación de créditos como obligaciones principales.

Ahora bien, si canceladas en su totalidad las obligaciones principales junto con las sumas accesorias, la sociedad deudora permanece con fondos, nada se opone para disponer de ellos, cancelando intereses moratorios generados entre la fecha de que trata el artículo 198⁹¹⁴ de la Ley 222 de 1995 y el momento en que se haya verificado el pago de los mismos, caso para el cual deberá atenderse lo dispuesto en el artículo 1616 C. C., que prevé la posibilidad, siempre y cuando las partes cambien la regla que allí se establece. No obstante, el Despacho considera que para tales fines, el liquidador deberá obtener autorización de la junta asesora, en razón a que a ella corresponde aprobar el plan de pagos, conforme al inventario que de la sociedad deudora debe elaborar y presentar el liquidador (Núms. 3 y 16, Art. 166 de la Ley 222 Cit.). (...)

Esta regla de igualdad de tratamiento impone al juez del concurso la necesidad de evaluar la situación del concursado en la satisfacción de los créditos, así mismo de evaluar el estado de insuficiencia del activo para esa satisfacción. Es así como, en aras de obtener el tratamiento más justo para los acreedores, se entiende que esa justicia se ve traducida en el pago real a la mayor cantidad de acreedores en respeto de la prelación y privilegios de ley. Dicho pago que como antes se anotó en condiciones de normalidad jurídica impondría la necesidad de satisfacer el crédito tanto en capital e intereses para el acreedor en aplicación del principio de indivisibilidad, en el proceso concursal en aras de la justicia se debe entender en el menor perjuicio para la colectividad, lo cual se traduce en la necesidad de aplicar el pago primero a las obligaciones en lo referente a capital y de ser posible y quedar remanente a los intereses válidamente pactados” (Destaca la Sala).

En síntesis, la Superintendencia de Sociedades:

- Acepta doctrinariamente que los intereses remuneratorios y moratorios son inherentes al crédito principal y que no se rompe el principio de igualdad entre los acreedores, con su reconocimiento en las liquidaciones obligatorias.
- Entiende que el auto de apertura del trámite de liquidación obligatoria constituye fuerza mayor y por tanto, no hay lugar, en principio, al pago de intereses moratorios a partir de dicho auto, a menos que se haya pactado lo contrario.
- Concluye en que, dependiendo siempre de la existencia de *recursos suficientes*, el liquidador, respetando la prelación de créditos, debe pagar primero el capital principal, enseguida los intereses remuneratorios y moratorios causados hasta el auto de apertura del trámite de liquidación obligatoria, y, si las partes acordaron que la mora

914 El artículo 198 de la ley 222 de 1995 establece: “Artículo 198.- Solución de obligaciones.- Ejecutoriada la providencia de calificación y graduación de créditos y en firme los avalúos practicados, el liquidador procederá a pagar, con el dinero disponible, atendiendo lo dispuesto en la graduación.”// No obstante, previa autorización de la junta asesora y respetando la prelación y los privilegios de ley, podrá cancelar obligaciones mediante daciones en pago”. (Resalta la Sala).

producida por fuerza mayor o caso fortuito no exonera al deudor, pagará también los moratorios causados con posterioridad al mencionado auto.

(ii) *Liquidación forzosa de sociedades de carácter financiero.* En este caso debe actuar el organismo de vigilancia y control para este tipo de sociedades; es decir, la Superintendencia Financiera, adoptando las correspondientes medidas de toma de posesión y, si es del caso, la liquidación forzosa administrativa, conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

A este respecto, el numeral 2º del artículo 114 del mencionado Estatuto, adicionado por el numeral 20.2 del artículo 20 de la ley 510 de 1999, de reforma financiera, establece:

*“2. La Superintendencia Bancaria **deberá tomar posesión inmediata** de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cuando se presente alguno de los siguientes hechos:*

*a) **Cuando se haya reducido su patrimonio técnico por debajo del cuarenta por ciento (40%) del nivel mínimo previsto por las normas sobre patrimonio adecuado;***

*b) **Cuando haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, en los casos que de manera general señale el Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 48, literal i)** ⁹¹⁵.”*

Es bueno destacar, que esta norma es un mandato imperativo para la Superintendencia porque los hechos que dan lugar a la intervención ponen en riesgo evidente el cumplimiento de las obligaciones frente a los ahorradores, cuentacorrentistas, proveedores y demás acreedores de la entidad financiera con la connotación adicional de que este tipo de entidades, por manejar ahorro privado, están sometidas a una intervención estatal de mayor intensidad.

Ahora bien, los objetivos de la toma de posesión los indica el inciso segundo del artículo 115 del citado Estatuto, modificado por el artículo 21 de la ley 510 de 1999, en la siguiente forma:

“ARTICULO 21. El artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, quedará así:

*(...) **La toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias. La decisión correspondiente deberá adoptarse por la Superintendencia Bancaria en un término no mayor de dos (2) meses, prorrogables por un término igual por dicha entidad.***

915 El literal i) del numeral 1 del artículo 48 del EOSF, adicionado por el artículo 4º de la ley 510 de 1999, dispone:

“Artículo 48.- Instrumentos de intervención.-

1. Facultades del Gobierno Nacional. (...)

(...)

i) Determinar de manera general relaciones patrimoniales u otros indicadores que permitan inferir un deterioro de la entidad financiera, con el fin de que para subsanarlo se adopten programas de recuperación o se apliquen de manera automática y gradual medidas apropiadas, todo ello en la forma, condiciones, plazos, y con las consecuencias que fije el Gobierno. Las medidas que se contemplen podrán incluir, entre otras, las previstas por el artículo 113 de este Estatuto, la reducción forzosa de capital a una cifra no inferior al valor del patrimonio neto, la colocación obligatoria de acciones sin sujeción al derecho de preferencia, la enajenación forzosa de activos, la prohibición de distribuir utilidades, la creación de mecanismos temporales de administración con o sin personería jurídica con el objeto de procurar la optimización de la gestión de los activos para responder a los pasivos, la combinación de cualquiera de las mencionadas u otras que se consideren adecuadas en las condiciones que fije el Gobierno”. (Resalta la Sala).

(...)"(Resalta la Sala).

La liquidación como consecuencia de la toma de posesión, trae, entre otros, los siguientes efectos: la disolución de la entidad, la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida, la formación de la masa de bienes, la terminación automática de los contratos de seguros al vencimiento del plazo de los dos meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo, si se trata de una aseguradora y la protección a los derechos de los trabajadores (art. 117 EOSF, modificado por el art. 23 de la ley 510/99).

Así las cosas, una vez tomada la decisión de liquidar forzosamente la sociedad de carácter financiero surge la expectativa del reconocimiento o no de intereses a los acreedores sobre las obligaciones insolutas en el momento de la toma de posesión.

Al respecto, la Superintendencia Bancaria (hoy denominada Superintendencia Financiera), con base en una jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sostenido en diversas ocasiones, como por ejemplo, en los oficios Nos. 121-001068 del 11 de enero de 1990 y 96006143-2 del 27 de diciembre de 1996, del Superintendente Delegado para Instituciones Financieras y el Director Jurídico, respectivamente, que **no** hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios ni remuneratorios a los acreedores, a partir de la resolución que ordena la toma de posesión de una entidad financiera, por las razones que se verán enseguida.

La jurisprudencia aludida se encuentra consignada en la sentencia del 15 de febrero de 1985, dictada por la Sección Cuarta de esta corporación, expediente No. 8872, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta contra dos resoluciones dictadas por la Superintendencia Bancaria, en desarrollo de una intervención administrativa sobre una corporación financiera privada. La parte pertinente de esta sentencia indica:

"El acto demandado, especialmente la Resolución 4513 de 12 de agosto de 1981, invoca como fundamento legal de la negativa a ordenar el pago de intereses moratorios, el artículo 822 del Código de Comercio, conforme al cual 'los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa', de suerte que como según la ley civil –artículo 1º de la Ley 95 de 1890-, constituye fuerza mayor, 'los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos', y como conforme al inciso 2º del artículo 1616 del Código Civil, 'la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios', se concluye que la toma de posesión de los haberes y de la administración de una empresa por parte de la Superintendencia Bancaria, constituye fuerza mayor, la que no genera, intereses de mora a cargo de la persona intervenida conforme lo declara el citado inciso 2º del artículo 1616 del Código Civil". (Resalta la Sala).

Esta jurisprudencia fue expresamente reiterada en sentencia del 25 de junio de 1999 (Radicado 9425) de la misma Sección Cuarta, la cual añadió:

"Ahora bien, según el inciso 2º del artículo 1616 del Código Civil 'la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios', luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su reemplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la

misma, y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios". (Resalta la Sala).

En el citado oficio No. 121-001068 de 1990 la Superintendencia Bancaria acogió el planteamiento respecto de los intereses moratorios, y se refirió también a los intereses remuneratorios, para indicar que éstos dejan de causarse por hacerse exigibles las obligaciones a plazo, desde el momento en que se produce la intervención del organismo de vigilancia y control. Allí señaló la entidad, lo siguiente:

"En este orden de ideas, es imperativo afirmar que como a partir de la fecha de la toma de posesión no se entiende legalmente que la intervenida esté en mora, no es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios con posterioridad a dicha toma, siendo viable únicamente el pago de los moratorios que se hayan causado hasta el día del decreto de tal medida. Así mismo, tampoco procede el reconocimiento y pago de intereses remuneratorios o de cualquier otro tipo de rendimiento financiero, después de la intervención, habida consideración de que la toma de posesión conlleva la exigibilidad de las obligaciones a plazo (Decreto 2216 de 1982, artículo 6º) y por ende, sobre ellas no hay lugar jurídicamente a remuneración o rendimiento financiero alguno, por corresponder estos en esencia a obligaciones de plazo no vencido; entonces solamente se deben reconocer y pagar los generados con anterioridad y hasta la fecha de la intervención.

*De otra parte, no se puede perder de vista que como quiera que este proceso de liquidación pertenece al género de los denominados doctrinariamente 'Procesos Concursales', debe darse cabal aplicación al principio fundamental de la igualdad de los acreedores o 'Par conditio creditorum', por virtud del cual **todos los créditos se deben satisfacer en igual forma, proporción y plazo, salvo las preferencias legales, a fin de evitar cualquier forma de discriminación o favorecimiento de algún acreedor y en perjuicio de la masa.** En desarrollo de este principio, todos los acreedores, sin excepción, deben gozar de igualdad jurídica y económica respecto de sus créditos –salvo las preferencias legales–, de tal suerte que a partir de la toma de posesión y durante el lapso en que deben cumplirse las etapas legales del procedimiento, que han de surtirse forzosamente para que sea viable proceder al pago de las obligaciones reconocidas, ninguno de los créditos debe beneficiarse con el reconocimiento de intereses o de rendimiento financiero alguno, pues, como se explicó antes, el cumplimiento de dichos trámites procedimentales constituye una causa legal que impide al deudor el pago de los créditos de manera inmediata a la toma de posesión". (Resalta la Sala).*

Más adelante, en el mismo oficio, la Superintendencia da la siguiente razón práctica:

*"De no ser así, es decir, si se aceptaran los créditos con sus intereses y rendimientos financieros causados a partir de la toma de posesión y hasta la fecha efectiva del pago, **resultaría materialmente imposible configurar, en algún momento, la masa de la liquidación o masa pasiva –valor total de las acreencias a cancelar–,** como quiera que por su propia dinámica el reconocimiento de los rendimientos financieros aumentaría progresivamente la masa, lo que traería como consecuencia la imposibilidad de efectuar los pagos conforme a la graduación de los créditos y, adicionalmente, no se podrían realizar dichos pagos a cada uno de los acreedores en proporción directa entre el valor de sus respectivos créditos y el valor de la masa de bienes o masa activa, en el evento en que los bienes concursados no sean suficientes para solucionar todas las obligaciones de la intervenida, como ocurre por lo general, desconociéndose de esta manera el principio de la 'Par conditio'. (Resalta la Sala).*

Resulta oportuno anotar que en la actualidad, la exigibilidad de las obligaciones a término en este tipo de liquidaciones se encuentra establecida en el literal b) del artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 23 de la ley 510 de 1999, y se ha previsto, en el numeral 17 del artículo 291 del mismo Estatuto, modificado por el artículo 24 de dicha ley, la posibilidad de establecer mecanismos para compensar con cargo a los activos de la entidad, la pérdida de poder adquisitivo o los perjuicios por causa de la pérdida de rendimiento que puedan sufrir los depositantes, ahorradores o inversionistas por la falta de pago oportuno, lo cual fue reglamentado por los artículos 30 y 44 del decreto 2211 de 2004, siendo esta compensación pagadera con el eventual remanente una vez atendidas las obligaciones excluidas de la masa de la liquidación y a cargo de ella, así como el pasivo cierto no reclamado.

En resumen, el criterio de la antigua Superintendencia Bancaria, se sintetiza así:

- A diferencia de la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Bancaria no acepta el pago de intereses moratorios ni remuneratorios a partir de la toma de posesión del establecimiento, porque se rompe el principio de igualdad entre los acreedores.
- *Los intereses moratorios* de las acreencias corren solamente hasta la toma de posesión porque ese acto de autoridad constituye fuerza mayor y por ende, exonera de la mora.
- *Los intereses remuneratorios* corren solamente hasta la mencionada toma de posesión, por cuanto las obligaciones a plazo se hacen exigibles con la medida administrativa de la intervención.

2.2. Supresión y liquidación de organismos y entidades de naturaleza pública

Antes de proceder al estudio del tema de la supresión y liquidación de organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público, es importante señalar que dichas figuras jurídicas, elevadas hoy a rango constitucional, son producto de la tendencia que propende por la búsqueda de eficiencia en la gestión pública, la cual se plasma en algunos principios y reglas contenidas en la Constitución Política de 1991, entre ellas, el artículo 189 numeral 15 que faculta al Presidente de la República para “Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley”⁹¹⁶, competencia que anteriormente era ejercida por el legislador, y que si bien hoy la conserva, en la práctica se ha desplazado al ejecutivo.

En desarrollo de este precepto, la ley 489 de 1998, conocida como “Estatuto de la Administración Pública”, señala que los organismos y entidades enumerados en su artículo 38⁹¹⁷ son susceptibles de supresión y liquidación por decreto del Presidente de la República.

916 El legislador puede también suprimir organismos públicos. (Art. 150-7 C.P.)

917 Ley 489 de 1998. “ARTICULO 38. INTEGRACIÓN DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;

Sobre el conjunto de organismos y entidades que integran la Rama Ejecutiva susceptibles de supresión, hay que resaltar, primero, la diversidad de naturalezas y regímenes jurídicos que en dicha tipología aparecen, pues ella va desde aquellos que carecen de personería jurídica como algunas superintendencias y unidades administrativas, regidas en su totalidad por el derecho público, hasta las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta que poseen personería propia y en el giro ordinario de sus actividades aplican el derecho privado. Así mismo, los establecimientos públicos dotados también de personería pero con atribución de funciones administrativas bajo las reglas del derecho público, sin olvidar los nuevos entes de régimen especial legal como son las empresas de servicios públicos, las empresas sociales del Estado, las filiales de empresas y sociedades y, en fin, las entidades descentralizadas indirectas.

En segundo lugar, la Sala observa en ese conjunto que algunas de las entidades del sector descentralizado como las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de todas las clases, por estar sometidas al control y vigilancia de las superintendencias, además de la posibilidad de ser suprimidas y liquidadas por decreto presidencial, también pueden ser intervenidas y liquidadas por las superintendencias, al igual que sus homólogos privadas, cuando ocurran las causales legales para tomar esas medidas.

Dada la complejidad de la organización administrativa estatal descrita, la interrelación de regímenes jurídicos privados y públicos y los objetivos buscados por la administración, no es tan claro clasificar las liquidaciones de entes públicos en voluntarias y obligatorias, como se acepta para las de las sociedades de naturaleza privada, aunque existan ciertas similitudes. La Sala prefiere entonces, categorizarlas según el órgano o la autoridad que tome la medida, concluyendo que es pertinente hablar de liquidaciones por decisión de las superintendencias y liquidaciones por decisión del Presidente de la República.

a) Las liquidaciones de entidades públicas por decisión de una Superintendencia.- Son aquellas que se producen como resultado de la intervención de una superintendencia sobre una entidad estatal sometida a su control, ante el surgimiento de una causa legal que obliga a decretar medidas imperativas, como son la toma de posesión de los bienes y la liquidación forzosa administrativa, o la apertura del trámite de liquidación obligatoria.

En estos casos los procedimientos legales a seguir por las Superintendencias son los mismos utilizados para las liquidaciones forzosas administrativas y para las liquidaciones obligatorias de sociedades de naturaleza privada.

En cuanto al punto específico consultado sobre el pago de intereses a los acreedores, la Sala considera que debe aplicarse el principio general del cumplimiento riguroso de las

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

(...) (Resalta la Sala).

obligaciones, de manera que, en lo posible, se pagarán los intereses de todo tipo respetando las prelacións legales.

b) Las liquidaciones de entidades públicas por decisión del Presidente de la República.- Son las contempladas en el artículo 189-15 de la Constitución, desarrollado por el 52 de la ley 489 de 1998. Estas liquidaciones obedecen esencialmente a razones político- administrativas y pueden ser adoptadas por el Gobierno Nacional de acuerdo con los eventos siguientes:

“Artículo 52.- De la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales.- El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

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

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

*Parágrafo 2.- Tratándose de **entidades sometidas al régimen societario**, la liquidación se regirá por las normas del **Código de Comercio**, en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza”.*

Un primer elemento a destacar es que los eventos enumerados en esta norma se refieren a situaciones de carácter administrativo factibles de ocurrir en cualquiera de las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva, y, corresponden, en general, a la necesidad de racionalizar y modernizar la estructura de la administración pública, para lo cual el Presidente de la República cuenta con un amplio margen de decisión. Esto significa que las causales allí consagradas no son imperativas para el Presidente, pues la redacción de la norma es potestativa, “*podrá suprimir*”, a diferencia de la obligatoriedad de intervenir

que tiene para las superintendencias la ocurrencia de los hechos previstos para la liquidación obligatoria de sociedades comerciales o financieras.

Es claro, inclusive, que por razones político-administrativas, el Gobierno, en vez de suprimir y liquidar, utilice más bien otras alternativas legales, como son, salir al salvamento de la entidad, reestructurarla, fusionarla o capitalizarla.

Así las cosas, es evidente que la decisión gubernamental de suprimir y liquidar organismos y entidades públicas por decreto basado en el artículo 52, es esencialmente política y voluntaria.

Ahora bien, las causales para dictar el decreto de supresión, como son: la pérdida de la razón de ser de la entidad, o el incumplimiento de los planes y programas, o el traslado de los objetivos, funciones y competencias a otros organismos, así como las evaluaciones negativas de su gestión, son asuntos organizativos del Estado que no pueden convertirse en riesgos para eventuales incumplimientos de las obligaciones contraídas con personas naturales o jurídicas.

En este contexto, la Sala considera que el artículo 189.15 de la C.P. y la ley 489 de 1998, crean un nuevo tipo de liquidación, diferente a todas las demás, cuya fuente y sus causales son de derecho público. De esto se sigue, que también en materia de responsabilidad del Estado por el eventual daño que cause a un acreedor la decisión de liquidar un organismo o una entidad de la Rama Ejecutiva, deberán aplicarse criterios y reglas jurisprudenciales de derecho público.

El artículo 90 de la Constitución de 1991, consagró de manera expresa la responsabilidad patrimonial del Estado señalando que la administración debe responder por todos los *daños antijurídicos* que sean imputables a la acción u omisión de las autoridades públicas. Es este el fundamento constitucional que permite demandar del Estado responsabilidad contractual o extracontractual y a partir del cual el Consejo de Estado en su labor interpretativa, ha construido las teorías de responsabilidad que actualmente se conocen en la jurisdicción contencioso administrativa.

Partiendo del antecedente jurisprudencial en materia de responsabilidad estatal, normalmente se ha entendido que la vida en sociedad implica que se impongan ciertas cargas o limitaciones al ejercicio de los derechos de los asociados; no obstante, si se desbordan los límites de esa obligación y se causa un perjuicio a los administrados, éstos ya no están obligados a soportarlo. Sin embargo, ese daño antijurídico, entendido como la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está obligada a tolerar, no surge únicamente de las actuaciones excesivas e ilegales de los entes públicos, sino que también pueden ocasionarse en un comportamiento ajustado a las normas, como ocurre en el caso de la llamada responsabilidad del Estado por daño especial.

En sentencia de la sección Tercera del Consejo de Estado se definió de manera concisa el referido régimen así:

“Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de

los ciudadanos deben normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.

“La existencia del Estado y su funcionamiento implican incomodidades o inconvenientes para los asociados, que estos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aún por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarcido los perjuicios que de tal manera hayan podido causarle, porque la equidad lo impone”⁹¹⁸. (Resalta la Sala).

Conforme a esta modalidad de responsabilidad sin falla de la administración, la anti-juridicidad del daño especial ocasionado por una actividad legítima del Estado, encuentra sustento en el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (Art. 13 y 95-9 C.N), y es éste el que inspira la idea de resarcimiento, pues las incomodidades a las que se someten a los administrados, justificadas en la consecución de los fines estatales, deben distribuirse entre todos los asociados por igual, de tal manera que no resulte más gravosa la carga para unos que para otros. Por tanto, la indemnización tiene lugar en estos casos por razones de equidad, pues lo que se busca con la reparación del perjuicio es equilibrar la desigualdad producida con la omisión o actuación de la administración.

Así las cosas, los acreedores de una liquidación decretada en la forma que se ha venido estudiando tienen derecho a obtener el pago de toda clase de intereses que sus créditos generen, pues el riesgo en que el Gobierno coloca al acreedor particular rompe el equilibrio en las cargas públicas ocasionándole un daño antijurídico.

De otra parte, la Sala observa que aún en el caso de aplicar la tesis tradicional del Código Civil, también los acreedores tienen derecho al pago de todos los intereses, puesto que el decreto presidencial que ordena la supresión, disolución y liquidación de una sociedad de naturaleza pública o la supresión y liquidación de entes públicos no societarios, no puede considerarse constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito⁹¹⁹ y por tanto no surte los efectos liberatorios de responsabilidad que la ley le atribuye a esa figura.

En efecto, cuando se profundiza en el concepto jurídico de fuerza mayor y los requisitos de ocurrencia simultánea que la jurisprudencia ha señalado para que un hecho ostente dicha condición, se encuentra que el acto administrativo bajo estudio aunque es irresistible, no es inimputable al Estado, ni es imprevisible⁹²⁰, pues:

918 Expediente: 4655.

919 *Código Civil. “Artículo 64.- subrogado ley 95 de 1890, Art. 1º - Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Resalta la Sala).*

920 *“La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. (...). Tomado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 13 de 1962. (Resalta la Sala).*

- La voluntad de suprimir y liquidar una entidad u organismo de la rama Ejecutiva, expresada por el Presidente como suprema autoridad administrativa, hace que todos los efectos y consecuencias jurídicas de dicho acto sean *imputables* a la propia administración y recaigan sobre ella.
- La expedición de los decretos de supresión y liquidación de entidades corresponde a programas de reordenamiento de la administración pública⁹²¹, estudiados y aprobados por las instancias competentes en los cuales se conoce de antemano qué entidades van a suprimirse, fusionarse o reestructurarse. Es obvio que aquí se *pierde totalmente la noción de imprevisibilidad*.
- En cuanto al requisito de *irresistibilidad* del acto hay que precisar que éste se da plenamente frente a la entidad suprimida a la cual se impone el poder jerárquico superior, que en vez de liberarla de obligaciones frente a terceros, a la postre las hace solidarias en el cumplimiento de ellas.

La conclusión de este capítulo, es que ante el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas que para el acreedor representa la decisión Presidencial de suprimir y liquidar la entidad pública deudora, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que eventualmente puedan causarse y específicamente debe pagar los intereses remuneratorios y moratorios anteriores y posteriores al decreto de liquidación.

3. El decreto ley 254 de 2000, “Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional”

Ante la inexistencia de una normatividad propia para liquidar los organismos y entidades públicos,⁹²² que no pertenecen a un régimen especial de liquidación, el Congreso otorgó facultades extraordinarias al Gobierno, con el fin de expedir dicho estatuto. En uso de ellas, dictó el decreto ley 254 de 2000, el cual se aplica a las entidades suprimidas o disueltas por decreto, según lo dispone el artículo 1º:

“ARTÍCULO 10. ÁMBITO DE APLICACIÓN. *El presente decreto se aplica a las entidades públicas del orden nacional, respecto de las cuales se haya ordenado su supresión o disolución.*

En lo no previsto en el presente decreto deberán aplicarse, en lo pertinente, las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio sobre liquidación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad.

921 Ver por ejemplo la ley 790 de 2002 en la cual se hace referencia al Programa de Renovación de la Administración Pública –PRAP– Arts. 1º- 8º -13- 20.

922 Dentro de la exposición de motivos al proyecto de Ley que devino en la Ley 573 de 2000, concretamente en lo relativo a las razones para conceder las facultades extraordinarias con base en las cuales se expidió luego el Decreto 254 de 2000, se dijo lo siguiente: “Se requiere establecer un procedimiento general aplicable a los procesos de liquidación de las entidades estatales, inexistente al momento presente cuyo rango normativo de carácter legal le dé la certeza y precisión requeridas para el efecto. Con dicha normatividad podría garantizarse que las entidades efectúen sus procesos liquidatorios bajo parámetros uniformes y con estricta sujeción a criterios fijados para el efecto, evitando así situaciones cuya inconveniencia es evidente.” (Nestor Humberto Martínez y Guillermo Fernández de Soto Gaceta del Congreso 345 del 5 de octubre de 1999, pág.5). Citado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 291 de 2002. (Resalta la Sala).

PARAGRAFO. *Aquellas entidades del Estado que por su naturaleza tengan un régimen propio de liquidación, contenido en normas especiales, incluyendo las sociedades, continuarán rigiéndose por ellas". (Resalta la Sala)*

Se hace notar que como normas supletorias, el artículo remite al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y al Código de Comercio, precisando también que aquellas entidades estatales, que tengan regímenes especiales de liquidación deben continuar aplicándolos.

La Sala destaca que el proceso de liquidación contenido en el decreto ley 254, en términos generales es similar al de las liquidaciones voluntarias del Código de Comercio. Sin embargo, por tratarse de la supresión y liquidación de entidades públicas creó una normatividad en asuntos propios del sector público, como los siguientes:

- La *eliminación de empleos* y desvinculación de personal (Art.8)
- Las previsiones para dejar a salvo los *derechos pensionales* de los empleados (Arts. 9 y ss.).
- La obligación para el liquidador de *cumplir con normas presupuestales* como son las apropiaciones de gasto y las disponibilidades para pagos cuando celebre actos, contratos y otras actividades (Art. 6.j.k).
- El *derecho de preferencia* a favor de las demás entidades públicas para la compra de bienes muebles e inmuebles (Art.30)

Ahora bien, sobre el pago de las obligaciones el decreto ley 254, en su artículo 32, expresa:

- i. Las obligaciones deben estar comprobadas y aparecer en el inventario de pasivos.
- ii. Debe observarse la prelación de créditos.
- iii. Las obligaciones a término *con vencimiento posterior al plazo de la liquidación, podrán pagarse* de forma anticipada reconociendo intereses si se pactaron expresamente. Esto significa que queda a la discreción del liquidador adelantar el vencimiento, a diferencia de las liquidaciones forzosas en las cuales el acto administrativo de toma de posesión trae como consecuencia la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo.
- iv. *La Nación podrá asumir o garantizar obligaciones de las entidades públicas del orden nacional* (parágrafo 6 del artículo 1 de la Ley 573 del 2000), incluidas las derivadas de las cesiones de activos, pasivos y contratos que haya realizado la entidad en liquidación. Cuando se trate de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta directas, sólo podrá procederse a la asunción una vez se hayan agotado los activos o se haya establecido que no es posible la realización de los mismos.
- v. En todo caso, la Nación únicamente será responsable por las obligaciones de las entidades societarias en los eventos expresamente previstos en el presente decreto.

4. El caso específico de la empresa Ferrovías en Liquidación.

Con fundamento en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución y el artículo 52 de la ley 489 de 1998, el Gobierno nacional expidió el decreto 1791 del 26 de junio de 2003, "Por el cual se suprime la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías y se ordena su liquidación".

El artículo 1º de este decreto prevé lo siguiente:

“Artículo 1º.- Supresión y Liquidación.- Suprímese la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías, Empresa Industrial y Comercial del Estado creada por el decreto 1588 de 1989 y vinculada al Ministerio de Transporte.

*A partir de la vigencia del presente decreto la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías **entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar dentro de un plazo de dos (2) años, prorrogables hasta por un plazo igual y utilizará para todos los efectos la denominación Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías– en liquidación.***

La liquidación se realizará conforme a lo contemplado en el decreto ley 254 de 2000, mediante el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional y las demás normas que lo modifiquen, sustituyan o reglamenten y en el presente decreto (Destaca la Sala)“.

La vigencia del decreto 1791 empezó, conforme al artículo 24, el día de su publicación, ocurrida el 27 de junio de 2003 (Diario Oficial 45.231) y el plazo para la liquidación fue prorrogado por el decreto 2089 de 2005, hasta el 26 de junio de 2007.

En cuanto al régimen aplicable a la liquidación, el artículo 23 del decreto 1791, complementa lo establecido en el último inciso del artículo 1º transcrito, de la siguiente manera:

“Artículo 23.- Régimen legal aplicable.- *Para efectos de la liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías en Liquidación-, en los aspectos no contemplados en el presente decreto se aplicará lo señalado en el Decreto-ley 254 de 2000 y las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen. En cuanto sean compatibles con la naturaleza de la entidad, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones sobre liquidación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Código de Comercio“.*

Como se aprecia, la normatividad aplicable a la liquidación de Ferrovías se encuentra en el decreto 1791 de 2003, en su defecto, en el decreto ley 254 de 2000 y en cuanto sean compatibles con su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, en las disposiciones pertinentes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, decreto ley 663 de 1993, y del Código de Comercio.

La Sala encuentra, que esta es una supresión y liquidación ordenada por voluntad del Gobierno nacional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en consecuencia, no constituye una liquidación impuesta por un acto de la autoridad de vigilancia y control.

Esta apreciación se refuerza al revisar los considerandos del decreto 1791 de 2003, donde se invoca la causal tercera del artículo 52 de la ley 489, consistente en que “Las evaluaciones de la gestión administrativa, (de Ferrovías) efectuadas por el Gobierno nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad”. Como ya se explicó, ésta es una causal típicamente administrativa que no debe afectar a los terceros acreedores.

Adicionalmente, se señala en los considerandos: “Que el Programa de Renovación de la Administración Pública Nacional tiene como propósito racionalizar la organización y funcionamiento de la Administración Pública o garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación”, de donde se infiere que la liquidación de Ferrovías se inscribe en el mencionado programa, que tiene la finalidad “de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los fines del Estado con celeridad e intermediación en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo

209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998” (art. 1º ley 790/02), propósitos de política organizativa del Estado que tampoco deben causar daños a los acreedores de la entidad.

Así las cosas, y de acuerdo con los elementos estudiados, el decreto de supresión y liquidación no exonera a la empresa de honrar sus obligaciones, y por tanto, pagar intereses remuneratorios y moratorios a sus acreedores, con posterioridad a su expedición.

De otra parte, el decreto 1791 de 2003 establece en el artículo 7º, las funciones del Liquidador de Ferrovías, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

“Artículo 7º.- Funciones del Liquidador.- El Liquidador adelantará bajo su inmediata dirección y responsabilidad el proceso de liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- en Liquidación para lo cual ejercerá las siguientes funciones:(...)

7.2 Realizar el inventario físico detallado de los activos y pasivos de la entidad de conformidad con el decreto ley 254 de 2000. Este inventario deberá realizarse en un término no superior a tres (3) meses a partir del inicio del proceso. En el mismo término realizará el avalúo de los activos y pasivos de la entidad.(...)

7.14 Cancelar las obligaciones pendientes a cargo de la masa de la liquidación, previa disponibilidad presupuestal, con el fin de realizar su liquidación progresiva y constituir las provisiones de que tratan los artículos 33 y 34 del decreto-ley 254 de 2000⁹²³.

7.15 Transigir, conciliar, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, en los procesos y reclamaciones que se presenten dentro de la liquidación, hasta el monto autorizado por la Junta Liquidadora, y **atendiendo las reglas sobre prelación de créditos establecidas en la ley.**

(...)” (Resalta la Sala).

Respecto de la función relacionada en el numeral 7.2 del artículo citado, se encuentra que el decreto ley 254 de 2000, ordena que se debe efectuar el inventario de los pasivos de la entidad, conforme al artículo 22, que establece:

“Artículo 22.- Inventario de pasivos.- Simultáneamente con el inventario de activos, el liquidador elaborará un inventario de pasivos de la entidad, el cual se sujetará a las siguientes reglas:

1. El inventario deberá contener una relación cronológica pormenorizada de todas las obligaciones a cargo de la entidad, incluyendo las obligaciones a término y aquellas que sólo representan una contingencia para ella, entre otras, las condicionales, los litigios y las garantías.

2. La relación de pasivos deberá sustentarse en los estados financieros de la entidad y en los demás documentos contables **que permitan comprobar su existencia y exigibilidad.**

3. La relación de las obligaciones laborales a cargo de la entidad” (Destaca la Sala).

Como se observa, en el inventario de pasivos se incorporan todas las obligaciones de la entidad conforme a sus registros contables, y además, aquellas que hayan sido sustentadas por los acreedores que se presentaron dentro del término de emplazamiento establecido

923 Los artículos 33 y 34 del decreto ley 254 de 2000 establecen dos tipos de provisiones: 1ª) Provisión para el pago de créditos a cargo de la entidad en liquidación.- Para los acreedores que no se presentan a recibir los respectivos pagos, y 2ª) Provisión para el pasivo cierto no reclamado: Para los no reclamantes cuyas acreencias están comprobadas en la entidad o los que acudieron extemporáneamente pero han acreditado su derecho.

por el artículo 23 del decreto 254 de 2000 y que hayan sido admitidas por el Liquidador, de acuerdo con el artículo 24 del mismo que remite a la normatividad financiera.

En ese orden de ideas, y ante la inexistencia de norma especial en contrario, es claro que en el inventario de pasivos las obligaciones a cargo de la entidad estatal objeto de liquidación, deben incluir los intereses remuneratorios y los moratorios, toda vez que estos conceptos hacen parte de la suma efectivamente adeudada y deben ser cancelados por el deudor, conforme lo establece el artículo 2492 del Código Civil, el cual se encuentra dentro del Título XL “Prelación de Créditos”, del Libro Cuarto relativo a las obligaciones y contratos. Esta norma prescribe lo siguiente:

“Artículo 2492.- *Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1677 (enumeración de bienes inembargables), podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, **inclusos (sic) los intereses y los costos de la cobranza**, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue” (Destaca la Sala).*

Los intereses se generan hasta la cancelación de la deuda como lo establece el artículo 2511 del mismo Título del Código Civil:

“Artículo 2511.- Los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales”. (Resalta la Sala).

Se reitera entonces, que en una liquidación por decisión política del Gobierno, como en este caso, tomada con base en la facultad constitucional que le otorga el artículo 189-15 superior y el artículo 52 de la ley 489 de 1998, en concordancia con el decreto ley 254 de 2000, se debe preservar el derecho de los acreedores a exigir el pago del capital con sus conceptos económicos derivados: los intereses, tanto remuneratorios como moratorios, claro está, con sujeción a la prelación legal de créditos, como regla organizadora de la secuencia de los pagos.

Por último, es normal que las partes, en el desarrollo de sus relaciones económicas, pacten la cuantía de los intereses, pero si ello no ha sido así, por cualquiera circunstancia, la misma normatividad, tanto civil como comercial, suple la voluntad convencional.

Así, el Código Civil, a propósito del mutuo o préstamo de consumo, dispone:

“Artículo 2232.- *Si en la convención se estipulan intereses sin expresarse la cuota, se entenderán fijados los intereses legales⁹²⁴.*

El interés legal se fija en un seis por ciento anual⁹²⁵”.

Y el Código de Comercio, regula el tema en materia mercantil de la siguiente forma:

“Artículo 884.- *(Modificado por el artículo 111 de la ley 510 de 1999).- Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el inte-*

924 Inciso declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-364 del 29 de marzo de 2000.

925 Inciso exequible, según sentencia C-485 del 30 de octubre de 1995, de la Corte Constitucional.

rés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria⁹²⁶. (Resalta la Sala).

En consecuencia, las obligaciones adquiridas por Ferrovías ante sus acreedores, mientras no se encuentren prescritas o caducadas, generan los intereses pactados o los determinados por la ley, según el caso, sin que éstos se suspendan por el hecho de decretarse la liquidación de la entidad por el Gobierno nacional, y por ende, deben ser reconocidos por la empresa en liquidación. En el caso de existir insuficiencia de recursos, la nación deberá asumir dichas obligaciones.

Resulta oportuno señalar que el argumento de que no habría causación de tales intereses después de decretada la liquidación, por cuanto el Liquidador debe dedicarse a adelantar las actividades tendientes únicamente a realizar la liquidación de la entidad, conforme lo señalan los artículos 7º numerales 7.9 y 7.13, y 9º del decreto 1791 de 2003 y 6º literales f) y j) del decreto ley 254 de 2000, no es procedente, ya que precisamente uno de los fines esenciales de la liquidación es satisfacer las acreencias, es decir, pagar las obligaciones que se encuentren *pendientes*, como dice el artículo 32 del primero, con lo cual está aludiendo tácitamente, al capital con sus intereses.

LA SALA RESPONDE:

1. Por estar incorporado a la infraestructura de transporte férreo, el inmueble de Ferrovías en Liquidación mencionado en la consulta, se debe considerar como un bien de uso público y en tal carácter, se encuentra exento del impuesto predial exigido por la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital de Bogotá.

2. La empresa industrial y comercial del Estado Ferrovías en Liquidación, está obligada a pagar a sus acreedores, los intereses moratorios y remuneratorios generados sobre sus acreencias antes y después del decreto que ordenó la liquidación.

Transcríbese al señor Ministro de Transporte. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

926 Sobre la interpretación de esta norma y varios temas conexos, la Sala emitió el Concepto No. 1276 del 5 de julio de 2000.

5. Impuesto de Industria y Comercio. Actividades desarrolladas por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – Venta en los Centros de Formación Profesional.**Radicado 1784**

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 2006/10/26

Levantamiento de la reserva mediante auto del 5 de noviembre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, formula a la Sala una consulta sobre el pago del impuesto de industria y comercio por algunas actividades desarrolladas por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

I. ANTECEDENTES

En la consulta se hace referencia a las disposiciones legales que regulan el impuesto de industria y comercio, principalmente aquellas que determinan las actividades objeto de gravamen y las exclusiones o exenciones previstas para los establecimientos educativos públicos - ley 14 de 1983 y ley 50 de 1984 -, así como a las funciones del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA relacionadas con la venta de bienes y servicios producto de los procesos de formación adelantados por sus alumnos y a la destinación de los recursos obtenidos – ley 119 de 1994 y decreto 249 de 2004 -.

Afirma que “ la formación profesional para el trabajo productivo que imparte el SENA en los Centros de Formación Profesional Integral, es eminentemente práctica para lo cual se utilizan diversos materiales e insumos, y como resultado de los procesos de formación se obtienen productos y servicios que se comercializan y esta comercialización también es aprendizaje vivencial de los alumnos en el marco de la integralidad de la formación. Además de aprender a fabricar los bienes y a producir los servicios, deben aprender a venderlos”.

Estima que los ingresos que se generan con dichas ventas, no deben estar sujetos al impuesto en la medida en que ellas se cumplen dentro del marco institucional y misional de la entidad, por lo que deben ser consideradas como la ejecución o materialización de dichos procesos y no como actividades objeto de gravamen.

II. INTERROGANTE

El Ministro formula a la Sala el siguiente interrogante:

“La venta de productos y servicios que en desarrollo de la prestación del servicio público educativo y como tal, inherente a la actividad de educación pública que realiza el SENA con la finalidad exclusiva de mejorar el servicio público educativo y los procesos de formación profesional integral, se encuentran sujetos al impuesto de industria y comercio y avisos?”

III. CONSIDERACIONES

Con el propósito de absolver la pregunta planteada, la Sala procede a analizar el régimen del impuesto municipal de industria y comercio, para determinar las actividades sobre las

que recae el tributo y el alcance de las prohibiciones impuestas a las autoridades territoriales para gravar la educación o los establecimientos públicos educativos a fin de confrontar dicho régimen con las tareas de formación profesional confiadas al SENA y el tratamiento fiscal que deben tener.

1. Marco constitucional de la tributación territorial

La Constitución Política de 1991⁹²⁷ atribuye al Congreso la función de establecer las contribuciones fiscales y parafiscales (artículo 150 numeral 12), y consagra los principios de legalidad y predeterminación de los tributos, conforme a los cuales corresponde a la ley, las ordenanzas y los acuerdos, “fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos” (artículo 338). Además, la sujeción de la totalidad del sistema tributario a los principios de equidad, eficiencia y progresividad (artículo 363).

Las entidades territoriales pueden establecer los impuestos que requieran para atender el cumplimiento de las funciones que tienen atribuidas, en el ámbito de la autonomía tributaria restringida que les corresponde en la materia⁹²⁸, esto es, dentro de las condiciones de autorización o creación que les otorgue el legislador, el cual puede ejercer su soberanía tributaria en los siguientes sentidos:

(i) Para establecer en forma positiva los elementos de la obligación tributaria sustancial que han de fundamentar su causación. Determinar las materias susceptibles del gravamen, los hechos generadores y los sujetos activos y pasivos.

(ii) Puede también el legislador, ejercer en forma negativa su poder de imposición fiscal, precisando los sujetos o las actividades que no deben estar gravados con un determinado tributo.

En ejercicio de esas facultades el Congreso deberá tener en cuenta que al tenor del artículo 294 de la Carta, *“La ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales”*.

927 La Carta establece claramente las condiciones de creación y regulación de los impuestos dentro del contexto del Estado Social de Derecho organizado institucionalmente en forma de República unitaria, descentralizada, mediante autonomía de sus entidades territoriales (artículo 1°), reconociendo a éstas la competencia para establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (artículo 287.3). A los concejos municipales les asigna la facultad de *“Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales”* (artículo 313 numeral 4°).

928 La autonomía relativa de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, ha de ejercerse dentro de los límites de la Constitución y la ley, como en efecto lo ha expresado esta Sala en el Concepto No 1611 de 2004: *“El artículo 287 de la Constitución actual, otorga a los departamentos, distritos y municipios, calificados como entidades territoriales, por el artículo anterior de la misma, una autonomía en la gestión de sus asuntos, limitada por la Constitución y la ley, debiendo la segunda, según se observó, estar dentro de los parámetros de la primera, lo cual adquiere importancia respecto de la prohibición a la ley de conceder exenciones sobre tributos territoriales, que también estableció la nueva Carta.”* (Resalta la Sala). En el mismo sentido, el Concepto No 1678 de 2005, analiza las diversas modalidades previstas por la ley y la jurisprudencia en materia de ejercicio de las competencias restringidas de las entidades territoriales para el establecimiento de impuestos y en él afirma: *“Sobre el contenido de la ley de creación de impuestos por las entidades territoriales y el alcance de la competencia de éstas, considera la Sala que como consecuencia de la configuración unitaria del poder de legislación, las entidades territoriales son titulares de una autonomía tributaria restringida a los términos del establecimiento de los tributos por el legislador, el cual ha de determinar los elementos de la obligación tributaria, ya sea directamente o en forma de autorización, así sea de modo genérico, de tal manera que las competencias locales sean ejercidas atendiendo las características y necesidades de cada entidad territorial, pero dentro de las directrices que establezca la ley.”*

2. Régimen legal del impuesto de industria y comercio

La ley 14 de 1983, “*Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y dictan otras disposiciones*”, en sus artículos 32 a 40, se ocupa de establecer los elementos esenciales de este impuesto, los cuales fueron compilados en el decreto 1333 de 1986 por el cual se expidió el Código de Régimen Municipal - arts. 195 a 205 -.

Allí se determina que el impuesto recae, en cuanto a *materia imponible*, sobre todas las *actividades comerciales, industriales y de servicio* que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos (art. 32).

La *base gravable* esta constituida por el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y las sociedades de hecho, con exclusión de las devoluciones - ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones -, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios (art. 33).

Este mismo precepto determina los parámetros que deben observar los concejos municipales al momento de establecer las *tarifas* y en cuanto al *sujeto activo*, el impuesto se crea a favor de los municipios. El *sujeto pasivo* es quien realice las actividades gravadas.

2.1 El impuesto grava las actividades y no los actos de comercio o los productos elaborados.

El hecho económico que constituye la materia imponible sobre la que recae el impuesto es la realización de las actividades gravadas, de la manera como están definidas por el legislador en el artículo 32 y siguientes de la ley 14 de 1983 o, expresado en palabras de la Sección Cuarta de esta Corporación “*La Sala precisa que de conformidad con el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, el impuesto de industria y comercio grava el ejercicio en una jurisdicción municipal de una actividad comercial, industrial o de servicios.*”⁹²⁹

El legislador, describe cada una de las actividades gravadas, así:

Entiende por *actividades industriales* las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes (art. 34).

Por *actividades comerciales*, las destinadas al expendio, compraventa, o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás contempladas como tales por el Código de Comercio⁹³⁰ siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por esta Ley, como industriales o de servicios (art. 35).

Y estatuye como *actividades de servicios* las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad mediante la realización de una o varias de las siguientes o análogas actividades: expendio de bebidas y comidas; servicio de restaurante, cafés, hoteles, casas de huéspedes, moteles, amoblados, transporte y aparcaderos; formas de intermediación

929 Sentencia de la Sección Cuarta de octubre 13 de 2005, Radicado número: 25000-23-27-000-2003-00801-01(15265).

930 Los artículos 20 y 21 del Código de Comercio enumeran un conjunto de actividades consideradas como mercantiles.

comercial, tales como el corretaje, la comisión, los mandatos y la compraventa y administración de inmuebles; servicios de publicidad, interventoría, construcción y urbanización, radio y televisión, clubes sociales, sitios de recreación, salones de belleza, peluquería, portería, servicios funerarios, talleres de reparaciones eléctricas, mecánicas, automotrices y afines, lavado, limpieza y teñido, salas de cine y arrendamiento de películas y de todo tipo de reproducciones que contenga audio y video, negocios de montepíos y los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho (art. 36).

En relación con las actividades comerciales, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento - sentencia C-121 de 2006- declaró exequibles los artículos 32 y 35 de la ley 14, y precisó:

*“Finalmente, la Corte observa que el estudio de los antecedentes normativos de la Ley acusada revela cuál fue la finalidad que **persiguió el legislador al gravar con el impuesto de industria y comercio ciertas actividades, entre ellas las comerciales**, lo cual arroja también luces sobre qué debe entenderse por tal tipo de operaciones para efectos de establecer el hecho gravado con ese impuesto. Es decir, la interpretación histórica de la Ley permite llevar a cabo una correcta interpretación teleológica de la misma. Ciertamente, como se dijo anteriormente cuando se estudió la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, compilado como artículo 195 del Decreto 1333 de 1986, el legislador pretendía que aquellas actividades que se beneficiaban de los recursos, la infraestructura y el mercado del municipio fueran las que resultaran gravadas, pues al respecto, en la exposición de motivos al proyecto correspondiente, se lee que **“el impuesto de industria y comercio técnicamente no debe recaer sobre artículos sino sobre actividades, el proyecto se refiere a las que se benefician de los recursos, la infraestructura y el mercado de los municipios y son fuente de riqueza.***

Así pues, la interpretación histórica indica que se trata de un impuesto que no grava a las personas, ni a los actos de las mismas, sino a las “actividades comerciales” que “se benefician de la infraestructura y el mercado municipal.”

6.2 La interpretación de las disposición acusada a partir de los tres métodos expuestos, lleva a la Corte a concluir lo siguiente: (i) que lo gravado son la actividades comerciales, y no los actos de comercio o las personas que llevan a cabo unas u otros; (ii) que las actividades comerciales gravadas son las que se benefician de la infraestructura y el mercado local municipal; (iii) que por actividades comerciales ha de entenderse “las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor” y “las demás definidas como tales por el Código de Comercio”; y (iv), que no pueden ser consideradas como actividades comerciales las que puedan ser calificadas como industriales o de servicio, según los artículos 197 y 199 del Decreto 1333 de 1986.” (Destaca la Sala)

Para la Sala es claro que lo que el legislador grava con el impuesto, es la materialización de unas específicas actividades⁹³¹ comerciales, de manera que es necesaria la ejecución de esas operaciones para que se cause el tributo.

931 “Actividad: (...) 4. Conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad (...). Tomado de Diccionario de la lengua española. Vigésima primera edición. Madrid 1992. Pág. 25.

Lo anterior significa, en el caso de la consulta, que cuando la venta de productos o servicios no se realiza como actividad comercial sino que responde a otras razones, no es objeto del gravamen de industria y comercio⁹³².

Ahora bien, para efectos del impuesto, la naturaleza pública o privada del sujeto pasivo es indiferente, dado que lo relevante para determinar si debe tributar o no es la realización de las actividades gravadas, a menos que sea destinatario de una prohibición de gravamen, de una “no sujeción” o de una exención, como pasa a estudiarse.

2.2. Prohibición de gravar los establecimientos educativos públicos

Ya se señaló de modo general, que el legislador puede valerse de su competencia no solo para determinar los elementos esenciales de la obligación tributaria, sino para prohibir que se grave una actividad o para crear exclusiones al impuesto. En el caso particular del de industria y comercio, dispone el artículo 39 de la ley 14:

“Artículo 39. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, continuarán vigentes:

1. (...)

2. **Las prohibiciones que consagra la Ley 26 de 1904; además, subsisten para los Departamentos y Municipios las siguientes prohibiciones:**

(...)

6) La de gravar con el impuesto de Industria y Comercio, los establecimientos educativos públicos, las entidades de beneficencia, las culturales y deportivas, los sindicatos, las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, los partidos políticos y los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud;⁹³³

Como se observa, este precepto restringe la competencia de los entes territoriales para la imposición del gravamen pues excluye la posibilidad de gravar con él a los establecimientos educativos públicos y, según lo ha precisado esta Corporación, “Se trata de una

932 El artículo 23 del Código de Comercio enumera algunas actividades que no son consideradas mercantiles, como la adquisición y enajenación de bienes destinados a uso del adquirente, la enajenación de obras artísticas realizadas por el autor, la enajenación de los frutos de cosechas y ganados realizadas directamente por el agricultor y su transformación no empresarial, entre otras.

933 Este literal d) fue interpretado mediante autoridad por los artículos 93 y 121 de la ley 633 de 2000 en el sentido de entender incorporada en dicha norma la prohibición de gravar con el impuesto de industria y comercio las actividades de *apoyo, fomento y promoción* de la educación pública, que cumplen los Organismos del Estado en desarrollo de su objeto social, y también de entender que las actividades desarrolladas conforme a la Ley, por la Nación, sus establecimientos públicos, Superintendencias y Unidades Administrativas especiales del orden nacional, tienen el carácter de funciones administrativas, no sujetas ellas, ni sus ingresos, al impuesto de industria y comercio. Estas normas fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-254 de 2002, por entender que “el artículo 93 crea una prohibición al cobro del impuesto de industria y comercio que recae sobre actividades diferentes a las contempladas originalmente en la norma que supuestamente se interpreta, esto es, las actividades de apoyo fomento y promoción que cumplen los organismos del Estado (y no sólo los establecimientos públicos educativos)”, así mismo consideró que “afecta a sujetos diferentes a los que inicialmente cobijaba las prohibiciones del artículo 39, numeral 2, literal d. de la Ley 14 de 1983 (los organismos del Estado que prestan el servicio de educación y las entidades integrantes del Sistema General de Seguridad Social). En este orden de ideas, hay una diferencia sustancial entre la norma interpretada y la interpretativa, puesto que mientras el eje normativo que identifica a la primera giraba alrededor de la definición de sujetos específicos, el artículo 93 de la Ley 633 de 2000 incluye dentro del campo de cobertura de tal prohibición a actividades y recursos que tampoco serán gravados por dicho concepto y adiciona nuevos sujetos obligados a pagar el gravamen.” (Las negrilla no son del texto original)

*prohibición legal, general y obligatoria, que forma parte de la estructura del impuesto de industria y comercio y que es diferente de las exenciones*⁹³⁴.

Sin embargo, la exclusión del impuesto fue limitada por la ley 50 de 1984, la cual estableció una condición que disminuyó el universo de los excluidos, al señalar:

*“Artículo 11. Cuando las entidades a que se refiere el artículo 39, numeral 2 literal d) de la Ley 14 de 1983 realicen actividades industriales o comerciales serán sujetos del impuesto de industria y comercio en lo relativo a tales actividades*⁹³⁵.”

En este orden de ideas, la prohibición de gravar los establecimientos educativos públicos no es aplicable en el evento de que ellos “realicen actividades industriales o comerciales”. Por esta razón, es imperativo determinar, en cada caso, si efectivamente esas entidades excluidas desarrollan o no, alguna de las actividades comerciales tipificadas técnicamente en la ley 14.

Así las cosas, la Sala procede a estudiar si el SENA tiene la calidad de establecimiento público educativo y si realiza actividades gravadas.

3. Naturaleza de la entidad y carácter de las actividades que desarrolla el SENA

3.1 El SENA es un establecimiento público del orden nacional

En desarrollo de la norma constitucional que confiere competencia al legislador para determinar la estructura de la administración, mediante la creación de organismos y entidades como los establecimientos públicos y señalarle sus objetivos (art. 150.7 de la C. P.), la ley 119 de 1994⁹³⁶ define al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- como un *establecimiento público* del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hoy de la Protección Social.

En su calidad de establecimiento público, el SENA integra la rama ejecutiva del poder en el sector descentralizado por servicios, y le corresponde cumplir funciones administrativas según la ley de su creación.

3.2 El SENA desarrolla actividades formativas o educativas

Por disposición legal se atribuye al SENA, la misión de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos, mediante *la formación profesional integral*, para su incorporación en los sectores productivos (ley 119 de 1994, art. 2°).

En este orden de ideas, debe profundizarse en la naturaleza y contenido de sus funciones y la clase de actividades que cumple, para lograr precisar su situación frente al impuesto de industria y comercio por la cual se indaga.

La misma ley 119 en su artículo 3° señala los objetivos de la entidad, entre los que aparecen:

934 Sentencia de la Sección Cuarta de octubre 13 de 2005 ya citada.

935 Nótese que la ley 50 de 1984, mantuvo la prohibición de imponer el gravamen a las entidades contempladas en el artículo 39 de la ley 14 de 1983 en cuanto a las actividades de servicio.

936 Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 3o. Objetivos. *El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, tendrá los siguientes objetivos:*

1. Dar formación profesional integral a los trabajadores de todas las actividades económicas, y a quienes sin serlo, requieran dicha formación, para aumentar por ese medio la productividad nacional y promover la expansión y el desarrollo económico y social armónico del país, bajo el concepto de equidad social redistributiva.

2. Fortalecer los procesos de formación profesional integral que contribuyan al desarrollo comunitario a nivel urbano y rural, para su vinculación o promoción en actividades productivas de interés social y económico. (...)

4. Participar en actividades de investigación y desarrollo tecnológico, ocupacional y social, que contribuyan a la actualización y mejoramiento de la formación profesional integral. (...)

5. Actualizar, en forma permanente, los procesos y la infraestructura pedagógica, tecnológica y administrativa para responder con eficiencia y calidad a los cambios y exigencias de la demanda de formación profesional integral.” (Destaca la Sala)

Estos objetivos se concretan en las funciones que le corresponde cumplir (art. 4°), de las cuales deben destacarse las siguientes:

- Impulsar la *promoción social del trabajador, a través de su formación profesional integral*, para hacer de él un ciudadano útil y responsable, poseedor de valores morales éticos, culturales y ecológicos.
- Organizar, desarrollar, administrar y ejecutar programas de formación profesional integral, en coordinación y en función de las necesidades sociales y del sector productivo.
- Adelantar programas de formación tecnológica y técnica profesional
- *Diseñar, promover y ejecutar programas de formación profesional integral para sectores desprotegidos de la población.*
- Dar capacitación en aspectos socioempresariales a los productores y comunidades del *sector informal urbano y rural.*
- *Organizar programas de formación profesional integral para personas desempleadas y subempleadas* y programas de readaptación profesional para personas discapacitadas.
- *Expedir títulos y certificados de los programas y cursos que imparta o valide*, dentro de los campos propios de la formación profesional integral, en los niveles que las disposiciones legales le autoricen.
- Prestar servicios tecnológicos en función de la formación profesional integral, cuyos costos serán cubiertos plenamente por los beneficiarios, siempre y cuando no se afecte la prestación de los programas de formación profesional.

De los objetivos y funciones se observa que el núcleo central de las actividades del SENA gira alrededor de la formación profesional integral, la cual puede definirse como el proceso de educación práctica en función del trabajo productivo. Para impartir esa formación, el SENA cumple diversas funciones de carácter pedagógico, inscritas en los programas educativos que le corresponde *organizar, desarrollar, administrar y ejecutar.* Esos programas de estudio son diseñados para transmitir los conocimientos y desarrollar las competencias básicas para desempeñar oficios y puestos de trabajo en todos los sec-

tores económicos⁹³⁷. Esto implica además, la realización de las tareas de administración educativa necesarias para cumplir su misión y objetivos. Es claro entonces, que el SENA es un establecimiento educativo público y que sus actividades no son comerciales.

De otra parte, el decreto 359 de 2000 “Por el cual se dictan algunas disposiciones reglamentarias del Sistema de Formación Profesional Integral que imparte el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA”, incluye las actividades que éste cumple dentro de la educación no formal, así:

“Artículo 1o. Los niveles de formación, titulación, acreditación, homologación, validación, certificación y reconocimiento del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, dentro de los campos de la Formación Profesional Integral, que se enmarcan en la educación no formal, serán autónomos, sin sujeción a registros o convalidaciones de otras autoridades o instituciones educativas y sólo requieren para su expedición y validez, que estén incluidos en el estatuto de la Formación Profesional Integral que adopte el Consejo Directivo Nacional del Organismo.” (Resalta la Sala).

Ahora bien, con respecto a la venta de los productos y servicios que resultan del trabajo del SENA, es importante precisar que la educación no formal ofrecida por ese instituto, que, como se dijo, está orientada a desarrollar en el alumno aprendiz las habilidades y destrezas necesarias para desempeñarse en los diferentes oficios que requieren los sectores económicos, implica, por una parte, colocar al aprendiz en un ambiente muy cercano a la realidad de las empresas industriales, agropecuarias o comerciales y de servicios, y por otra, “fabricar” productos o servicios reales para que el estudiante comprenda el mundo del trabajo productivo. En la formación integral, es obvio que esos productos no pueden ni deben desecharse, sino utilizarse para enseñarles también a promoverlos y venderlos, como parte del proceso educativo. Esta es la razón para que el SENA ofrezca infinidad de programas y de cursos que cubren toda la cadena de valor, desde la transformación de la materia prima en producto terminado hasta los seminarios de ventas en sus diferentes modalidades. Por tanto, la venta de productos elaborados en las aulas y talleres al hacer parte de la función educativa pública, no puede tipificarse como actividad comercial. En consecuencia, no es una actividad gravada con el impuesto de industria y comercio y tampoco los recursos percibidos, constituyen base gravable para la exacción⁹³⁸.

937 En la sentencia C- 254 de 1995 se vinculan las funciones que corresponde cumplir al Sena, con la protección del derecho a la educación, en los siguientes términos: “En este sentido *la relación de oficios que requieran formación profesional metódica y completa no afecta ni puede afectar el derecho fundamental de escoger profesión u oficio ni, constituye restricción a la libertad de educación, materias sobre las cuales la competencia legislativa es muy clara de conformidad con el artículo 26 de la Constitución.* En este caso de trata de garantizar la libertad de aprendizaje, también de rango constitucional (art. 27 de la C.P.), y al regular la aplicación de las modalidades y características del contrato de aprendizaje, darle todo su alcance al ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 11 del art. 189 de la C.P., en concordancia, como ya se ha anotado, con los decretos 2838 de 1960 y 2375 de 1974 y con lo dispuesto en la ley 188 de 1959, y dentro de la nueva normatividad constitucional, en la Ley 119 de 1994, a la cual pertenece la disposición acusada.”

938 El decreto 249 de 2004 asigna a los Subdirectores de los Centros de Formación la siguiente función: “Art. 27. (...) 21. Arbitrar y ejecutar los recursos que se generen por la venta de bienes y servicios producidos en el respectivo Centro, a través de una cuenta independiente, con una contabilidad que refleje los ingresos y egresos de la misma; estos recursos deberán ser utilizados exclusivamente por cada Centro de Formación Profesional Integral para: adquisición de materiales para formación, para el mantenimiento de los equipos utilizados para tal fin y para la adquisición de insumos para la explotación agropecuaria.”

4. Impuesto complementario de Avisos y tableros

Por último, debe señalarse en relación con el impuesto complementario de avisos, autorizado por la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915, que conforme a la ley 14 de 1983 (art. 37) este debe liquidarse y cobrarse a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de industria y comercio, con una tarifa de un quince por ciento (15%) sobre el valor de éste, fijada por los Concejos Municipales. En el caso del Distrito Capital, como lo prevé el decreto 352 de 2002, tienen la calidad de sujetos pasivos de este impuesto complementario, los contribuyentes del impuesto de industria y comercio que realicen cualquiera de los hechos generadores - la colocación de vallas, avisos, tableros y emblemas en la vía pública, en lugares públicos o privados visibles desde el espacio público o a colocación de avisos en cualquier clase de vehículos (arts 57 y 58) -, de manera que al no ser el SENA contribuyente del impuesto de industria y comercio, tampoco lo es del complementario.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala RESPONDE

La venta de productos y servicios que en desarrollo de la actividad educativa pública que realiza el SENA a través de la formación profesional integral, no constituye actividad gravada con los impuestos de industria y comercio y el complementario de avisos.

Transcribábase al señor Ministro de la Protección Social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

6. FOSYGA – Destinación de recursos

Radicado 1794

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2006/12/12

Levantamiento de la reserva mediante auto del 13 de diciembre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro de la Protección Social, doctor Diego Palacio Betancourt, consulta a la Sala acerca de “la financiación de los estudios que permitan actualizar los contenidos del Plan Obligatorio de Salud con recursos del presupuesto del FOSYGA.”

Señala que la ley 100 de 1993 creó el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSS como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al cual le asignó, entre otras funciones, las de definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados al sistema, actualizar los servicios incluidos en ese Plan, y administrar el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, creado por la misma ley como una cuenta adscrita al hoy Ministerio de la Protección Social, manejada por encargo fiduciario, sin personería

jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos deben ser utilizados y distribuidos de acuerdo con los criterios que determine dicho Consejo Nacional.

Agrega que el Gobierno, al reglamentar el FOSYGA mediante el decreto 1283 de 1996, reiteró la competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para ejercer como Consejo Administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía, asignándole la función de aprobar su presupuesto anual, dentro del cual indicará “los requerimientos presupuestales por concepto de apoyo técnico, auditoría y remuneraciones fiduciarias necesarios para garantizar el manejo integral del FOSYGA”.

Comenta la forma como el referido Consejo ha venido cumpliendo el mandato legal, haciendo la precisión de que para el efecto ha contado siempre con la asistencia y apoyo técnico tanto del hoy Ministerio de la Protección Social como del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y demás actores e integrantes del sistema; no obstante lo cual, se plantea que “frente a la eventualidad de que la actualización de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud deba hacerse periódicamente, por lo menos una (1) vez al año, se ha considerado la necesidad de que para tales efectos, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS, disponga del debido apoyo especializado y técnico.”

En relación con esa necesidad, menciona que “existen dudas acerca de la procedencia de la asignación de los recursos de destinación específica para unos propósitos y el cumplimiento de unas funciones que se considera correspondería suplirlas al Ministerio de la Protección Social y a las instancias técnicas adscritas a dicha cartera, lo mismo que a los organismos asesores del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la verificación de los efectos fiscales”, pues los recursos que, conforme a los artículos 221, 222 y 223 de la Ley 100 de 1993, financian las distintas subcuentas del FOSYGA, de Solidaridad, de Compensación, de Promoción de la Salud, y de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, se deben destinar para los efectos que determina la misma Ley.

Por lo anterior, manifiesta que “existen dudas en el sentido de si tales recursos, por tener además el carácter de parafiscales, puedan destinarse para adelantar los estudios necesarios para actualizar los planes de beneficios cuando el Consejo ejerza dicha facultad, con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas o exclusivamente de las subcuentas que financian las actividades de los regímenes contributivo y subsidiado, lo que vale decir, con exclusión de la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito”; y que teniendo en cuenta que los recursos se destinarían exclusivamente a financiar las actualizaciones de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, actualizaciones determinadas por variables que no tienen definida una periodicidad específica ni que deban realizarse en forma anual, “también existe la duda acerca de si tal destinación sería coyuntural o esporádica o debería efectuarse en forma permanente o anual”.

Reitera el consultante que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud aprueba tanto el presupuesto anual de ingresos y gastos del FOSYGA y las modificaciones al mismo que le presente la Dirección General de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social, como los criterios de distribución de los excedentes existentes a 31 de diciembre

de cada año en cada una de las subcuentas de dicho Fondo, en ejercicio de las funciones previstas en los artículos 172 y 218 de la Ley 100 de 1993. Y anota que en desarrollo de las mismas, ese Consejo ha financiado las actividades y gastos estrictamente necesarios para la operación y manejo integral del FOSYGA, no del sistema en su conjunto, mediante la aprobación anual del presupuesto, por el concepto de apoyo técnico, auditoría y remuneraciones fiduciarias necesarios para garantizar dicho manejo.

Con base en lo dicho, el señor Ministro formula a la Sala los siguientes interrogantes:

“1. ¿Es viable jurídicamente destinar recursos del Presupuesto del FOSYGA, concepto apoyo técnico, auditoría y remuneraciones fiduciarias”, para financiar estudios epidemiológicos o encuestas especializadas en salud que abarquen el ámbito nacional y que permitan actualizar los contenidos del Plan Obligatorio de Salud, por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud?”

“2. ¿De ser procedente dicha destinación puede efectuarse en forma anual o únicamente cada vez que el Consejo decida ejercer la facultad que la ley le asigna?”

“3. ¿De ser procedente lo anterior, estos estudios se financiarían con cargo a los recursos de una subcuenta específica o con cargo a todas las subcuentas del FOSYGA?”

Para responder la Sala CONSIDERA:

El tema sometido a estudio forma parte del régimen del sistema general de seguridad social en salud, creado y desarrollado en la ley 100 de 1993⁹³⁹, con fundamento en el articulado de la Constitución Política de 1991 que estructura la seguridad social como “un derecho irrenunciable” y “un servicio público de carácter obligatorio” cuya prestación debe sujetarse a “los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.”⁹⁴⁰ A la luz del marco constitucional y legal que lo sustenta, la Sala procede a estudiar el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, creado por la ley 100 de 1993, su finalidad y los recursos que lo integran, así como las competencias que respecto de él dejó establecidas el legislador para el Gobierno Nacional y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

1. El Sistema General de Seguridad Social en Salud:

Desarrollado en el libro II de la ley 100 de 1993, además de los principios generales constitucionales son sus reglas rectoras, en cuanto interesa a la consulta, la equidad, la obligatoriedad y la protección integral; correspondiendo la primera a la provisión gradual de servicios a todos los habitantes, “independientemente de su capacidad de pago”; significando la segunda que todos los habitantes de Colombia están obligados a afiliarse al sistema; y concretándose la tercera en que el sistema ha de brindar atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.⁹⁴¹

939 Ley 100 de 1993 (diciembre 23), “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

940 Cfr. Constitución Política, Art. 48, en armonía con arts. 1º, 42,43,44,45,46,47,49,50,51,52,334,365,366.

941 Ley 100/93, Art. 153. Fundamentos del servicio público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes: / 1. Equidad.

La ley en comento regula la intervención del Estado en el servicio público de seguridad social en salud, para buscar una serie de fines que ella misma relaciona⁹⁴², entre los cuales interesa destacar el de “evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes” precisando en el parágrafo del artículo 154 que “Todas las competencias atribuidas por la presente ley al Presidente de la República y al gobierno nacional se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo”

Igualmente estableció el legislador las características básicas del sistema, que por supuesto guardan armonía con las reglas que lo rigen, y que se expresan, entre otras, en

El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa. / 2. Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago. / 3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud. /

4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley. / 5. Autonomía de instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente Ley. / 6. Descentralización administrativa. La organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada. / 7. Participación social. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público. / 8. Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los Consejos Nacional, departamentales, distritales y municipales de Seguridad Social en Salud. / 9. Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las Instituciones Prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.”

942 Ley 100/93, Art. 154: “Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines: / a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley. / b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia; / c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud; / d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país; / e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley; / f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad; / g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes; / h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social. / Parágrafo. Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al gobierno nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo.” (Resaltado de la Sala).

que para efectos de la obligatoriedad de la afiliación se definen como mecanismos: el pago de una cotización en el régimen contributivo, y el subsidio en el subsidiado.⁹⁴³

Al ocuparse de los integrantes del sistema y de su organización, la ley 100 creó y estructuró el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, como un organismo de composición mixta, adscrito al entonces Ministerio de Salud, de carácter permanente, al cual asignó, entre otras funciones, la definición del plan obligatorio de salud para los regímenes contributivo y subsidiado, y el ejercicio de las funciones como Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía. A la vez ordenó al entonces Ministerio de Salud:

“Artículo 173. Funciones del Ministerio de Salud...

5.) Elaborar los estudios y propuestas que requiera el Consejo Nacional de Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones.”

En virtud del artículo 5º de la ley 790 del 2002⁹⁴⁴, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se fusionaron en el Ministerio de la Protección Social, conservando las funciones de ambos ministerios, por lo que el artículo 2º del decreto extraordinario 205 del 2003⁹⁴⁵, sobre los objetivos, estructura orgánica y funciones del nuevo Ministerio, expresa que *“El Ministerio de la Protección Social tendrá, además de las funciones que las disposiciones legales vigentes hayan asignado a los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, ...”*.

Cuando entró en vigencia la ley 790 del 2002, una de “las disposiciones legales vigentes” relativas a las funciones del Ministerio de Salud era la contenida en el artículo 173 de la ley 100 de 1993; de manera que no cabe duda que el Ministerio de la Protección Social continuó con la función de apoyar al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud con la elaboración de los estudios y propuestas que ese organismo requiriere.

Como se verá a continuación, esta previsión de la ley 100 de 1993 guarda total coherencia con las características que la misma asigna al Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, que ella también crea.

2. El Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA:

2.1. Su creación y características

Dicen textualmente los artículos 218 y 219 de la ley 100 de 1993:

“Artículo 218. Creación y operación del Fondo. Créase el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos.”

943 Ley 100/93, Arts. 156, literal b), 157, 211 y concordantes.

944 Ley 790 de 2002 (diciembre 27) “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, Diario Oficial No. 45.046 de diciembre 27 / 02.

945 Decreto ley 205 del 2003 (febrero 3), “Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial No. 45.083, febrero 3/03.

“Artículo 219. Estructura del Fondo. El Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes:

- a) De compensación interna del régimen contributivo;*
- b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;*
- c) De promoción de la salud;*
- d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta ley.”*

Al crear el Fondo de Solidaridad y Garantía, se ocupó el legislador de dejar claramente establecidas las siguientes características:

a) La carencia de personería jurídica y de planta de personal propias, así como la denominación legal de “cuenta”, que lo configuran como un “fondo especial”, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), a cuyo tenor *“Constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador (Ley 225 de 1995 art. 27).”*

Sobre esta característica es pertinente remitirse al concepto emitido por esta Sala bajo la radicación número 1.680⁹⁴⁶, en el cual, tomando como referencia la sentencia C-009 del 2002, se dijo:

“Como en su momento lo afirmó la Corte Constitucional, y ahora lo reitera la Sala, el artículo 30 del Decreto 111 de 1996, se refiere a dos modalidades de fondos especiales, aunque no especifica en ninguna de ellas el tipo de ingresos que las constituyen: 1) los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, y 2) los ingresos pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador.

*Sin embargo, como se muestra en el cuadro enunciativo que se presenta a continuación, la práctica legislativa y administrativa, anterior y posterior a la ley 489 de 1.998, permite identificar por lo menos cuatro tipos diferentes de fondos; algunos ya sin vigencia: Fondos con personería jurídica asimilados a establecimientos públicos; fondos con personería jurídica asimilados a entidades de diversa naturaleza; fondos con personería jurídica concebidos como instrumentos financieros y **fondos sin personería jurídica concebidos como cuentas especiales.** “... La diversidad existente de Fondos se debe a que, de conformidad con la clase de recursos que maneja y la destinación de los mismos, **el legislador en el acto de creación o reorganización, determina la naturaleza específica de cada fondo, su forma de administración y demás atributos inherentes a su existencia y funcionamiento.**” (Las negrillas no son del texto).*

La Sala, en el concepto en cita, incluyó el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, dentro de los “fondos sin personería jurídica concebidos como cuentas especiales”, precisamente porque la ley 100 de 1993, al crearlo, lo caracteriza como una cuenta sin personería jurídica.

b) La adscripción al entonces Ministerio de Salud que hoy corresponde al Ministerio de la Protección Social, que es a su vez, junto con el Presidente de la República, el competente para establecer las políticas, planes, programas y prioridades del gobierno frente a la salud pública.

946 Concepto del 29 de septiembre del 2005, C.P., Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Autorizada la publicación mediante oficio 1000-2-96586 de 24 de octubre de 2005.

- c) Su manejo a través de un encargo fiduciario sujeto a la ley general de contratación estatal.
- d) La destinación de los recursos, para lo cual el legislador hace una relación taxativa de las subcuentas, según puede observarse en la redacción del artículo 219 transcrito, de las que se ocupa este concepto a continuación.

2.2. Los recursos del FOSYGA, su naturaleza y su destinación

La ley 100 de 1993, en sus artículos 220 a 223, se ocupa de regular las fuentes de los recursos que conforman cada una de las subcuentas que integran el FOSYGA, así:

a) La subcuenta de compensación interna del régimen contributivo se nutre de “la diferencia entre los ingresos por cotización” de los afiliados a ese régimen y “el valor de las unidades de pago por capitación” que reconoce el sistema a cada EPS, de manera que cuando estas entidades tengan mayores ingresos por cotizaciones que por unidades de pago, deberán trasladar esa diferencia a la subcuenta de compensación, con cargo a la cual se financiará a las EPS que estén en la situación contraria⁹⁴⁷; también a ella ingresa el impuesto social a las armas y municiones de que trata el artículo 224⁹⁴⁸ de la misma ley 100 de 1993.

b) La subcuenta de solidaridad, se financia con “un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo”; con los recursos de las Cajas de Compensación Familiar; con los aportes del presupuesto nacional; los rendimientos financieros de todos esos recursos; los rendimientos financieros de los ingresos derivados de la enajenación de acciones y participaciones de la Nación destinados por el CONPES; los recursos provenientes del impuesto de remesas de utilidades de la producción de la zona de Cusiana y Cupiagua; los recursos del IVA social. Esta subcuenta de solidaridad tiene como destinación la de financiar, con los entes territoriales, los subsidios de los afiliados al régimen subsidiado, de acuerdo con el reglamento que expida el gobierno nacional.⁹⁴⁹

947 Ley 100/93, Art. 220. “Financiación de la subcuenta de compensación. Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitación – UPC – que le serán reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las Unidades de Pago por Capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas. / Parágrafo. La Superintendencia Nacional de Salud realizará el control posterior de las sumas declaradas y tendrá la facultad de imponer las multas que defina el reglamento.”

948 Ley 100/93, Art. 224. “Impuesto social a las armas y municiones. A partir del 1 de enero de 1996, créase el impuesto social a las armas de fuego que será pagado por quienes las porten en el territorio nacional, y que será cobrado con la expedición o renovación del respectivo permiso y por el término de éste. El recaudo de este impuesto se destinará al Fondo de Solidaridad previsto en el artículo 221 de esta Ley. El impuesto tendrá un monto equivalente al 10% de un salario mínimo mensual. Igualmente, créase el impuesto social a las municiones y explosivos que se cobrará como un impuesto ad-valorem con una tasa del 5%. El gobierno reglamentará los mecanismos de pago y el uso de estos recursos: el plan de beneficios, los beneficiarios y los procedimientos necesarios para su operación. / Parágrafo. Se exceptúan de este impuesto las armas de fuego y municiones y explosivos que posean las Fuerzas Armadas y de policía y las entidades de seguridad del Estado.”

949 Ley 100/93, Art. 221. “Financiación de la subcuenta de solidaridad. Para cofinanciar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía contará con los siguientes recursos: / a) Un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, según lo dispuesto en el artículo 203. Esta cotización será girada por cada Entidad Promotora de Salud directamente a la subcuenta de solidaridad del fondo; / b) El monto que las Cajas de Compensación Familiar, de conformidad con el artículo 217 de la presente Ley, destinen a los subsidios de salud; / c) Un aporte del presupuesto nacional de la siguiente forma: 1. En los años 1994, 1995 y 1996 no deberá ser inferior a los recursos generados por concepto de los literales a) y b); 2. A partir de 1997 podrá llegar a ser igual a los recursos generados por concepto del literal a) del presente artículo. / d) Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos; / e) Los rendimientos financieros de la inversión de los ingresos derivados de la enajenación de las acciones y participaciones de la Nación en las empresas públicas o mixtas que se destinen a este fin por el CONPES; / f) Los recursos provenientes del impuesto de remesas de utilidades de empresas petroleras correspondientes

c) Los recursos de la subcuenta de promoción de la salud, destinada a la financiación de las actividades de educación, información y fomento de la salud y a la prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, provienen de las apropiaciones que haga el Ministerio de la Protección Social *complementadas* con el porcentaje del total de los recaudos por cotización del régimen contributivo, que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, sin que tal porcentaje pueda ser superior a un punto de la cotización.⁹⁵⁰

d) La subcuenta de enfermedades catastróficas y accidentes de tránsito incluye los recursos que destinen las entidades territoriales para atención hospitalaria de las urgencias, y se *complementa* con los recursos del Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, FONSAT⁹⁵¹, el 50% del valor de la prima anual del seguro obligatorio de accidente de tránsito que se cobra como contribución adicional de dicha prima, y los aportes presupuestales hechos al Fondo de Solidaridad y Emergencia Social de la Presidencia de la República, cuando éste se extinga.⁹⁵²

Destaca la Sala que de conformidad con el articulado en comentario, el legislador, al definir la fuente de recursos de las subcuentas del FOSYGA, dejó igualmente determinado para cada una, su objeto o finalidad, que confiere al sistema de seguridad social en salud el soporte financiero que requieren sus dos modalidades, pero particularmente la atención subsidiada, permitiendo de esta manera que se tornen reales los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que informan al sistema.

Esa misma definición permite afirmar la finalidad perseguida por la ley 100 de 1993 al asignar, de manera expresa y directa, al entonces Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social, la función de elaborar los estudios y propuestas que el Consejo Nacional de Seguridad Social requiera para el ejercicio de sus funciones, esto es, que la destinación de los recursos del FOSYGA no incluye esas actividades.

a la producción de la zona Cusiana y Cupiagua. Estos recursos se deducirán de la base de cálculo de los ingresos corrientes a que hace referencia la Ley 60 de 1993; / g) Los recursos del IVA social destinados a los planes de ampliación de la cobertura de seguridad social a las madres comunitarias del ICBF de que trata la Ley 60. de 1992. / Parágrafo 1o. Los recursos de solidaridad se destinarán a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables, los cuales se transferirán, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto adopte el Gobierno Nacional, a la cuenta especial que deberá establecerse en los fondos seccionales, distritales y locales para el manejo de los subsidios en salud.”

950 Ley 100/93, Art. 222. “Financiación de la subcuenta de promoción de la salud. Para la financiación de las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá el porcentaje del total de los recaudos por cotización de que trata el artículo 204 que se destinará a este fin, el cual no podrá ser superior a un punto de la cotización del régimen contributivo de que trata el artículo 204 de la presente Ley. Estos recursos serán complementarios de las apropiaciones que haga el Ministerio de Salud para tal efecto. / Los recursos previstos en el presente artículo se podrán destinar al pago de las actividades que realicen las Entidades Promotoras de Salud y que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud considere son las que mayor impacto tienen en la prevención de enfermedades.”

951 Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, FONSAT, creado por el artículo 13 del decreto ley 1032 de 1991, como “una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, con fines de interés público, para el pago de siniestros ocasionados por vehículos no identificados o no asegurados y como instrumento de apoyo para la red de atención de urgencias del Sistema Nacional de Salud.”

952 Ley 100/ 93, Art. 223. “Financiación de la subcuenta de enfermedades catastróficas y accidentes de tránsito. El cubrimiento de las enfermedades catastróficas definidas en el artículo 166 de la presente Ley se financiará de la siguiente forma: / a) Los recursos del FONSAT, creado por el Decreto-Ley No. 1032 de 1991, de conformidad con la presente ley; / b) Una contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el seguro obligatorio de accidente de tránsito, que se cobrará en adición a ella; / c) Cuando se extinga el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social de la Presidencia de la República, los aportes presupuestales de este fondo para las víctimas del terrorismo se trasladarán al Fondo de Solidaridad y Garantía. / Parágrafo. Estos recursos serán complementarios a los recursos que para la atención hospitalaria de las urgencias destinen las entidades territoriales.”

En cuanto a su naturaleza, no hay duda en el derecho vigente que los recursos que integran el FOSYGA son parafiscales; así lo ha recogido la Sala en el concepto del 17 de marzo del 2004,⁹⁵³ específicamente respecto de los recursos provenientes de las cotizaciones de salud que financian las subcuentas en general y en particular las de solidaridad y de promoción; y lo ha reiterado sin excepción la jurisprudencia constitucional respecto de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como de pensiones.⁹⁵⁴

Que se trate de recursos parafiscales significa que además de ser expresión de la soberanía fiscal del Estado, por lo que su regulación corresponde al legislador, tienen destinación específica que no es factible variar por fuera de las previsiones de la ley que los establezca. Para el caso de la consulta, esta característica de los recursos del FOSYGA, aunada a las comentadas en el punto anterior, reafirma el criterio de la Sala en el sentido de que la finalidad de cada una de las subcuentas excluye la posibilidad de financiar actividades diferentes a ellas.

Tal es el marco del ejercicio de la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República en cuanto atañe al funcionamiento del FOSYGA, por lo que procede la Sala a estudiar el decreto 1283 de 1996, reglamentario de la ley 100 de 1993 en esta materia.

3. Análisis del artículo 6° del decreto reglamentario 1283 de 1996

El decreto reglamentario 1283 de 1996, desarrolló las normas de la ley 100 de 1993 en cuanto al funcionamiento y composición de las subcuentas del citado Fondo, para lo cual definió en el artículo 6° que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud actúa como Consejo Administrador del mismo, y al atribuirle las funciones estableció la siguiente:

“2. Aprobar el presupuesto anual de ingresos y gastos del FOSYGA presentado a su consideración por la Dirección General de Gestión Financiera del Ministerio de Salud y sus modificaciones. Allí se indicarán de forma global los requerimientos presupuestales por concepto de apoyo técnico, auditoría y remuneraciones fiduciarias necesarios para garantizar el manejo integral del FOSYGA y se detallarán los ingresos y gastos de cada una de las subcuentas.”

Como se desprende de su lectura, la norma transcrita le atribuyó al Consejo la potestad de aprobar el presupuesto anual del Fondo, previendo la inclusión de una partida global para los requerimientos presupuestales del apoyo técnico que garantice su manejo integral. Con base en esta regla, se ha planteado si es posible que con los dineros del FOSYGA se contraten los estudios técnicos necesarios para efectuar la actualización anual del Plan Obligatorio de Salud POS. La cuestión en este punto se centra en analizar cuál ha de ser la interpretación de esta norma, lo que procede a efectuar esta Sala del Consejo de Estado.

Debe tenerse en cuenta, como punto de partida, la naturaleza reglamentaria del decreto 1283 de 1996, de manera que su interpretación debe buscar la compatibilidad de sus

953 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de marzo del 2004, Radicación No. 1547, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, publicación autorizada mediante oficio 0549 de 1° de abril del 2004, del Ministerio de la Protección Social.

954 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-155-04 (24 de febrero), M.P. Alvaro Tafur Galvis, en la cual se citan múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela, atinentes al carácter parafiscal de los recursos del sistema general de seguridad social.

reglas con las normas legales reglamentadas, pues es obvio que entre los varios significados del reglamento se debe escoger aquél que mejor se integre con la ley. A partir de esta premisa, es claro que el numeral 2° del artículo 6° antes transcrito, carece de la virtualidad de atribuirle una competencia al FOSYGA o de determinar una forma de invertir sus dineros, pues estas potestades son exclusivas del legislador, quien las ejerció en los artículos 218 a 224 de la ley 100 de 1993, ya estudiados.

El contexto del numeral 2 que se analiza, es el de la aprobación del presupuesto del FOSYGA, de manera que las partidas que se contemplen en el mismo deben estar en consonancia con las atribuciones y funciones que le son propias. De esta forma, las partidas para el “apoyo técnico, auditoría y remuneraciones fiduciarias” deben hacer referencia a la forma como se administra el Fondo, que según el artículo 218 de la ley 100 de 1993 se efectúa mediante un encargo fiduciario. No se pueden sacar de contexto una o varias de estas expresiones para entenderlas como autorizaciones para financiar gastos que en principio no son los propios del fondo cuyo presupuesto se evalúa y aprueba. Como se expuso antes, le corresponde al Ministerio de la Protección Social el elaborar los estudios y propuestas necesarios para la toma de las decisiones en el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de manera que utilizar los recursos de éste para cumplir funciones a cargo de otro organismo, es inadecuado.

En la regla que se comenta, aparece que la finalidad de estos requerimientos presupuestales de apoyo técnico tienen como finalidad “garantizar el manejo integral del FOSYGA”, expresión que debe entenderse como el manejo administrativo y financiero del Fondo a cargo de la fiduciaria contratada al efecto, de conformidad con el artículo 218 de la ley 100 de 1993. Considera la Sala que esta expresión no puede tomarse en forma aislada de la citada ley ni tampoco de las demás normas del decreto en cita, dedicado fundamentalmente a reglamentar la composición financiera y contable del Fondo y las subcuentas que lo componen. Es por demás claro que las competencias políticas y administrativas para la toma de las decisiones sobre su manejo, le corresponden al gobierno y al mismo Consejo, quien cuenta con el apoyo de Ministerio de la Protección Social según se analizó anteriormente.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

1. No es viable jurídicamente destinar recurso alguno del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, para financiar gastos distintos a los correspondientes a las subcuentas enumeradas taxativamente en el artículo 219 de la ley 100 de 1993.

2. y 3. No es procedente, a la luz de la ley 100 de 1993, ninguna de las hipótesis planteadas en estas preguntas.

Transcríbase al señor Ministro de la Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

7. Financiación de Universidades públicas. Obligaciones de las entidades territoriales. Situación de la Universidad del Atlántico. Revisión del Concepto del 26 de octubre de 2006, Radicado 1770

Radicado 1996

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2010/07/29

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 2010EE72608 del 30 de septiembre de 2010

Revisión del Concepto del 26 de octubre de 2006, Radicado 1770

La señora Ministra de Educación Nacional, doctora Cecilia María Vélez White, se refiere al concepto emitido por esta Sala el 26 de octubre del 2006, radicación No. 1770⁹⁵⁵, en el que se trataron dos temas, el primero de ellos la financiación de las universidades públicas y en particular a la situación de la Universidad del Atlántico. Explica que con ocasión del mismo, los representantes de esa Universidad, del Departamento del Atlántico y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público han buscado identificar los acuerdos y diferencias sobre las transferencias de la ley 30 de 1992, la concurrencia para el pago del pasivo pensional y de las cesantías y la retención del 20% ordenada por la ley 863 de 2003, pero han surgido las siguientes interpretaciones:

Según el Departamento del Atlántico, “... las transferencias de sus rentas para el funcionamiento de la Universidad tienen como fuente principal el recaudo de los gravámenes sobre licores los cuales son variables mensualmente, por lo tanto cuando el recaudo del gravamen de licores sea menor a la cuota respectiva (la determinada en 1993 e indexada) se presenta una deuda por este concepto, luego cuando la variación es positiva la diferencia debe aplicarse al pago de lo adeudado en las vigencias anteriores y no convertirse en base para nuevas liquidaciones, porque tal interpretación llevaría a un crecimiento de la deuda de una manera indeterminada e imposible de pagar alterando a su vez el normal funcionamiento del Departamento que tendría de utilizar sus otros recursos para sostenimiento de la Universidad.”

La Universidad del Atlántico estima que “... las variaciones positivas del gravamen se convierten en una nueva base sobre la cual se ajustan las transferencias y crece exponencialmente lo adeudado, teniendo entonces que la deuda se constituiría en cuotas no pagadas y los recaudos positivos transforman automáticamente la base determinante de la nueva cuota de funcionamiento con crecimiento en la base y en la indexación.”

La señora Ministra explica en la consulta que para dar cumplimiento al artículo 86 de la ley 30 de 1992, la Universidad transfiere los recursos, entendiendo “...que la base de la transferencia será lo girado por tal concepto a pesos de 1993 e indexado por el IPC de la vigencia inmediatamente anterior”; incluye el siguiente cuadro que resume desde

955 Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y por el señor Viceministro de Educación Superior en ejercicio de las funciones del Despacho del Ministro de Educación Nacional, Radicado No. 11001-03-06-000-2006-00086-00(1770). Publicación autorizada mediante oficio del 31 de octubre de 2006.

1993 hasta el año 2008, las sumas causadas según la ley 30 y los valores aportados por el Departamento:

AÑO	FUNCIONAMIENTO INDEXADO LEY 30 DE 1992	IPC	APORTE DEPARTAMENTO	DIFERENCIA
1993	1.526	20.34%		
1994	1.871	22.59%	1.357	-515
1995	2.235	19.46%	1.951	-284
1996	2.719	21.63%	2.618	-101
1997	3.200	17.68%	4.325	1.125
1998	3.734	16.70%	5.258	1.524
1999	4.079	9.23%	3.909	-170
2000	4.435	8.75%	6.304	1.868
2001	4.775	7.65%	4.707	-68
2002	5.109	6.99%	5.101	-8
2003	5.440	6.49%	4.082	-1.358
2004	5.739	5.50%	5.103	-636
2005	6.018	4.85%	4.710	-1.308
2006	6.287	4.48%	6.286	-1
2007	6.645	5.69%	6.329	-316
2008	6.899	6.53%	6.899	0

En relación con el segundo tema tratado, la consulta también se refiere a las transferencias para el pago del pasivo pensional⁹⁵⁶, por cuanto "...el Departamento viene ejecutando el porcentaje señalado en el artículo 47 de la Ley 863 de 2003 (20%) transfiriendo dichos recursos a la concurrencia pensional convenida con la Universidad del Atlántico, habida cuenta que la Estampilla Pro Ciudadela Universitaria del Atlántico es una renta de carácter departamental, cuyo sujeto activo es la entidad territorial y su destinación no riñe con el objeto del Convenio de Concurrencia suscrito a la luz de la ley 100 de 1993, en su componente específico de pensiones."

"1.- Como quiera que los recursos transferidos por el Departamento del Atlántico durante las vigencias fiscales de 1993, 1994, 1995, 1996, 1999, 2001, 2003, 2004, 2005 y 2006, fueron inferiores a la suma establecida en la Ley 30 de 1992, los mayores valores incluidos durante las vigencias fiscales de 1997, 1998 y 2000 en los giros por transferencias ¿Se deben aplicar respetando los principios de antigüedad de la deuda, en su orden: a mora, intereses corrientes y luego la cuota correspondiente? O, por el contrario, ¿los recursos girados en 1997, 1998 y 2000 se constituyen en nueva base de cálculo

956 Conforme a lo establecido en la ley 100 de 1993, Art. 131: "FONDO PARA PAGAR EL PASIVO PENSIONAL DE LAS UNIVERSIDADES OFICIALES Y DE LAS INSTITUCIONES OFICIALES DE EDUCACION SUPERIOR DE NATURALEZA TERRITORIAL...".

para las vigencias posteriores a ellas, siendo que estos son producto de un efecto variable de recaudo no de una disposición expresa de aumentar aportes?

“2.- ¿Pueden los recursos provenientes del 20% de la Estampilla Pro Ciudadela Universitaria del Atlántico ser destinados a cubrir los compromisos establecidos en el Convenio de Concurrencia suscrito entre la Nación, la Gobernación del Atlántico y la Universidad del Atlántico de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 863 de 2003? ¿O es posible entender que deba hacerlo con recursos diferentes?”

Para responder la Sala CONSIDERA:

La primera parte de la consulta, sobre la obligación del Departamento del Atlántico, de transferir recursos presupuestales a la Universidad del Atlántico en virtud del mandato contenido en el artículo 86 de la ley 30 de 1992, contiene dos aspectos: uno, el de las sumas aportadas por el Departamento en exceso del valor estimado de la obligación en determinadas vigencias, y el otro, el de las sumas faltantes, en otras vigencias.

Sobre las sumas en exceso se trata de saber si aumentan la base de liquidación de la obligación para las vigencias siguientes. Su análisis se hará bajo el régimen constitucional y legal del gasto público.

Sobre los valores faltantes se pregunta si el Departamento quedó obligado al pago de intereses u otras sanciones, y se estudiará a la luz del Código Civil, atendida la naturaleza de las partes y el origen de la obligación.

En la segunda parte de la consulta se cuestiona si con el ingreso proveniente de la retención del 20% del recaudo de la Estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico, el Departamento del Atlántico satisface su obligación de aportar al pago del pasivo pensional de la Universidad del Atlántico conforme con el artículo 131 de la ley 100 de 1993. Al respecto se revisarán las normas legales especiales relativas a la estampilla “Ciudadela Universitaria del Atlántico” y las disposiciones legales de carácter general que con el recaudo de las distintas estampillas han buscado arbitrar recursos para atender el pasivo pensional de las instituciones oficiales de educación superior.

1. Los aportes del Departamento del Atlántico a la Universidad del Atlántico

a) La obligación contenida en el artículo 86 de la ley 30 de 1992

El problema planteado a la Sala, radica en la interpretación y los efectos del artículo 86 de la ley 30 de 1992, frente a la forma como en la práctica el Departamento del Atlántico ha venido dándole aplicación; de manera que procede la Sala a interpretar la norma citada para luego contrastarla con la aplicación que se ha hecho de la misma, y extraer las consecuencias del caso.

Para iniciar el análisis del artículo 86 de la ley 30 de 1992 en su contexto normativo de contenido presupuestal, se transcribe su texto:

“Artículo 86.- Los presupuestos de las universidades nacionales, departamentales y municipales estarán constituidos por aportes del presupuesto Nacional para funcionamiento e inversión, por los aportes de los entes territoriales, por los recursos y rentas propias de cada institución.”

“Las universidades estatales u oficiales recibirán anualmente aportes de los presupuestos nacional y de las entidades territoriales, que signifiquen siempre un incremento en pesos constantes, tomando como base los presupuestos de rentas y gastos vigentes a partir de 1993.”

Se destaca, sin lugar a discusión, como primera gran idea, la obligación de concurrir a la financiación, por parte de la Nación y las entidades territoriales, de las universidades públicas, creando una obligación de naturaleza presupuestal, cuyo cumplimiento parte de efectuar las apropiaciones de gasto o transferencia en los presupuestos de las entidades obligadas, las que se ejecutan mediante los giros de tesorería que constituyen el pago efectivo de la obligación. Por su parte, las universidades beneficiarias de los mismos, deben presupuestar como ingresos esas transferencias.

El segundo inciso describe la forma y el contenido de la obligación impuesta a la Nación y a las entidades territoriales, estableciendo de manera expresa que se trata de recursos presupuestales, de periodicidad anual, en un monto determinable que toma como *base* los presupuestos de 1993 que *siempre* deben *incrementarse*, lo cual, dice la norma, será *en pesos constantes*; vale decir, que la suma base debe conservar su poder adquisitivo y por ende, el valor de la obligación anual debe ser la suma equivalente a lo presupuestado a partir de 1993 más el IPC, año tras año, y así debe apropiarse en el presupuesto de gastos de cada vigencia, para cumplir debidamente con la obligación legal.

Del artículo 86 en comento, es clara tomando en consideración los siguientes elementos:

La obligación es de pagar una suma de dinero cuyo monto inicial es el presupuestado para la vigencia de 1993; ese monto es la “base”, es decir, un punto de partida, que en términos gramaticales significa “fundamento o apoyo principal de algo” y en plural, “normas que regulan un sorteo, un concurso, un procedimiento administrativo, etc.”.

Por disposición del legislador, esa base es modificable pero solamente para “incrementarla”.

También por el mandato expreso de la norma, dicho incremento debe ser en “pesos constantes”.

Ello significa que para la vigencia de 1994, la Nación y las entidades territoriales debieron apropiar en sus respectivos presupuestos de gastos, con destino a las universidades estatales, la suma resultante de aplicar el IPC para 1994, al valor presupuestado en 1993. Ese resultado, ajustado con el IPC debe ser presupuestado para la vigencia de 1995 y así sucesivamente.

Como se trata recursos públicos, a los elementos explícitos señalados, es necesario agregar que su interpretación y cumplimiento se rigen por las disposiciones constitucionales y legales sobre la elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos públicos, tanto nacionales como territoriales.

De ellas, interesa recordar que los artículos 345, 346 y 347 de la Constitución Política, ordenan que en tiempo de paz no podrá hacerse erogación alguna con cargo al tesoro

público que no esté incluida en el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, como tampoco podrá percibirse ingreso que no figure en el presupuesto de rentas; que en la ley de apropiaciones no podrán incluirse sino las partidas que correspondan a créditos judicialmente reconocidos, a gastos decretados conforme a ley anterior o a gastos propuestos por el gobierno para la debida atención de las ramas del poder público, el servicio de la deuda o el plan de desarrollo; y que el proyecto de ley de apropiaciones debe contener la totalidad de los gastos proyectados para la vigencia correspondiente.

Aprobado el presupuesto de gastos para la vigencia fiscal de que se trate, las partidas apropiadas deben ejecutarse, para lo cual se realiza la “erogación con cargo al tesoro”, según las voces del artículo 346, que también prohíbe hacer pagos en exceso de las apropiaciones de gasto. De aquí surge una consecuencia fundamental para el concepto que se emite: la suma presupuestada en el monto ordenado por el artículo 86 de la ley 30 de 1992, es la única que puede ser girada por parte de las entidades obligadas.

Debe agregarse que, tratándose de los recursos para la educación superior, el artículo 84 de la ley 30 de 1992 determinó que *el gasto público en educación hace parte del gasto público social*; de esta manera incorporó al financiamiento de las universidades, los artículos 350 y 366 de la Constitución Política⁹⁵⁷, según los cuales el “gasto público social” es un componente de la ley de apropiaciones, que corresponde definir y reglamentar a la ley y que, salvo los casos de guerra exterior o razones de seguridad nacional, tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. En su definición legal, contenida en el artículo 41 del decreto 111 de 1996, se prohibió de manera expresa a las entidades territoriales, *disminuirlo con respecto al año anterior* y a la vez se les autorizó a financiarlo con rentas propias.

De lo expuesto es entonces claro que la ley 30 de 1992 definió la manera como deben ser financiadas las universidades públicas por parte de la Nación y de las entidades territoriales, la que se hace a partir de un monto fijo que corresponde a los presupuestos del año de 1993 más el IPC; este monto es el que se debe incluir en los respectivos presupuestos y por lo mismo es el que debe ser girado a las universidades. Esta regulación deroga o modifica las demás formas de transferencia de las universidades que pudieran existir en la Nación y las entidades territoriales.

En términos constitucionales, la partida que se apropie en los presupuestos nacional y territoriales debe expresar la base presupuestal de 1993 actualizada con aplicación del IPC, para que corresponda a la exigencia de ser un “gasto decretado conforme a ley anterior”.

957 Const. Pol., Art. 350. La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (...) // Art. 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado... / Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.” // D. 111/96 ARTICULO 41. Se entiende por gasto público social aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión./ El Presupuesto de Inversión Social no se podrá disminuir porcentualmente en relación con el del año anterior respecto con el gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones. / La Ley de Apropiaciones identificará en un anexo las partidas destinadas al gasto público social incluidas en el Presupuesto de la Nación. / Par. El gasto público social de las entidades territoriales no se podrá disminuir con respecto al año anterior y podrá estar financiado con rentas propias de la respectiva entidad territorial; estos gastos no se contabilizan con la participación municipal en los ingresos corrientes de la Nación (Ley 179/94, artículo 17).

b) La conducta administrativa del Departamento del Atlántico

Procede ahora la Sala a analizar la práctica presupuestal del Departamento del Atlántico en relación con las transferencias a la Universidad.

Revisados los antecedentes de la consulta formulada a esta Sala en el año 2006, se encontró un conjunto de ordenanzas de la Asamblea del Atlántico que, por lo menos desde 1985 y con algunas diferencias no determinantes para el punto que ahora se estudia, han ordenado ceder el 30% del recaudo del impuesto a los licores para la Universidad del Atlántico.

Dicha cesión, en la cuantía equivalente a ese porcentaje, sigue figurando en los presupuestos de las vigencias posteriores a la ley 30 de 1992, como se comprueba con el decreto de liquidación del presupuesto para la vigencia fiscal de 2010, “*Artículo 2302 - Universidad del Atlántico (30% Licores) – 2.867.007.816*”, del presupuesto de gastos.⁹⁵⁸

Entonces, el Departamento en vez de presupuestar el monto determinado por el artículo 86 de la ley 30 de 1992 para transferirlo a la Universidad, continúa presupuestando una suma que a pesar de figurar como fija, resulta ser variable puesto que el recaudo del impuesto de licores está sujeto a factores de diversa índole que pueden preverse pero no modificarse, y por ello el Departamento sigue incumpliendo claramente la orden legal.

El efecto concreto de esta inadecuada forma de presupuestar la transferencia, consiste en que en veces ese 30% equivale al monto definido por el artículo 86 de la ley 30 de 1992, otras es inferior y otras superior; y con ello se ha dado lugar al desacuerdo entre el Departamento y la Universidad del Atlántico, que motiva la consulta de la Sra. Ministra.

Así, para el Departamento, él cumple con su obligación legal presupuestando la transferencia del 30% de la renta de licores, de manera que si se entregó más dinero del monto que resulta de aplicar textualmente el artículo 86 de la ley 30 de 1992, esa diferencia debe aplicarse a pagar el déficit de aquellos años en los que el giro fue deficitario, y por lo tanto, para saber si hay o no deuda por concepto de la obligación de financiamiento de la ley 30, deben compararse las sumas de todas las transferencias con los montos que se debieron presupuestar según la citada ley, y a partir de esta comparación llegar a un acuerdo.

Por el contrario, la Universidad, considera que el año fiscal en el cual se giró más dinero de aquél que correspondía si se hubiera presupuestado según la ley 30 de 1992, debe servir de base del presupuesto del año siguiente, y así sucesivamente, dando lugar a un crecimiento de las transferencias diferente del establecido en la ley. Esta interpretación lo que hace es tomar uno de los elementos que configuran la obligación a su favor, es decir, el modo de hacer el incremento anual, pero deja de lado la base inicial que es el presupuesto de 1993; escisión de la norma que no es jurídicamente admisible⁹⁵⁹ y que desfigura el mandato legal previo que sustenta la inclusión del gasto en el presupuesto anual de gastos de las entidades obligadas.

Con el fin de resolver la controversia, estima la Sala que las ordenanzas que cedían el 30% de la renta de licores a favor de la Universidad del Atlántico, y que fueron expedidas

958 Departamento del Atlántico, decreto No. 000592 de 2009, anexo 1, Presupuesto de gastos de la Administración Central Vigencia 2010.

959 Código Civil, Art. 31. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.

antes de la ley 30 de 1992⁹⁶⁰, por lo cual no podían ser aplicadas a partir del presupuesto de 1994, y las expedidas con posterioridad manteniendo dicho sistema de financiación, que se encuentren vigentes son claramente contrarias a la ley citada.

De esta afirmación se desprende el deber de aplicar la norma legal por encima de la ordenanza, y que para solucionar la discrepancia que existe sobre la existencia de un faltante a cargo del Departamento, las cuentas deben hacerse con base en el valor de las asignaciones presupuestales que debía corresponder a la fórmula establecida en el inciso segundo del artículo 86 de la ley 30.

Entonces, la obligación inmediata que tiene el Departamento del Atlántico es ajustar su presupuesto para garantizar que las partidas destinadas a atender los aportes para la Universidad del Atlántico, equivalgan al monto ordenado por la ley 30 de 1992, tanto en el presupuesto de rentas como en el de gastos; porque la apropiación debe corresponder a la obligación legal y no a la fuente de los ingresos que se destinen para cumplirla. El Departamento también debe tener presente que tratándose de gasto público social, su atención es prioritaria.

Simultáneamente al Departamento también le corresponde iniciar la revisión de los montos que a partir de 1994 debieron ser apropiados en cumplimiento al artículo 86 de la ley 30 de 1992, para determinar las diferencias en las que incurrió, por exceso o por defecto.

c) El reconocimiento de intereses

La obligación que el artículo 86 de la ley 30 de 1992 consagra en favor de las universidades públicas y en cabeza de la nación y las entidades territoriales, además de sus connotaciones de gasto público y régimen presupuestal constitucional y legal, es una obligación de pago de una suma de dinero, determinable año tras año. Ante la indebida apropiación y pago de tal suma de dinero, de suerte que unos años fue deficitaria la apropiación y en otros hubo superávit, se plantea a la Sala por el consultante si se deben o no intereses de mora entre la Universidad del Atlántico y el Departamento del mismo nombre. En concepto anterior, esta misma Corporación trató este punto así:

*“En varias ocasiones esta Sala del Consejo de Estado se ha ocupado del tema de las relaciones jurídicas entre los diferentes órganos y entidades públicas, observando que por lo general se configuran bajo el principio de colaboración armónica del artículo 113 de la Constitución Política, desarrollado para las entidades administrativas por el artículo 6° de la ley 489 de 1998, y que sólo por excepción, estas relaciones interadministrativas pueden ser de subordinación, en las que **“un órgano administrativo es titular de una función pública que tiene como destinatario a un grupo de personas que realizan una misma actividad”**, una de las cuales es una **“entidad pública que actúa en concurrencia con otras unidades sociales, como sucede, por ejemplo, en el ejercicio del poder de policía económica que ejerce la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) que tiene como destinatario el sector financiero, conformado tanto por personas jurídicas de derecho privado como por entidades públicas que desarrollan este tipo de empresa.”***

960 Ordenanza No. 4 de 1985 (22 de octubre), “Por la cual se cede a la Universidad del Atlántico el 30% del recaudo del impuesto a los licores de otros departamentos y se dictan otras disposiciones”

“En estos conceptos ha expuesto la Sala que cuando la administración se relaciona bajo el principio de colaboración armónica, ninguna de las entidades puede imponerse sobre la otra, pues carece de competencia para ello. Por el contrario, cuando entre dos entidades se presente una relación de supremacía o subordinación, quien sea titular de los poderes públicos puede imponer a la entidad que actúe como un particular, las obligaciones que sean del caso conforme a sus competencias, utilizando el expediente del acto administrativo.”

“De esta diferenciación entre las relaciones interadministrativas de colaboración y las de subordinación, se puede deducir esta otra consecuencia: cuando se está en presencia de entidades o de dependencias del orden nacional que se relacionan bajo el principio de colaboración y se presente un conflicto entre ellas, el Presidente de la República puede definirlo sin necesidad de acudir al juez, dada su calidad de suprema autoridad administrativa que le entrega la Constitución. En el mismo sentido deben actuar los gobernadores y alcaldes en el marco de sus competencias.”

“En un concepto reciente, entendió esta Sala que no todas las relaciones entre los órganos o entidades públicas que se plantean en un pie de igualdad, podían definirse bajo las reglas del derecho público, pues era posible que una de las partes de la misma fuera una empresa industrial y comercial del Estado cuya actividad está regulada por el derecho privado, por lo que esa relación en lo que tenía que ver con la actividad industrial, comercial y de servicio propia de esta empresa, estaría sometida a las reglas de los particulares. Entonces la aplicación del principio de colaboración es matizada por el principio de eficacia económica, también de rango constitucional, que rige la actividad industrial comercial y de gestión económica de las empresas estatales, así como la de prestación de los servicios públicos. Expuesto de otra forma, puede decirse que las relaciones de naturaleza administrativa entre órganos y entidades públicas, se regirán obviamente por esta rama del derecho, y en aquéllas cuyo objeto sea una actividad industrial y comercial, o de servicios públicos, la relación jurídica será regulada por el derecho aplicable a cada una de estas actividades.”

“Ahora bien, las relaciones entre los diferentes órganos y entidades de la administración, pueden dar lugar al surgimiento de créditos entre ellas, en los cuales una entidad es deudora de una obligación monetaria en favor de otra que se convierte en acreedora. Para determinar las normas aplicables a estos derechos de crédito, es necesario entonces establecer la naturaleza de la relación jurídica que genera la acreencia, de suerte que si es interadministrativa, las reglas serán las del derecho público; si es de subordinación, también será el derecho público propio de la función que se ejerce, y si es industrial, comercial o de servicios públicos, se aplicarán las reglas de estas actividades, que en múltiples casos es el derecho de los particulares. Para ilustrar este aserto, cita la Sala el concepto número 1819 del 20 de junio de 2007, en el que se preguntaba si la Fiscalía General de la Nación debía pagar intereses de plazo o de mora al Fondo Nacional de Ahorro por no haber consignado en tiempo las cesantías de sus empleados, a lo que se respondió que, mientras el Fondo tuvo la naturaleza de establecimiento público, no se debían tales intereses, pero a partir de su transformación en empresa industrial y comercial del Estado se causaban, pues en virtud de su transformación esta relación jurídica se regía por las normas comerciales.”

*“**Mutatis mutandi**, el razonamiento que debe realizar la Sala para responder las preguntas formuladas por el Sr. Ministro ... sobre el tema de la prescripción del derecho de recobro de cuotas partes pensionales y la generación de intereses de mora entre entidades que deban concurrir al pago de una pensión, es similar al realizado por la Sala en relación con las obligaciones entre la Fiscalía General de la Nación y el Fondo Nacional de Ahorro, de suerte que si se entiende que esta particular relación de crédito encaja*

dentro de las funciones administrativas y el principio de colaboración armónica, salvo norma especial que establezca lo contrario, la figura de la prescripción no podría operar, como tampoco podrían generarse intereses por la demora en el pago de dichos recursos. Por el contrario, si la relación se enmarca en la prestación de un servicio público o en el ejercicio de una actividad industrial y comercial del Estado, estará sometida a las reglas propias de tales actividades, incluyendo las relativas a la prescripción de los derechos y al pago de intereses.”

Aplicando la anterior doctrina al caso consultado, encuentra la Sala que la relación entre el Departamento del Atlántico y la Universidad del Atlántico, tiene un origen legal, de carácter interadministrativo, regida por el principio de colaboración, puesto que la Universidad, es el instrumento organizacional por medio del cual el mismo departamento y en general el Estado colombiano cumple con su obligación de impartir educación superior del tipo universitario. El fin público que debe realizar la universidad del Atlántico, es propio del departamento y del Estado, por lo que no puede haber intereses contrapuestos que justifiquen y legitimen que frente a un posible incumplimiento de una obligación legal de carácter monetario se deban intereses o rendimientos financieros. Es claro para la Sala que hay un incumplimiento de la ley 30 de 1992, pero también es claro que se produce por la indebida aplicación de unas ordenanzas en parte expedidas con anterioridad a tal ley. Además, no existe norma expresa que permita cobrar intereses entre las entidades públicas por el incumplimiento de sus obligaciones.

2. Sobre las transferencias para el pago del pasivo pensional

Pregunta la señora Ministra de Educación Nacional si con los recursos de la retención ordenada por el artículo 47 de la ley 863 de 2003, puede el Departamento del Atlántico cubrir los compromisos adquiridos en el contrato de concurrencia suscrito en cumplimiento de la ley 100 de 1993, entre el Departamento, la Nación y la Universidad del Atlántico. Al respecto encuentra la Sala:

Por mandato del artículo 131 de la ley 100 de 1993, las universidades oficiales y las demás instituciones oficiales de educación superior, del nivel territorial, debieron constituir un *fondo para pagar el pasivo pensional causado exclusivamente a la fecha de vigencia de la ley 100*⁹⁶¹.

961 Ley 100 de 1993, Art. 131. “FONDO PARA PAGAR EL PASIVO PENSIONAL DE LAS UNIVERSIDADES OFICIALES Y DE LAS INSTITUCIONES OFICIALES DE EDUCACION SUPERIOR DE NATURALEZA TERRITORIAL. Cada una de las instituciones de educación superior oficiales, del nivel territorial, departamental, distrital, municipal, constituirá un fondo para el pago del pasivo pensional contraído a la fecha en la cual esta ley entre en vigencia, hasta por un monto igual al valor de dicho pasivo que no esté constituido en reservas en las Cajas de Previsión, o Fondos autorizados, descontando el valor actuarial de las futuras cotizaciones que las instituciones como empleadores y los empleados deban efectuar según lo previsto en la presente ley, en aquella parte que corresponda a funcionarios, empleados o trabajadores vinculados hasta la fecha de iniciación de la vigencia de la presente ley. / Dicho fondo se manejará como una subcuenta en el presupuesto de cada institución. Será financiado por la nación, los departamentos, los distritos y los municipios, que aportarán en la misma proporción en que hayan contribuido al presupuesto de la respectiva universidad o institución de educación superior, teniendo en cuenta el promedio de los cinco últimos presupuestos anuales, anteriores al año de iniciación de la vigencia de la presente ley. / Los aportes constarán en bonos de valor constante de las respectivas entidades que se redimirán a medida que se haga exigible el pago de las obligaciones pensionales de acuerdo con las proyecciones presupuestales y los cálculos actuariales, y de conformidad con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.(...) // Cfr. Arts. 16 de la ley 30/92 y 213 de la Ley 115/94, sobre la expresión “instituciones de educación superior”. // La expresión “contraído en la fecha en que esta ley entre en vigencia” fue declarada exequible por la Sentencia C—032-08 (enero 23). // La fecha de entrada en vigencia corresponde al 23 de diciembre de 1993, de acuerdo con el decreto reglamentario 2337 de 1996.

Para financiar dicho fondo, el mismo artículo 131 previó aportes de la Nación, los departamentos, distritos y municipios, en la misma proporción en que esas entidades hubieran contribuido al presupuesto de la respectiva institución de educación superior.

El decreto 2337 de 1996⁹⁶², reglamentó el artículo 131 de la ley 100 de 1993, estableciendo que una vez determinada la cuantía y la responsabilidad de la Nación, la respectiva entidad territorial y la institución de educación superior de que se tratara, se suscribiría un contrato entre dichas entidades obligadas a la financiación, en el que se establecería como mínimo, el valor de la deuda reconocida por las partes y el monto del aporte de cada entidad; los plazos de cumplimiento de la obligación; el plazo de emisión de los bonos; la duración del contrato, que debe extenderse hasta cuando se garantice el saneamiento del pasivo pensional causado antes del 23 de diciembre de 1993; la periodicidad y el mecanismo de revisión de los contratos; y los mecanismos definidos por las partes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del sistema General de Pensiones. Estos contratos se conocen como *contratos o convenios de concurrencia*.

El artículo 131 de la ley 100 nada dijo sobre la fuente de los recursos que deberían aportar la Nación y las entidades territoriales para el cumplimiento de la obligación que les creó; pero como se trata de entidades públicas, su régimen constitucional y legal de ingresos y gastos les permite apropiar recursos propios que no tengan otra destinación y que cubran la totalidad del gasto en cada vigencia anual.

De una fuente de recursos trata el artículo 95 de la ley 633 de 2000⁹⁶³, al disponer la distribución del recaudo de los ingresos que reciben las universidades que tengan vigente *ley de estampilla universitaria* y hayan concluido la construcción de sede y subsedes, porque ordena que el 20% de ese recaudo de ese se destine al pasivo pensional de la universidad; si bien el mismo artículo 95 excluye de aplicar de su mandato a las universidades que tengan vigentes procesos de construcción, futuras ampliaciones o amortización de créditos, advierte que concluidas esas situaciones deberán aplicar la distribución que en él se determina.

De otra fuente de recursos se ocupa el artículo 47 de la ley 863 de 2003⁹⁶⁴, según el cual:

962 Decreto 2337 de 1996 (diciembre 14), "Por el cual se reglamenta el artículo 131 y el 283 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 1299 de 1994". Ver Arts. 7º y 9º de este decreto 2337; también los decretos 3088 de 1997 y 1050 de 2007, que lo modifican y adicionan.

963 Ley 633 de 2000 (diciembre 29), D.O. No. 44.275 (Dic. 29/00), "Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial." Art. 95. "Las instituciones universitarias que tengan vigente ley de Estampilla Universitaria, que hayan terminado la construcción de sus sedes o subsedes, destinarán a partir de la vigencia de la presente ley sus recursos de la siguiente forma: Treinta por ciento (30%) para adquisición de equipos de laboratorio, recursos educativos, apoyo a la investigación, transferencia de tecnología y dotación, treinta por ciento (30%) para mantenimiento y servicios, 20% para contribuir al pasivo pensional de la Universidad respectiva y veinte por ciento (20%) para futuras ampliaciones. / PAR. Se excluyen de este artículo las instituciones cuya construcción de sedes o subsedes, amortización de créditos y las futuras ampliaciones se encuentren vigentes, las cuales una vez hayan cumplido se aplicará lo establecido en el presente artículo. / Los excedentes liberados del servicio de la deuda tendrán libre destinación." // La Sala advierte que el artículo 95 transcrito inicia refiriéndose a las "instituciones universitarias", expresión que en la ley 30 de 1992 corresponde a una de las clases de instituciones de educación superior; pero de su mismo texto es claro que trata de de las "universidades".

964 Ley 863 de 2003 (diciembre 29), D.O. No. 45.415 (Dic. 29/03), "Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas". El artículo 47 de la ley 863 de 2003 fue demandado por *desconocer la autonomía territorial en la administración de sus recursos*; en sentencia C-910-04 (Septiembre 21), Ref.: Exp. D-5074, fue declarado exequible porque "... no desconoce la autonomía de las entidades territoriales en el manejo de sus recursos, por cuanto la previsión allí contenida se orienta a atender un problema que no solamente tiene un enorme impacto sobre las finanzas

“Retención de estampillas. Los ingresos que perciban las entidades territoriales por concepto de estampillas autorizadas por la ley, serán objeto de una retención equivalente al veinte por ciento (20%) con destino a los fondos de pensiones de la entidad destinataria de dichos recaudos. En caso de no existir pasivo pensional en dicha entidad, el porcentaje se destinará al pasivo pensional del respectivo municipio o departamento.”

Desagregando el texto transcrito, la Sala interpreta:

Gramaticalmente, “percibir” es “recibir algo y encargarse de ello. Percibir el dinero, la renta.”⁹⁶⁵ En este sentido, para establecer la base de la retención que está ordenando, el artículo 47 se dirige a la entidad territorial que recauda los ingresos a que se refiere, y toma el total de lo que reciban.

Los *ingresos por estampillas* son gravámenes autorizados o creados por la ley, generalmente destinados a incrementar los recursos de las entidades del nivel territorial para la atención de sectores determinados, como la educación, la salud, la cultura, la electrificación, etc.; se caracterizan porque para su pago y la prueba de éste, se adhieren estampillas en los documentos que la regulación legal o territorial establezcan, de donde resulta que en el uso cotidiano e inclusive en la terminología de la ley, el vocablo *estampilla* se confunde con el gravamen mismo.

Significa entonces que la retención ordenada por el artículo 47 de la ley 863 de 2003 debe practicarse *sobre la totalidad de los ingresos por concepto de estampillas*, que cada entidad territorial esté recaudando, esto es, las estampillas para universidades, hospitales, cultura, electrificación, desarrollo, etc.

Las sumas retenidas tienen, por expresa disposición de la norma que se analiza, una única destinación: el pago del pasivo pensional, pero en cabeza de varios destinatarios: en primer término, esos recursos deben atender los fondos pensionales de las entidades beneficiarias de los ingresos por estampillas; en segundo término y sólo si esas beneficiarias no tienen pasivo pensional, los recursos irán a cubrir el pasivo pensional del departamento o municipio, esto es, de la entidad territorial que percibe los ingresos.

Ahora bien, el Departamento del Atlántico y la Universidad del Atlántico son entidades beneficiarias de la “Estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico”⁹⁶⁶; y el Departamento

públicas sino que plantea un problema social de graves proporciones, que afecta no solo a quienes están llamados a ser beneficiarios directos de la destinación especial prevista en la ley, sino a todos los habitantes del territorio nacional, en la medida en que la cobertura del pasivo pensional compromete al Estado en su integridad, situación que constituye una clara amenaza para el presupuesto nacional, compromete la estabilidad económica, y responde a una cuestión social que trasciende el ámbito meramente regional o local.” En la sentencia se cita que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público argumentó: “...si bien la norma demandada establece una destinación específica, sobre un tributo de propiedad de las entidades territoriales, también es cierto que las estampillas por regla general, obedecen a la necesidad de financiar un determinado sector o actividad (hospitales, universidades, electrificación rural, pro-desarrollo, etc.), y por lo tanto se caracterizan por tener desde su creación una destinación específica establecida directamente por el legislador, y por lo tanto resulta válido que el mismo modifique el referido tributo, asignándole una nueva destinación a un porcentaje de dichos recursos, orientado a financiar una obligación social constitucional del orden territorial, referida a la seguridad social de los pensionados.” (la negrilla no es del original).

965 DRAE: “Percibir. (Del lat. percipĕre). 1. tr. Recibir algo y encargarse de ello. Percibir el dinero, la renta.”

966 Ley 41 de 1966 (agosto 12), “por la cual se dictan disposiciones de carácter social para “Erradicación de tugurios” en el Departamento del Atlántico, y se establecen otras medidas en favor de clases menesterosas.” Art. 1. Conforme a los términos de las Leyes 27 de 1949 y 20 de 1961, en el Departamento de la referencia, se aplicará la estampilla denominada “Erradicación de tugurios”, con la efigie de don Marco Fidel Suárez, en un lapso de 30 años, que se inician desde el 1o. de mayo de 1966. / Art. 2. El producido de la

del Atlántico es recaudador de los ingresos que ella genera y debe administrarlos a través de la Junta Especial denominada “Junta Ciudadela Universitaria del Atlántico”.

Su origen está en la ley 41 de 1966 que ordenó aplicar en el Departamento del Atlántico la estampilla denominada “erradicación de tugurios”, y en la ley 77 de 1981, que en sus artículos 1º, 7º y 8º ordenó que *los valores producidos por el recaudo de la estampilla a que se refería la Ley 41 de 1966, seguirían siendo cobrados en todo el territorio del Departamento del Atlántico, exclusivamente, con destino a erradicación de tugurios y construcción de la Ciudadela Universitaria*; que el tributo estaría representado en una sola estampilla denominada “Ciudadela Universitaria del Atlántico”; que los recursos serían *manejados en sus distintas maneras de recaudo y empleo*, por la Junta Especial denominada “Junta Ciudadela Universitaria del Atlántico”; y que *la totalidad del producto de la estampilla sería aplicado así: a) Ochenta por ciento (80%) para la construcción, dotación y sostenimiento de la Ciudadela Universitaria del Departamento del Atlántico; b) Veinte por ciento (20%) para los fines y en la forma que se indica en la Ley 41 de 1966.*

La ley 633 de 2000, en su artículo 94 se refirió a la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico, en los siguientes términos:

“El Departamento del Atlántico en su calidad de Ente Recaudador del producido del Impuesto denominado Estampilla “Ciudadela Universitaria del Atlántico”, administrará el cien por ciento (100%) del recurso de la estampilla a través de la Junta Especial denominada “Junta Ciudadela Universitaria del Atlántico”, dicho impuesto quedará vigente de manera indefinida y se utilizará destinando el ochenta por ciento (80%) para la construcción, dotación y sostenimiento de la Universidad del Atlántico y el veinte por ciento (20%) para la construcción y mejoramiento de vivienda de interés social e infraestructura de servicios públicos domiciliarios del Departamento del Atlántico.”

De esta norma se destaca que, además de recoger la normatividad legal especial de la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico y darle vigencia indefinida, el legislador la ubicó inmediatamente antes del artículo 95 de la misma ley 633, que, como se explicó, dispuso una específica distribución a los ingresos destinados a las universidades por las leyes de estampillas universitarias que se encontraran vigentes; de manera que hizo expresa su intención de conservar el régimen especial de esa estampilla en particular.

Bajo esta disposición, en el concepto emitido el 3 de octubre de 2002, radicación 1434, esta Sala dijo que la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico “es un

estampilla que se establece por esta Ley, estará exclusivamente destinado a formar los fondos para la “Erradicación de tugurios” existentes en aquel Departamento, labor que se hará por conducto del Instituto de Crédito Territorial...”. // Ley 77 de 1981 (Dic. 9), “Por la cual se financia la construcción de la Ciudadela Universitaria del Atlántico, se dictan normas en relación con la estampilla Erradicación de Tugurios, se dan unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones.” Art. 1. “Los valores producidos por el recaudo de la estampilla a que se refiere la Ley 41 de 1966, seguirán siendo cobrados en todo el territorio del Departamento del Atlántico, exclusivamente, con destino a erradicación de tugurios y construcción de la Ciudadela Universitaria. Par. Este tributo en lo sucesivo, estará representado en una sola estampilla que se denominará “Ciudadela Universitaria del Atlántico” (Las negrillas no son del original). / Art. 7º.-Créase una Junta Especial denominada “Junta Ciudadela Universitaria del Atlántico”, encargada de manejar los fondos que produzca la estampilla creada en sus distintas maneras de recaudo y empleo de ella. / Esta Junta estará integrada:... / Art.8º. La totalidad del producto de la estampilla a que se refiere esta Ley, será aplicado así: a) Ochenta por ciento (80%) para la construcción, dotación y sostenimiento de la Ciudadela Universitaria del Departamento del Atlántico; b) Veinte por ciento (20%) para los fines y en la forma que se indica en la Ley 41 de 1966.”

gravamen del orden departamental” cuyo producido tiene la destinación que la ley le estableció.

En vigencia del artículo 47 de la ley 863 de 2003, que para efectos de la retención que establece no introduce excepción alguna a los ingresos originados en las leyes de estampillas que perciben las entidades territoriales, el concepto del 26 de octubre de 2006 (Radicado 1770), explicó que la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico es un “tributo del orden departamental” y que “la destinación legal de los recursos de la estampilla, condiciona los actos y actuaciones administrativas que deban expedirse y cumplirse en el orden departamental...”, agregando que como el citado artículo 47 de la ley 863 “determina no sólo la destinación de los recursos, sino también, de manera simultánea, los *destinatarios* de los mismos, esto es, la Universidad en un porcentaje del 80% y el Departamento en un 20% ... la retención prevista en el artículo 47 debe destinarse a los fondos de pensiones de las entidades destinatarias de la estampilla, para el caso el Departamento y la Universidad del Atlántico...”.

Así mismo, en el concepto del 26 de octubre de 2006, la Sala precisó que los recursos correspondientes a la retención del 20%, “... no están previstos por la ley para atender el cumplimiento de la obligación de aporte a que se refiere el artículo 131 de la ley 100 de 1993, que establece expresamente la obligación de constituir un fondo para tales efectos, y por ello no pueden computarse para el cumplimiento de esta otra obligación legal. Así tengan las dos normas un mismo propósito – financiación de pensiones -, el legislador las previó en forma independiente y autónoma, sin prever su imputabilidad o equivalencia, esto es, sin validar que los recursos apropiados con origen en una obligación se apliquen al mismo tiempo para entender cumplida la otra.”

La Sala, en esta oportunidad, con base en el análisis hecho al texto del artículo 47 de la ley 863 de 2003, reitera que la retención por él ordenada aplica a los recursos de la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico, y el Departamento, como recaudador y administrador de esos recursos, está obligado a hacer la retención y transferirla en un 20% al fondo de pensiones del Departamento y en un 80% al fondo de pensiones de la Universidad del Atlántico pero como aporte de la misma Universidad; de ninguna manera como aporte del Departamento.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala RESPONDE:

“1.- Como quiera que los recursos transferidos por el Departamento del Atlántico durante las vigencias fiscales de 1993, 1994, 1995, 1996, 1999, 2001, 2003, 2004, 2005 y 2006, fueron inferiores a la suma establecida en la Ley 30 de 1992, los mayores valores incluidos durante las vigencias fiscales de 1997, 1998 y 2000 en los giros por transferencias ¿Se deben aplicar respetando los principios de antigüedad de la deuda, en su orden: a mora, intereses corrientes y luego la cuota correspondiente? O, por el contrario, ¿los recursos girados en 1997, 1998 y 2000 se constituyen en nueva base de cálculo para las vigencias posteriores a ellas, siendo que estos son producto de un efecto variable de recaudo no de una disposición expresa de aumentar aportes?

En el marco del artículo 86 de la ley 30 de 1992, los menores valores girados por el Departamento del Atlántico a la Universidad del Atlántico en las vigencias fiscales de 1993,

1994, 1995, 1996, 1999, 2001, 2003, 2004, 2005 y 2006, configuraron una deuda a cargo del Departamento.

Los valores girados por el Departamento en 1997, 1998 y 2000, en exceso de los montos que debía de acuerdo con el mismo artículo 86 de la ley 30 de 1992, no constituyen una nueva base para el cálculo de las vigencias posteriores.

“2.- ¿Pueden los recursos provenientes del 20% de la Estampilla Pro Ciudadela Universitaria del Atlántico ser destinados a cubrir los compromisos establecidos en el Convenio de Concurrencia suscrito entre la Nación, la Gobernación del Atlántico y la Universidad del Atlántico de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 863 de 2003? ¿O es posible entender que deba hacerlo con recursos diferentes?”

Los recursos provenientes de aplicar la retención del 20% ordenada por el artículo 47 de la ley 863 de 2003, al total del recaudo de la estampilla Ciudadela Universitaria del Atlántico, deben destinarse en un 20% al pasivo pensional del Departamento del Atlántico y en un 80% al pasivo pensional de la Universidad del Atlántico. El aporte al que esté obligado el Departamento en virtud del convenio de concurrencia suscrito para dar cumplimiento al artículo 131 de la ley 100 de 1993 debe ser atendido con otros recursos del Departamento.

Transcribese a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: WILLIAM ZAMBRANO CETINA.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, respetuosamente presento salvamento parcial de voto al Concepto 1996 de 2010, respecto del primer interrogante de la consulta relacionado con las obligaciones del Departamento del Atlántico para con la Universidad del Atlántico. Frente a ese interrogante, comparto con la Sala la conclusión principal a la que se llegó, en el sentido que la Ley 30 de 1992 es muy clara al establecer el valor de las transferencias anuales que debe hacer el Departamento del Atlántico a la Universidad, a partir de lo cual es fácil verificar los incumplimientos presentados en varios años pasados, en los que se trasladó un valor menor al legalmente debido.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con la posición mayoritaria que consideró que el Departamento del Atlántico no debía intereses de mora por las transferencias que no se han realizado, para lo cual se invoca el principio de colaboración entre las entidades estatales (art.113 C.P) y el hecho de que el ente universitario sería apenas una forma organizacional del Departamento y del Estado para desarrollar la labor educativa, lo que le impediría hacer una reclamación de ese tipo. Frente a esta conclusión presento mi salvamento de voto.

Cuándo se pregunta en general cuál es el fundamento legal del deber del Estado de reconocer intereses de mora por el pago tardío e injustificado de sus obligaciones dinerarias, la respuesta se ubica en el marco del artículo 90 de la Constitución Política, esto

es, en el deber del Estado de indemnizar los daños antijurídicos que causa las personas. Como se sabe, el pago tardío de una obligación dineraria causa un daño, que se resarce con los intereses de mora pactados por las partes o, en su defecto, con los establecidos en la ley, frente a lo cual el Estado no está exonerado por ninguna norma legal. Por el contrario, ya en materia de condenas a entidades públicas, contratación estatal o deudas tributarias, el legislador ha establecido la tasa de mora a cargo del Estado; y, para los casos en que no hay norma expresa aplicable, el Consejo de Estado ha acudido a las normas del Código Civil para asegurar una reparación integral de los daños, conforme lo ordena el artículo 90 de la Constitución Política.

Por tanto, la pregunta de si el Departamento del Atlántico debe intereses de mora a la Universidad de ese Departamento por la transferencia tardía de los recursos a que esta última tenía derecho de conformidad con la Ley 30 de 1992, lleva a un interrogante aún más de fondo ¿es responsable una entidad del Estado por los daños que causa a otra?

A primera vista podría pensarse que la unidad presupuestal del Estado desaconseja una respuesta afirmativa. Se diría que sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias, fiscales o penales en cabeza de los funcionarios responsables, no tiene sentido e iría en contra de la Unidad de Caja y de principios constitucionales de la función administrativa -como la eficiencia y la economía-, pretender que una entidad deba hacer a otra un pago originado en un daño, para que esos recursos ingresen por vía de esta última al mismo presupuesto público. Esa conclusión aplicaría bien entre entidades que se encuentra en ciertos niveles de la Administración en los que la Unidad de Caja es evidente y no tiene justificación la existencia de conflictos patrimoniales entre el Estado (p. ej. daños causados por un Ministerio a otro Ministerio), los cuales serían en últimas problemas simplemente contables.

No obstante, considero que la respuesta no puede ser la misma cuando se trata de daños causados a entidades que tienen ámbitos de autonomía presupuestal y administrativa de especial magnitud. Frente a ellos, el principio de unidad de caja y presupuestal no tiene la suficiente entidad para enervar las acciones que permitan recomponer el patrimonio de la entidad afectada.

En esa medida, no considero acertado formular como principio general una regla según la cual no hay lugar a intereses de mora entre entidades del Estado. Frente al principio constitucional de responsabilidad Estatal por los daños antijurídicos que causen las entidades públicas (Art. 90 C.P.), pienso que el principio de colaboración armónica del artículo 113 de la misma Carta Política, no justifica suficientemente una regla como la que sostiene la posición mayoritaria. Es posible, repito, que por el nivel de autonomía y diferenciación presupuestal existan razones prácticas y de eficiencia administrativa para que entre algunas entidades no se presenten ese tipo de reclamaciones, pero existen otros casos en los que entidades públicas afectadas por un daño antijurídico causado por otro ente estatal, deben ser reparadas integralmente, inclusive en el caso de obligaciones dinerarias, sin que tal obligación pueda quedar exonerada en virtud del deber de colaboración interinstitucional.

Véase por ejemplo, las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en las que se condenó a la Nación al pago de intereses de mora a favor de los Municipios por el pago

tardío de las transferencias ordenadas en la Ley 60 de 1993, lo que constituye un supuesto igual al consultado en esta oportunidad:

“De acuerdo con lo anterior, la Sala declarará la responsabilidad de la demandada respecto de la mora en el pago del reaforo de 1997, que debió realizarse el 15 de abril de 1998, la cual se estaba verificando al momento de presentación de la de la demanda, 29 de octubre de 1998, y se pagó en el curso del proceso, el 15 de abril de 1999.

*Así las cosas, se **concluye que la Nación Colombiana es responsable por la mora en que incurrió al pagar a cada uno de los municipios demandantes el 28 de abril de 1997 -con trece días de retardo-, y pagadas el cinco, nueve y quince de abril de 1999- con 355, 359 y 365 días de retardo-, las primeras correspondiente al último 10% del total de la participación de aquél en los ingresos corrientes de la Nación del año 1996 y las segundas al reaforo de 1997.”**⁹⁶⁷ (se subraya)*

Basta leer estas consideraciones para concluir que el caso consultado ameritaba una respuesta distinta frente a los intereses de mora debidos por el Departamento a la Universidad del Atlántico.

No puede pasarse por alto la autonomía de las universidades públicas consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política. Si bien son parte del Estado, su presupuesto está debidamente separado y asegurado por el propio legislador, para evitar, precisamente, que sea un instrumento de influencia y perturbación de esa autonomía. En ese sentido, la Corte Constitucional ha hecho énfasis en el cambio de la naturaleza jurídica de las universidades públicas de simples *establecimientos públicos* a *entes autónomos*, con las consecuencias que ello trae en materia presupuestal y financiera:

“La Constitución de 1991 significó una transformación radical en el régimen de las universidades públicas. En efecto, como la Corte ya ha tenido oportunidad de señalarlo, la Carta no sólo consagró el derecho constitucional de acceso a la educación pública superior, sino que estableció una serie de garantías institucionales destinadas a que el proceso educativo y la investigación académica no estuvieran al servicio de los órganos políticos y pudieran satisfacer las exigencias mínimas de calidad, accesibilidad, adaptabilidad e igualdad en la satisfacción del derecho. La más importante de tales garantías es la autonomía universitaria. En efecto, es sólo a partir de la Carta de 1991 y de la ley 30 de 1992 que reglamenta la materia, que las universidades adquieren efectivamente autonomía plena en el manejo de sus asuntos propios y dejan de ser establecimientos públicos para adquirir el carácter de entes autónomos del Estado.

*En desarrollo de esta importante garantía institucional, la Ley 30 de 1992, señaló en su artículo 28, que la autonomía universitaria “reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y **adoptar sus***

967 Por todas, Sentencia del 1 de marzo de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Radicación: 25000-23-26-000-1999-00005-01(27526). En los casos en que se absolvió a la Nación, el Consejo de Estado concluyó simplemente que los pagos se habían hecho oportunamente y que por tanto no se había demostrado la mora.

correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.” (Resalta la Sala).

Respecto al derecho de arbitrar y administrar sus recursos, el artículo 29 de la misma Ley indicó que la autonomía de las instituciones universitarias aparece el derecho de “arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.”

Así mismo, con la finalidad de asegurar que por la vía del financiamiento público no se afectara de manera indirecta el ejercicio de la autonomía universitaria y para garantizar la progresividad del derecho a la educación pública superior, el legislador estableció una serie de disposiciones de orden financiero que se mencionan a continuación y que resultan de la mayor relevancia para resolver los problemas que la presente demanda plantea a la Corte. (Sentencia C-507 de 2008 - subrayado original de la Sentencia).

Por tanto, considero inapropiado concluir que las universidades públicas son un simple *instrumento organizacional* que no puede tener intereses contrapuestos a los de las entidades estatales que por ley tienen obligaciones financieras para con ella. En ese sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional declaró inexecutable una disposición legal que, basada en un deber general de coordinación interinstitucional, pretendía obligar a las universidades públicas a concertar con el Gobierno el destino de las transferencias recibidas de la Nación:

*“Ahora bien, imponer a las universidades públicas -tal como lo pretende la norma acusada- el deber de concertar y acordar con el Gobierno los criterios y el procedimiento de una redistribución de un porcentaje del total de las transferencias, que no podrá exceder del 12%, es someterlas a una especie de control presupuestal estricto por parte del Gobierno que no puede ser aplicado a las universidades estatales **“en razón de que por sus singulares objetivos y funciones ello implicaría vulnerar su autonomía”**⁹⁶⁸. Así mismo, como acertadamente lo afirma el Procurador General de la Nación, esos procesos de concertación y acuerdo con el Gobierno implican que cada universidad negocie asuntos inherentes a su autodeterminación, autogobierno y autorregulación. En consecuencia, esa intervención gubernamental plasmada en el artículo objeto de reproche en asuntos propios de las instituciones superiores vulnera flagrantemente la autonomía universitaria.”⁹⁶⁹*

Si se parte del supuesto de que en casos como el presente, el Departamento del Atlántico puede retardar los pagos sin ninguna consecuencia jurídico-patrimonial, la Universidad quedaría desprotegida y obligada por demás a hacer reclamaciones judiciales para obtener lo que por ley le corresponde. Frente a ello, los intereses de mora cumplen una función disuasiva de retrasos injustificados, que parte de una regla general de la responsabilidad, según la cual no puede ser mejor incumplir que cumplir la ley.

Por tanto, en mi concepto particular, la Universidad del Atlántico tiene el derecho a reclamar y recibir intereses de mora por los pagos que no se le han hecho por el Departamento del Atlántico, sin que deba soportar la mengua y perjuicios derivados de la ineficiencia de otras entidades estatales.

De esta forma dejo presentado mi salvamento parcial de voto,

Suscribe el salvamento: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero.

968 Sentencia C-053 de 1998, ya citada.

969 Sentencia C-926 de 2005.

8. Destinación de regalías. Las entidades territoriales pueden transferir recursos de regalías a las universidades territoriales para proyectos prioritarios de inversión, no para gastos de funcionamiento**Radicado 2001**

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Fecha: 2010/06/24

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 2010EE49408 del 22 de julio de 2010

El doctor Gabriel Burgos Mantilla, Viceministro de Educación Superior encargado de las funciones del Despacho de la Ministra de Educación Nacional, a solicitud de la Universidad de la Guajira, formula a la Sala una consulta acerca de si es viable o no pagar a los docentes catedráticos y ocasionales con los recursos de regalías que esa Universidad recibe del Departamento de la Guajira.

1. ANTECEDENTES

El Ministro señala que la Universidad de la Guajira es un ente universitario autónomo con régimen especial, que se rige por lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Política y la ley 30 de 1992, “Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior”.

Expresa que la Dirección General de Regalías del Departamento Nacional de Planeación – DNP, mediante un concepto emitido el 20 de noviembre de 2007⁹⁷⁰, manifiesta que los recursos de regalías no pueden ser destinados por el Departamento de la Guajira para transferirse a la Universidad de la Guajira, teniendo en cuenta que tales recursos no son considerados como propios de las entidades territoriales y el legislador ha establecido su destinación.

Menciona el Ministro que los artículos 14 y 15 de la ley 141 de 1994, modificados por las leyes 756 de 2002 y 1283 de 2009, señalan la destinación que deben dar los entes territoriales a los recursos que reciben por concepto de regalías y compensaciones, y que el decreto reglamentario 416 de 2007, modificado por el 3976 de 2009, precisa el uso de los recursos e indica las actividades a financiar.

Añade el Ministro que la Dirección Nacional de Regalías en el referido concepto sostiene, con fundamento en el artículo 3º de la ley 617 de 2000 que prohíbe la utilización de regalías en gastos de funcionamiento de las entidades territoriales, y lo dictaminado por la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2001, que los recursos de regalías no pueden destinarse al pago de docentes catedráticos y ocasionales de una universidad pública.

No obstante, el Ministro señala que la Universidad de la Guajira estima que tales gastos debieran considerarse como inversión social, teniendo en cuenta que el artículo 84 de la ley 30 de 1992 establece que el gasto público en la educación hace parte del gasto público social y que la Corte Constitucional en la sentencia C-151 de 1995, hizo el siguiente planteamiento:

970 Se refiere al Oficio No. DR-20071500520191 dirigido el 20 de noviembre de 2007, por la Dra. Amparo García Montaña, Directora de Regalías del Departamento Nacional de Planeación, al Dr. Edwin José López Fuentes, Jefe de la Oficina Jurídica de la Universidad de la Guajira.

“(…) Es obvio que una inversión para una escuela que no podrá tener maestros o para un hospital que estará desprovisto de médicos es inútil e ineficiente, puesto que no sirve para satisfacer las necesidades de educación y de salud de la población del municipio respectivo. Por eso, en determinadas circunstancias, constituye una mejor inversión en el bienestar de la población que las autoridades gasten en el funcionamiento de las escuelas y los centros de salud, en vez de efectuar nuevas construcciones en ese campo. Por consiguiente, interpretar de manera restrictiva el alcance del concepto de inversión social, en el sentido de que sólo caben inversiones en el sentido económico financiero del término, puede provocar una proliferación de obras físicas que lejos de permitir una mejor satisfacción de las necesidades básicas de la población, puede hacer inútil e irracional el gasto social”.

2. INTERROGANTES

El señor Ministro presenta los siguientes interrogantes:

“1.- Pueden las entidades territoriales transferir directamente a las Universidades nacionales, departamentales o municipales recursos de regalías?

2.- En el caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, dentro del marco de la autonomía universitaria establecida en el artículo 69 de la Constitución Política y la Ley 30 de 1992 pueden las universidades públicas destinar los recursos provenientes de las entidades territoriales como aporte para sus fines, originados en transferencias de regalías, al pago de gastos de funcionamiento o de inversión o de ambos, o están sujetos a alguna restricción para su debida aplicación y uso?

3.- ¿Las regalías que por ley recibe directamente el Departamento de la Guajira pueden transferirse a la Universidad de la Guajira en cumplimiento de su obligación legal consagrada en la Ley 30 de 1992 y ésta a su vez, dentro del marco de su autonomía, destinar éstos recursos al pago de docentes catedráticos y ocasionales, considerando esto como inversión social, en los términos de la sentencia C-151 de 1995 que determina que el concepto de inversión social no se limita a la construcción de infraestructura física sino a los gastos necesarios para atender los derechos constitucionales de educación, salud y saneamiento básico, además porque pese al dictamen restrictivo emitido por el D.N.P. sobre el concepto de inversión social, partiendo de (sic) ese organismo de una perspectiva económica financiera, sin lugar a dudas, es función de la jurisprudencia y no de los técnicos ‘esclarecer, delimitar y precisar el sentido del pensamiento del constituyente cuando señala los fines propios del Estado Social de Derecho’ (C-151/95)?”.

3. CONSIDERACIONES

3.1 La Universidad de la Guajira y los aportes presupuestales del Departamento.

La Universidad de la Guajira fue creada por medio del decreto 523 de 1976 expedido por el Gobernador del Departamento de la Guajira, como un “Instituto de Educación Superior, adscrita a la Secretaría de Educación Departamental, con domicilio principal en la ciudad de Riohacha y patrimonio propio” (art. 1º).

El artículo 1º de sus estatutos, aprobados por el mencionado decreto departamental, establece que dicha Universidad “es una entidad de derecho público del orden departamental, con personería jurídica y patrimonio propio, y de carácter académico e investigativo”.

Ahora bien, las entidades territoriales deben aportar dentro de sus presupuestos anuales, partidas en beneficio de las instituciones estatales de educación superior de su jurisdicción, conforme lo establecen los artículos 85 y 86 de la ley 30 de 1992, “Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior”, así:

“Artículo 85.- Los ingresos y el patrimonio de las instituciones estatales u oficiales de educación superior, estará constituido por:

a) Las partidas que se le sean asignadas dentro del presupuesto nacional, departamental, distrital o municipal. (...).”

“Artículo 86.- Los presupuestos de las universidades nacionales, departamentales y municipales estarán constituidos por aportes del presupuesto nacional para funcionamiento e inversión, por los aportes de los entes territoriales, por los recursos y rentas propias de cada institución.

Las universidades estatales u oficiales recibirán anualmente aportes de los presupuestos nacional y de las entidades territoriales, que signifiquen siempre un incremento en pesos constantes, tomando como base los presupuestos de rentas y gastos, vigentes a partir de 1993”.

Con todo, si bien tales aportes presupuestales podrían efectuarse con recursos provenientes de regalías, en ningún caso podrán destinarse a gastos de funcionamiento por no estar incluidos en los gastos legalmente autorizados por vía de regalías, y por existir, además, expresa prohibición legal, como se verá más adelante.

3.2 Las regalías y su destinación en la Constitución.

El tema de las regalías, sobre el cual se ha pronunciado la Sala en diversas oportunidades⁹⁷¹, adquirió rango constitucional en la Carta de 1991, la cual, mediante el artículo 360, las definió como una contraprestación económica causada a favor del Estado⁹⁷², en virtud de la explotación de un recurso natural no renovable⁹⁷³, sin perjuicio de otra retribución o compensación que se acuerde.

El artículo 227 del Código de Minas, la ley 685 de 2001, complementa la definición en relación con los recursos mineros, en estos términos:

“Artículo 227.- La regalía.- De conformidad con los artículos 58, 332 y 360 de la Constitución Política, toda explotación de recursos naturales no renovables de propiedad estatal genera una regalía como contraprestación obligatoria. Esta consiste en un porcentaje, fijo o progresivo, del producto bruto explotado objeto del título minero y sus subproductos, calculado o medido al borde o en boca de mina,

971 Como por ejemplo, en los Conceptos Nos. 1274 de 1979, 363 de 1990, 476 de 1992, 496 de 1993, 889 de 1996, 1181 de 1999, 1549 de 2004, 1656 de 2005, 1750 de 2006, 1823 y 1842 de 2007.

972 Este recurso tributario del Estado, como lo ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia C-722 de 1999, se deriva de su condición de propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, establecida por el artículo 332 de la Carta que dice: “Artículo 332.- El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

La noción de Estado en este caso, como lo ha precisado la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-251 de 2003, se refiere a “un ente que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales”.

973 Los recursos naturales no renovables son “aquellos elementos de la naturaleza y del medio ambiente, esto es, no producidos directamente por los seres humanos, que son utilizados en distintos procesos productivos ... se caracterizan por cuanto existen en cantidades limitadas y no están sujetos a una renovación periódica por procesos naturales” (Sentencia C-221/97, Corte Constitucional).

pagadero en dinero o en especie. También causará regalía la captación de minerales provenientes de medios o fuentes naturales que técnicamente se consideren minas⁹⁷⁴.

(...)”.

De igual manera, por la explotación de los yacimientos de petróleo, las empresas petroleras pagan regalías al Estado colombiano, sin perjuicio de pactar cualquier otra contraprestación.

El hecho generador de las regalías es la producción de los recursos naturales no renovables (hidrocarburos y minerales). Las etapas de exploración y perforación no generan regalías.

Ahora bien, los artículos 360 y 361 de la Constitución establecen la destinación de las regalías, así:

“Artículo 360.- *La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.*

La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones”.

“Artículo 361.- *Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un fondo nacional de regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales”.*

La Corte Constitucional, en la sentencia C-075 del 25 de febrero de 1993, ha señalado: *“Las regalías tienen dos destinaciones: la nación y las entidades territoriales. Las regalías de las entidades territoriales, a su vez, provienen por dos vías: directamente y a través del Fondo Nacional de Regalías (art. 361).*

La autonomía que la Constitución le reconoce a las entidades territoriales se traduce, en el campo de las regalías, a participar en las rentas nacionales en los términos que fije la ley (art. 287 inciso 4°)”.

Las regalías son, pues, de dos clases:

a) Directas: Son las regalías que perciben los departamentos y municipios en cuya jurisdicción se explotan recursos naturales no renovables, así como los municipios portuarios, marítimos y fluviales, por donde se transportan los recursos explotados o sus productos derivados.

b) Indirectas: Son las administradas por el Fondo Nacional de Regalías, para ser distribuidas a las entidades territoriales conforme a la ley 141 de 1994 y sus reformas, y tienen tres finalidades: el fomento de la minería, la preservación del medio ambiente y la financiación de proyectos regionales de inversión.

974 Este inciso fue declarado exequible, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-669 del 20 de agosto de 2002.

La consulta plantea si las entidades territoriales pueden transferir a las universidades públicas parte de las regalías que reciben y si éstas pueden destinarlas al pago de gastos de funcionamiento o de inversión o de ambos, o están sujetos a alguna restricción en su utilización, aspectos que se analizan a continuación.

3.3 La destinación de las regalías distribuidas a los departamentos

La ley 141 del 28 de junio de 1994, “Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones”, determina en el artículo 14 la destinación que deben dar los departamentos productores a las regalías, en esta forma:

“Artículo 14.- Utilización por los departamentos de las participaciones establecidas en esta ley.- Artículo modificado por el artículo 13 de la ley 756 de 2002 y luego por el artículo 2º de la ley 1283 de 2009. El texto actual es el siguiente:

Los recursos de regalías y compensaciones monetarias distribuidos a los departamentos productores, tendrán la siguiente destinación:

a) El noventa por ciento (90%), a inversión en proyectos prioritarios que estén contemplados en el plan general de desarrollo del departamento o en los planes de desarrollo de sus municipios, y de estos, no menos del cincuenta por ciento (50%) para los Proyectos prioritarios que estén contemplados en los Planes de Desarrollo de los municipios del mismo departamento, que no reciban regalías directas, de los cuales no podrán destinarse más del quince por ciento (15%) a un mismo municipio. En cualquier caso, tendrán prioridad aquellos proyectos que beneficien a dos o más municipios. De este porcentaje, las entidades beneficiarias deben destinar como mínimo el uno por ciento (1%) de estos recursos a Proyectos de inversión en nutrición y seguridad alimentaria para lo cual suscribirán Convenios Interadministrativos con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF;

b) Hasta el diez por ciento (10%) para la interventoría técnica de los Proyectos que se ejecuten con estos recursos.

Tratándose de recursos que no provengan de Proyectos de Hidrocarburos, se destinará el 7.5% para la interventoría técnica de los Proyectos que se ejecuten con dichos recursos y el 2.5% a sufragar los costos de manejo y administración que tengan las entidades de orden nacional a cuyo cargo esté la función de recaudo y distribución de regalías y compensaciones.

Mientras las entidades departamentales no alcancen coberturas mínimas en indicadores de mortalidad infantil, cobertura básica de salud y educación, agua potable y alcantarillado, la entidad departamental correspondiente deberá asignar no menos del sesenta por ciento (60%) del total de sus regalías para estos propósitos. En el Presupuesto anual se separarán claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen a los sectores aquí señalados.

El Gobierno Nacional reglamentará lo referente a cobertura mínima.

Parágrafo 1º.- *Para los efectos de este artículo, también se tendrá como inversión las transferencias que hagan los departamentos de las participaciones de regalías y compensaciones a favor de los*

Consejos Regionales de Planificación Económica y Social, CORPES, o de la Entidad que los sustituya, y de los Fondos de Inversión Regional, FIR.

Parágrafo 2º.- *Continuarán vigentes todas las cesiones de participaciones a las entidades públicas que con arreglo a leyes, decretos y convenios anteriores, hubieren efectuado los departamentos y municipios.*

Parágrafo 3º.- *Para todos los efectos, la Contraloría General de la República ejercerá el control fiscal sobre estos recursos”.*

De donde se deduce con toda claridad que el 90% de las regalías debe destinarse a inversión en proyectos prioritarios, de acuerdo con los respectivos planes de desarrollo del departamento y según los parámetros fijados por la ley, y el 10 % a la interventoría técnica de esos proyectos, a fin de que se realicen adecuadamente.

La expresión “inversión” se encuentra definida de manera constante en los decretos de liquidación del presupuesto nacional que se expiden cada año.

En la actualidad, el decreto 4996 del 24 de diciembre de 2009, “Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2010, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos”, en el capítulo VI referente a la “Definición de los gastos”, define el concepto de “inversión” en estos términos:

“Artículo 38.- Las apropiaciones incluidas en el presupuesto para la vigencia fiscal de 2010 se definen en la siguiente forma: (...)

C. INVERSIÓN.

Son aquellas erogaciones susceptibles de causar réditos o de ser de algún modo económicamente productivas, o que tengan cuerpo de bienes de utilización perdurable, llamados también de capital por oposición a los de funcionamiento, que se hayan destinado por lo común a extinguirse con su empleo. Asimismo, aquellos gastos destinados a crear infraestructura social.

La característica fundamental de este gasto debe ser que su asignación permita acrecentar la capacidad de producción y productividad en el campo de la estructura física, económica y social.

Las inversiones que estén financiadas con recursos del crédito externo, para poder ejecutarse, deberán tener el recurso incorporado en el Presupuesto, tener aprobación de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional y someterse a los procedimientos de contratación administrativa”.

En contraste con el régimen de los gastos de inversión, la normatividad prohíbe expresamente a las entidades territoriales destinar las regalías distribuidas, al pago de gastos de funcionamiento, como pasa a analizarse.

3.4 La prohibición legal de destinar recursos de regalías al pago de gastos de funcionamiento

El artículo 3º de la ley 617 de 2000, “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupues-

to, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”, establece lo siguiente:

“Artículo 3º.- Financiación de gastos de funcionamiento de las entidades territoriales.- Los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo presuntivo y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas.

Parágrafo 1º.- Para efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, entendiéndose por estas las destinadas por ley o acto administrativo⁹⁷⁵ a un fin determinado.

Los ingresos corrientes son los tributarios y los no tributarios, de conformidad con lo dispuesto en la ley orgánica de presupuesto.

En todo caso, no se podrán financiar gastos de funcionamiento con recursos de:

a)⁹⁷⁶

b) La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación de forzosa inversión;

c) Los ingresos percibidos en favor de terceros que, por mandato legal o convencional, las entidades territoriales, estén encargadas de administrar, recaudar o ejecutar;

d) Los recursos del balance, conformados por los saldos de apropiación financiados con recursos de destinación específica;

e) Los recursos de cofinanciación;

f) Las regalías y compensaciones;

g) Las operaciones de crédito público, salvo las excepciones que se establezcan en las leyes especiales sobre la materia;

h)⁹⁷⁷

i) La sobretasa al ACPM;

j)⁹⁷⁸

k) Otros aportes y transferencias con destinación específica o de carácter transitorio;

l) Los rendimientos financieros producto de rentas de destinación específica.

Parágrafo 2º.- Los gastos para la financiación de docentes y personal del sector salud que se financien con cargo a recursos de libre destinación del departamento, distrito o municipio, y que generen obli-

975 La expresión “o acto administrativo” fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-579 del 5 de junio de 2001, “en el sentido de que sólo cobija aquellos actos administrativos válidamente expedidos por las corporaciones públicas del nivel territorial –Asambleas y Concejos–, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia”.

976 El literal a) fue declarado inexecutable en sentencia C-579/01 de la Corte Constitucional. Decía: “El situado fiscal”.

977 El literal h) es inexecutable, según sentencia C-579/01 de la Corte Constitucional. Decía: “Los activos, inversiones y rentas titularizadas, así como el producto de los procesos de titularización”.

978 El literal j) es inexecutable, por sentencia C-579/01 de la Corte Constitucional. Decía: “El producto de la venta de activos fijos”.

gaciones que no se extingan en una vigencia, solo podrán seguirse financiando con ingresos corrientes de libre destinación.

Parágrafo 3º.- *Los gastos de funcionamiento que no sean cancelados durante la vigencia fiscal en que se causen, se seguirán considerando como gastos de funcionamiento durante la vigencia fiscal en que se paguen.*

Parágrafo 4º.- *Los contratos de prestación de servicios para la realización de actividades administrativas se clasificarán para los efectos de la presente ley como gastos de funcionamiento⁹⁷⁹(Resalta la Sala).*

Resulta oportuno precisar que este artículo 3º tiene el carácter de norma orgánica de presupuesto, por ser uno de los artículos de la ley 617 que revisten dicho carácter, de acuerdo con el artículo 95 de la misma⁹⁸⁰.

Como se observa, el artículo 3º, literal f), de la ley 617 de 2000, prohíbe expresamente a las entidades territoriales financiar gastos de funcionamiento con recursos de las regalías y compensaciones, razón por la cual es claro que éstas no se pueden emplear para atender dicha clase de gastos.

El artículo 38 del decreto 4996 de 2009 de liquidación del Presupuesto General de la Nación para 2010 y de clasificación y definición de los gastos, define los gastos de funcionamiento en la siguiente forma y dentro de ellos como se puede apreciar, incluye los gastos de personal y la remuneración por hora cátedra. Dice así:

“Artículo 38.- *Las apropiaciones incluidas en el presupuesto para la vigencia fiscal de 2010 se definen en la siguiente forma:*

A. FUNCIONAMIENTO.

Son aquellos que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución Política y la ley.

1. Gastos de personal.

Corresponde a aquellos gastos que debe hacer el Estado como contraprestación de los servicios que recibe sea por una relación laboral o a través de contratos, los cuales se definen como sigue: (...)

1.2 Servicios Personales Indirectos (...)

Horas Cátedra

Se pagarán por este rubro, los profesores de cátedra u ocasionales que laboren en instituciones de educación superior a que se refieren los artículos 73 y 74 de la Ley 30 del 28 de diciembre de 1992. (...)."

979 El artículo 3º de la ley 617 de 2000 fue declarado exequible por la Corte Constitucional:

a) En sentencia C-540 del 22 de mayo de 2001 “por las razones expuestas en la parte motiva y exclusivamente por el cargo de violación de los requisitos constitucionales para la aprobación de leyes orgánicas”.

b) En sentencia C-579 del 5 de junio de 2001 salvo los literales a), h) y j) que se declararon inexecutable y con la observación que la expresión “o acto administrativo” del parágrafo 1º fue declarada exequible condicionalmente en la forma anotada.

c) En sentencia C-1112 del 24 de octubre de 2001 la Corte dispuso que se estuviera a lo resuelto en la sentencia C- 579/01 por los cargos allí analizados y declaró exequible este artículo “por el cargo de presunta violación del principio de igualdad”.

980 *Ley 617 de 2000.- “Artículo 95.- Normas orgánicas.-* Los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13, 14, 52, 53, 54, 55, 56, 89, 91, 92 y 93 son normas orgánicas de presupuesto”.

Cabe anotar que la Corte Constitucional declaró exequible este artículo mediante la sentencia C-540 de 2001.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-579 de 2001, declaró exequible el artículo 3º de la ley 617 de 2000, con las salvedades anotadas, y justificó la prohibición para las entidades territoriales, de atender gastos de funcionamiento con determinados recursos fiscales, entre ellos las regalías, que son diferentes de sus ingresos corrientes de libre destinación, en los siguientes términos:

“Para la Corte resulta claro, por ende, que existe un grave problema fiscal en las entidades territoriales, propiciado en gran parte por el crecimiento desmedido del gasto público, y específicamente, los gastos de funcionamiento. El proyecto busca imponer reformas fiscales que cambien la estructura ingreso-gasto en dichas entidades, favoreciendo el ahorro y la inversión pública.

En términos generales, y salvo las excepciones que abajo se precisan, puede afirmarse que las medidas adoptadas por el proyecto cumplen con los requisitos arriba trazados para ser declaradas exequibles. Ello, por dos motivos:

- Existe una grave crisis macroeconómica, que potencialmente se verá catalizada por la situación deficitaria de las entidades territoriales, cuya estructura de gastos es una de las fuentes directas de la situación; esta situación, que rebasa la esfera propia de los intereses exclusivos de las entidades territoriales, es la que se pretende conjurar con la medida nacional de limitación genérica del gasto, a través de normas orgánicas del presupuesto.

- Las normas acusadas establecen, entre otras, unas determinadas limitaciones sobre el uso que las entidades territoriales le pueden dar a sus recursos de fuente endógena; sin embargo, estas limitaciones son racionales (puesto que se dirigen a atacar la causa directa del problema que se ha identificado, a saber, el desbordamiento del gasto de funcionamiento de los entes territoriales, constituyendo así un medio eficaz para lograr el fin propuesto) y son proporcionadas (por cuanto los porcentajes de limitación del gasto varían de acuerdo con la categoría de la cual se trate, imponiendo los mayores costos sobre las entidades que mayores gastos generan, en términos cuantitativos, y porque se preserva un amplio margen de autonomía para la entidad respectiva en la destinación de los recursos con los que cuenta, garantizando al mismo tiempo un interés mayor de la colectividad nacional, sin que exista discriminación -puesto que es una medida general para todas las entidades territoriales- ni perjuicio injustificado para terceros -el cual, en caso de existir, habrá de ventilarse sobre una base casuística, y ante los tribunales u organismos competentes). Esto quiere decir que las medidas bajo examen, en general, busca combatir un desequilibrio entre los ingresos y los gastos de las entidades territoriales, estipulando que entre éstos factores debe existir una relación estable y armónica, en forma tal que los gastos permanentes de las entidades territoriales se puedan financiar con los ingresos corrientes o constantes con los que cuentan, evitando así futuros descalabros; por ello, son constitucionalmente aceptables”.

Por consiguiente, los departamentos pueden transferir recursos provenientes de regalías a las universidades públicas, únicamente para inversión en proyectos prioritarios contemplados en los planes de desarrollo de aquellos, con observancia de los porcentajes y condiciones fijados en el artículo 14 de la ley 141 de 1994 y normas concordantes, y en ningún caso para gastos de funcionamiento tales como el pago de docentes catedráticos y ocasionales.

Finalmente, en relación con el tercer interrogante, en cuyo texto se plantea que el pago de los docentes catedráticos y ocasionales de la Universidad de la Guajira podría

ser considerado “como inversión social, en los términos de la sentencia C-151 de 1995 que determina que el concepto de inversión social no se limita a la construcción de infraestructura física sino a los gastos necesarios para atender los derechos constitucionales de educación, salud y saneamiento básico”, la Sala observa lo siguiente:

1) La remuneración de docentes catedráticos y ocasionales de una universidad pública se encuentra incluida dentro de la definición de gastos de funcionamiento, establecida por el artículo 38 del decreto 4996 de 2009 y, por ende, tales erogaciones no hacen parte de los gastos de inversión que también define y delimita dicha norma, conforme se señaló anteriormente.

2) El artículo 3º de la ley 617 de 2000 establece expresamente la prohibición de emplear los recursos de las regalías para el pago de gastos de funcionamiento, prohibición de norma orgánica que lógicamente se debe aplicar, independientemente de criterios que asimilen, en alguna medida, conceptos económicos que tienen precisa definición legal.

3) De otro lado, no se presenta oposición con la noción de inversión social que se quiere plantear en la pregunta, puesto que el artículo 14 de la ley 141 de 1994 establece que el 90% de las regalías que reciban los departamentos se debe destinar a inversión en proyectos dirigidos, precisamente, a sectores de orden social como la salud, la educación, el agua potable, el alcantarillado, etc.

En conclusión, la Universidad de la Guajira no puede utilizar las regalías que le transfiera el Departamento para gastos de funcionamiento, representados en el pago de docentes catedráticos y ocasionales.

LA SALA RESPONDE:

1. Las entidades territoriales pueden transferir directamente a las universidades nacionales, departamentales o municipales, recursos de regalías para proyectos de inversión, contemplados en los planes de desarrollo de aquellas, siempre y cuando tales proyectos cumplan los porcentajes y requisitos fijados por los artículos 14 y 15 de la ley 141 de 1994.

2. Las universidades públicas no pueden destinar los recursos de regalías, provenientes de las entidades territoriales, al pago de gastos de funcionamiento sino únicamente a proyectos de inversión conforme a las normas antes citadas.

3. El Departamento de la Guajira puede transferir a la Universidad de la Guajira recursos de regalías únicamente para proyectos de inversión de conformidad con las normas citadas. La Universidad de la Guajira no puede destinar tales recursos al pago de docentes catedráticos y ocasionales, pues este concepto constituye gastos de funcionamiento.

Transcribese a la señora Ministra de Educación Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

9. Enajenación accionaria entre órganos estatales y venta de activos estatales distintos a acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones. Ley 226 de 1995**Radicado 2002**

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 2010/10/07

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 2-2010-35143 del 19 de noviembre de 2010

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, consultó a la Sala sobre el alcance del artículo 23 de la ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999, respecto de los procesos de enajenación accionaria entre órganos estatales y la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones.

Ubica el objeto de la consulta en lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política y la ley 226 de 1995⁹⁸¹, mencionando de esta manera las reglas que rigen los procesos de enajenación de la propiedad accionaria estatal (democratización accionaria) y las etapas que deben surtirse. Igualmente cita el artículo 4 de la ley 226 relativo al principio de salvaguarda del patrimonio público en esos procesos, y la sentencia C – 028 de 1995 emanada de la Corte Constitucional, que explica ese principio.

Posteriormente alude al campo de aplicación del procedimiento establecido en la ley 226 de 1995 y a las operaciones excluidas, citando los artículos 1 y 20 ibídem. Respecto a esta última norma indica que regula dos eventos, a saber: i) enajenación de acciones entre órganos estatales y, ii) enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones.

Respecto al primer evento sostiene, con base en la sentencia C – 037 de 1994, que por privatización se entiende el proceso relativo a la transferencia de toda o parte de la propiedad de una empresa del sector público al sector privado, dentro de una estrategia dirigida a mejorar la productividad de la inversión económica, con menores costos, y a reducir el tamaño del Estado especializándolo en aquellas áreas de importancia para el interés general.

En este sentido, cita la sentencia C – 392 de 1996 de la Corte Constitucional e indica que en esa providencia se definió el alcance de la exclusión de las operaciones que implican la enajenación accionaria entre órganos estatales.

Ahora, en cuanto a la enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sostiene que el artículo 20 de ley 226 de 1995 excluye de forma expresa del alcance y campo de aplicación de esa norma la venta de dicha clase de activos; tal enajenación sólo se sujeta a las reglas generales de contratación. La exclusión se encuentra justificada en que el procedimiento previsto en la ley 226 de 1995 únicamente opera cuando se trata de procesos de privatización que involucren la propiedad accionaria estatal, citando al efecto la sentencia C – 392 de 1996.

981 “Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”.

Por otra parte, sostiene que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la doctrina de esta Sala (concepto 1812 del 23 de abril de 2007), enseña que cuando se trate de la venta de activos que **equivalga** a la enajenación de la participación del Estado en una empresa, habrá de aplicarse el mecanismo de ofrecimiento preferencial a los trabajadores previsto en el artículo 60 de la Carta y el régimen legal que lo desarrolla, esto es, la ley 226 de 1995.

Finalmente, alude al tema de la transferencia del 10% del producto neto de la enajenación señalado en el artículo 23 de la ley 226 de 1995, con la modificación prevista en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999. Respecto de la interpretación de las mencionadas normas cita extensamente el concepto 1812 de 2007, arriba mencionado, sobre la destinación de los recursos originados en la enajenación de ECOGAS.

Con base en las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional ha adelantado procesos de enajenación de participación accionaria estatal, así como de algunos activos de la Nación de acuerdo con los términos del artículo 20 de la ley 226 de 1995, solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil absolver los siguientes interrogantes:

1. “¿Es jurídicamente viable aplicar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado mediante el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación accionaria que se realicen entre órganos estatales en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 226 de 1995?”

2. ¿Es jurídicamente viable aplicar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado mediante el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995, aún cuando el comprador tenga o no naturaleza pública?”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Objeto de la consulta y metodología para su solución

De conformidad con los antecedentes expuestos y las preguntas formuladas, el objeto de la presente consulta se centra en dilucidar si el artículo 23 de la ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999, es aplicable respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales, y a la enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, bien sea que se realice entre órganos estatales, o cuando el comprador no tenga esa naturaleza.

Para resolver la consulta la Sala hará mención inicialmente al concepto 1812 de 2007, para luego analizar: *i)* el campo de aplicación del artículo 60 de la Constitución Política y de la ley 226 de 1995; *ii)* la operación de privatización como fuente de los recursos cuyo destino está regido por la ley, y *iii)* los casos de enajenación que se encuentran excluidos

de las previsiones constitucionales y legales antes mencionadas, en especial las operaciones que originan esa exclusión.

2. Interpretación del numeral 4° del artículo 2 de la ley 549 de 1999, en relación con el artículo 23 de la ley 226 de 1995

La Sala interpretó la destinación y forma de cálculo del recurso previsto en las mencionadas disposiciones en el concepto 1812 del 23 de abril de 2007, criterio que se reitera a continuación.

Con el fin de facilitar la comprensión de lo que se expone enseguida, se procede a transcribir en lo pertinente, el artículo 23 de la ley 226 de 1995 y el numeral 4° del artículo 2° de la ley 549 de 1999:

*Ley 226 de 1995*⁹⁸²:

“Artículo 23. El 10% del producto neto de la enajenación de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de las correspondientes a las entidades financieras, se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen”.

*Ley 549 de 1999*⁹⁸³:

“Artículo 2º. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos (...)

4. El diez por ciento (10%) de los recursos provenientes de privatizaciones nacionales en los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, los cuales se distribuirán por partes iguales entre el municipio, departamento y distrito, si fuere el caso, en el cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen...”. (Resalta la Sala).

Dijo la Sala en el concepto 1812 que entre las normas que vienen de copiarse existían diferencias fundamentales, por lo que era fácil pensar que la segunda, por ser posterior, derogó la dictada en 1995. Sin embargo, dado que en la segunda se hace una remisión a la primera de las transcritas, se evidencia la decisión del legislador de mantener vigente, al menos parcialmente, la primera de ellas, y por lo mismo, que su voluntad se limitó a establecer algunas modificaciones a lo existente, sin que implique su total sustitución.

En la exposición de motivos para el primer debate del proyecto de ley 62 de 1999 –Senado-, que después sería la ley 549 de 1999, se lee que solamente se buscaba cambiarle la destinación de los recursos de que trata el artículo 23 de la ley 226 de 1995, de manera que en vez de invertirlos en proyectos de desarrollo regional, sirvieran para financiar el

982 “por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la participación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial 42.159 de diciembre 21 de 1995.

983 “por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional”. Publicada en el Diario Oficial 43.836 de diciembre 30 de 1999.

pasivo pensional de las entidades territoriales, conservando la definición de tales recursos, para lo cual utilizó la expresión en *“los términos del artículo 23 de la Ley 226 de 1995”*⁹⁸⁴.

Estimó la Sala en el citado concepto, que se reitera, que el destino de los recursos es exclusivamente el de servir para el pago de los pasivos pensionales de las entidades territoriales. Ahora bien, como la primera frase del numeral 4° se refiere al 10% de *los recursos provenientes de privatizaciones nacionales* sin mencionar que se trata del *producto neto* de las mismas, se planteó si derogó la forma de cálculo del recurso, es decir, la duda consistía en si el 10% debe calcularse sobre los recursos o sobre el producto neto de la enajenación.

La Sala afirmó que teniendo en cuenta la intención declarada por el legislador en la exposición de motivos, y además la remisión que hace el numeral 4° del artículo 2° a los *“términos del artículo 23 de la ley 226 de 1995”*, entendía que el numeral 2° no varió ninguno de los elementos del recurso definido por el artículo 23 de la ley de 1995, de manera que lo que debe aplicarse al pasivo pensional es el *“producto neto* de la enajenación realizada, y no, como pudiera pensarse sin tener en cuenta estos elementos de juicio, que se trata de imputar al pasivo pensional la totalidad del valor de esa enajenación.

Ahora, en cuanto la locución *“privatizaciones”* prevista en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999, referente a la operación que da origen a los recursos cuyo destino prevé esa norma, es preciso manifestar que aquella no fue objeto concreto de interpretación en el concepto 1812 de 2007, motivo por el cual la Sala estima, de conformidad con los antecedentes y preguntas formuladas en la presente oportunidad, que debe dilucidar su alcance en el contexto del artículo 60 C.P. y la ley 226 de 1995, según la metodología propuesta que se desarrolla a continuación.

3. Ámbito de aplicación del artículo 60 de la Constitución Política y de la ley 226 de 1995

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha interpretado⁹⁸⁵ que el artículo 60 C.P. establece el deber estatal de promover el acceso a la propiedad⁹⁸⁶ y prevé directamente un mecanismo específico tendiente a lograr la democratización de la propiedad estatal cuando se enajena su participación en una empresa, adoptando medidas que permitan el ofrecimiento de condiciones especiales de acceso a dicha propiedad a favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias.

La Constitución asignó al legislador la función de reglamentar la materia, la cual fue ejercida con la expedición de la ley 226 de 1995, disponiéndose lo siguiente: *i) campo de*

984 Exposición de motivos. Proyecto de ley No. 62 de 1999 Senado, Gaceta del Congreso No. 241, página 24. “El proyecto de ley que se somete a consideración del honorable Congreso prevé la destinación de una serie de recursos para generar las reservas y cubrir las obligaciones pensionales en un plazo máximo de treinta años. Dichos recursos son tanto de carácter territorial como de carácter nacional. En cuanto a las entidades territoriales, es importante destacar que el proyecto no implica privarlas de determinados recursos que le corresponden, sino de orientar algunos de ellos a la financiación de su pasivo pensional con el apoyo de la Nación”.

985 Cfr., entre otros, los conceptos 1271 de 2000, 1513 de 2003 y 1827 de 2007.

986 Dispone el artículo 60 de la Constitución Política: “El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.// Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.”

aplicación (art. 1°); *ii*) principios que rigen la enajenación de la participación estatal: democratización, preferencia, protección del patrimonio público y continuidad del servicio (arts. 2 a 5°); *iii*) procedimiento especial que debe seguirse y las actuaciones administrativas que deben cumplirse en los distintos órdenes administrativos (art. 6° a 13 y 17), y *iv*) normas de exclusión, disposiciones sobre el tratamiento presupuestal y destinación de los recursos producto de la enajenación (art. 18 a 23).

Con respecto al ámbito de aplicación, el artículo 1° de la ley 226 de 1995 determina lo siguiente:

“Artículo 1o. Campo de aplicación. *La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa.*

La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público.

Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.”. (Subraya la Sala).

Esta norma establece que el régimen de enajenación previsto en la ley 226 se aplica, en concordancia con lo ordenado en el artículo 60 de la C.P., a los procesos de democratización consistentes en transferir a los particulares la participación estatal en una empresa. Esta es la doctrina sostenida por la Sala en los conceptos 1271 de 2000 y 1513 de 2003, al acoger lo dispuesto en la sentencia C- 037 de 1994 de la Corte Constitucional que en lo pertinente afirmó:

“Puede concluirse entonces, que la ‘democratización’, según la Carta, constituye una estrategia del Estado en desarrollo de la cual, se busca facilitar, dentro de los procesos de privatización, el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias, al dominio accionario de las empresas de participación oficial, otorgándoles para tal fin, ‘condiciones especiales’ que les permitan lograr dichos objetivos. Como resultado de tal estrategia tiene que alcanzarse el crecimiento y consolidación de las organizaciones solidarias, multiplicar su participación en la gestión empresarial nacional (arts. 57, 58 y 333), y por contera, reducir el tamaño de la concentración del dominio empresarial, que tradicionalmente ha constituido una forma de obstaculizar la democratización de la propiedad.

Como es conocido, por ‘privatización’, se entiende el proceso relativo a la transferencia de toda o parte de la propiedad de una empresa del sector público al sector privado, dentro de una estrategia dirigida a mejorar la productividad de la inversión económica, con menores costos, y reducir, por otra parte, el tamaño del Estado especializándolo en aquellas áreas de importancia para el interés general”⁹⁸⁷. (Ibidem).

De esta manera, tanto la regla del inciso segundo del artículo 60 de la C.P. como la ley 226 de 1995 que lo desarrolla, no son aplicables a toda clase de enajenaciones que

987 En el mismo sentido se pronuncian las sentencias C-211 de 1994, C-028 de 1995, C-392 y C-632 de 1996, de la Corte Constitucional.

realice el Estado de su patrimonio, sino que tienen su ámbito restringido a los procesos de privatización, los cuales consisten en transferir del sector público al sector privado la participación estatal en una empresa⁹⁸⁸.

En consecuencia, es en ese contexto que debe interpretarse la locución “*privatizaciones*” prevista en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 549 de 1999, y el artículo 23 de la ley 226 de 1995, referente a la operación que da origen a los recursos cuyo destino prevé esa norma.

4. La operación de privatización como fuente de los recursos cuyo destino está regido por la ley.

El numeral 4° del artículo 2 de la ley 549 de 1999 y el artículo 23 de la ley 226 de 1995, establecen la destinación que debe dársele “*a los recursos provenientes de privatizaciones nacionales*”, cuya fórmula de cálculo se define en esas normas y fue interpretada por la Sala en el concepto 1812 de 2007.

De esta manera es claro que la operación de “*privatización*”, entendida como aquellos procesos cuyo fin consiste en transferir del sector público al sector privado la participación estatal en una empresa, dentro del marco de una estrategia de “*democratización*” de la propiedad estatal, constituye la fuente originaria de los recursos cuya destinación está prevista en las normas citadas.

Y para que la operación de privatización se materialice será necesaria la realización de un proceso de enajenación que, una vez perfeccionado, permita contar con los recursos presupuestales correspondientes, tal como lo dispone el artículo 4 de la ley 226 de 1995:

“Artículo 4. La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del balance en que se constituye el producto de esta enajenación, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo para cumplir los planes de desarrollo...”

De esta manera, los recursos de la privatización sólo se pueden constituir con el producto de la enajenación, es decir, con los ingresos resultantes de la misma, ya que éste es el significado de la locución “*producto*”: “...3. Caudal que se obtiene de una cosa que se vende, o el que ella reditúa.”⁹⁸⁹

Ahora, dado que en la consulta se pregunta fundamentalmente por la destinación que debe dársele a los recursos provenientes de: i) la enajenación accionaria que se realicen entre órganos estatales, y ii) la enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995, le corresponde a la Sala analizar si las mismas constituyen una operación de privatización.

988 En el Concepto No 1513 de 2003 se dijo: “Resulta claro entonces, que la enajenación de la participación del Estado en el capital social de las empresas, en condiciones especiales a los trabajadores y a las organizaciones solidarias y sindicales, se refiere a acciones o a cuotas o partes de interés, conforme al artículo 60 de la Constitución y la ley 226 de 1995 que regula el procedimiento para ello”, tesis reiterada en los conceptos 1812 y 1827 de 2007.

989 Diccionario de la Lengua Española.

5. Operaciones excluidas de lo previsto por el artículo 60 de la Constitución Política y la ley 226 de 1.995.

Según se ha dicho en párrafos anteriores, no todas las enajenaciones que realice el Estado de su patrimonio se sujetan a lo dispuesto en el artículo 60 de la C.P. y la ley 226 de 1995. Esta Sala en el concepto 1827 de 2007, identificó aquellas enajenaciones a las cuales no se aplica dicho régimen, así:

- a) Las correspondiente a la participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según lo dispone el artículo 18 de la ley 226⁹⁹⁰;
- b) Las de acciones de los fondos ganaderos (art. 22, ibidem);
- c) Las que se realizan entre órganos estatales, y
- d) Las de activos distintos de acciones o bonos convertibles en acciones (las dos últimas con base en el artículo 20 de la ley 226).

Comoquiera que las operaciones señaladas en los literales c) y d) son objeto de consulta, la Sala se referirá específicamente a ellas.

5.1. La exclusión prevista en el artículo 20 de la ley 226 de 1995

Dicha norma es del siguiente tenor:

“Artículo 20.- La enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta Ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes. Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sólo se sujetará a las reglas generales de contratación”. (Resalta la Sala).

Resulta oportuno acotar que en el trámite del proyecto que se convertiría en la ley 226 de 1995, se introdujo el texto de lo que posteriormente sería el artículo 20, y éste fue aprobado sin que se hubiera dado mayor explicación o debate respecto de esta norma⁹⁹¹.

Como toda norma jurídica, en el artículo 20 transcrito se identifica el supuesto normativo o hipótesis y la consecuencia jurídica⁹⁹², a saber:

990 El artículo 18 prevé: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, cuando se trate de la enajenación de participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras, se aplicarán las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.”

991 En efecto, en el Acta No. 36 de la sesión plenaria del H. Senado del viernes 15 de diciembre de 1995, en la deliberación del proyecto de ley No. 150/95 Senado – 217/95 Cámara, se lee: “Por Secretaría se da lectura a un artículo nuevo. Sigue un artículo nuevo. “La enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta ley, sino que para este efecto se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa, así mismo la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, sólo se sujetarán a las reglas generales de la contratación” (Gaceta del Congreso No. 481/95, pág. 57).

Y luego siguen las intervenciones de un Senador y el Ministro de Hacienda sin que expliquen este artículo, el cual es aprobado como el número 19 del proyecto (Texto definitivo aprobado en plenaria del Senado, Gaceta del Congreso No. 475/95, pág. 24), siendo finalmente el artículo 20 de la ley (Informe de Conciliación, Gaceta del Congreso No. 503/95, pág. 5).

992 El supuesto jurídico es la “hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias jurídicas establecidas por la norma. La citada definición revela el carácter necesario del nexo entre la realización de la hipótesis y los deberes y derechos que el precepto respectivamente impone y otorga. Las consecuencias a que da origen la producción del supuesto pueden consistir en el nacimiento, la

a) *enajenación accionaria entre órganos estatales*: La consecuencia jurídica es que se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes, por expreso mandato del artículo 20 de la ley 226.

De esta manera, se establece la inaplicabilidad del procedimiento especial previsto en la ley 226. Ello no es más que la reiteración de lo dispuesto en los artículos 60 de la C.P. y 1 de la ley 226 de 1995, en el sentido de que esas normas sólo cubren los procesos de privatización, consistentes en transferir del sector público al sector privado la participación estatal en una empresa, circunstancia que evidentemente no se verifica cuando la operación se da entre órganos estatales, tal como lo ha manifestado la Sala en oportunidades anteriores al acoger lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 392 de 1996, cuando concretamente señaló:

*“(...) la Corte considera que tiene perfecto sustento constitucional la primera parte del artículo acusado (20 de la ley 226), según la cual la enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales está excluida del régimen especial de derecho preferencial a favor de trabajadores y organizaciones solidarias y se rige por las reglas de contratación administrativa vigente. En efecto, cuando una entidad estatal enajena sus acciones a otra entidad de la misma naturaleza, entonces **no hay, en sentido estricto, una privatización, pues no hay transferencia de propiedad del sector público al sector privado.** Es pues perfectamente razonable que estas situaciones se regulen por la ley administrativa” (Resalta la Sala).*

Puede concluirse entonces, como ya lo había sostenido la Sala en el concepto 1921 de 2008, que cuando se enajenan acciones entre órganos estatales no se presenta un proceso de privatización dentro de una estrategia de democratización de la propiedad accionaria, que es la materia objeto de regulación de la ley 226, sino que se trata de una negociación entre tales órganos y, por tanto, como las acciones no salen del ámbito estatal, ni las sociedades de su control, resulta pertinente que tal operación se rija por la normatividad de contratación administrativa vigente⁹⁹³

b) *Venta de activos estatales, distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones*: La consecuencia es que se *sujeta a las reglas generales de contratación*, lo que significa que tampoco se aplica el procedimiento previsto en la ley 226 de 1995. Su fundamento es que el artículo 60 C.P. sólo cubre los procesos de privatización, y no a toda clase de enajenaciones que realice el Estado en su patrimonio, como lo indicó la Corte Constitucional en las sentencias C – 392 y C – 632 de 1996.

Técnicamente, la Contaduría General de Nación entiende por activos los recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluyan un potencial de servicios o beneficios

transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones”. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. S.A., México. Trigésimo segunda edición, 1980. Pág. 172 y s.s. (Subraya la Sala).

993 En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Primera del Consejo de Estado, cuando sostuvo: “Esta norma constitucional (se refiere al artículo 60) fue desarrollada por la Ley 226 de 20 de diciembre de 1.995, la cual en su artículo 1º establece que dicha Ley se aplica a la enajenación total o parcial en favor de particulares. De tal manera que la obligación contenida en el precepto constitucional antes señalado y en el artículo 3º de la referida Ley es, como lo anotó el a quo, en el evento de que desaparezca la participación del Estado en alguna empresa o entidad, dando lugar a la privatización de la misma, mas no, como en este caso, cuando la enajenación está autorizada en favor de una entidad que no tiene el carácter de particular, como lo es TELECOM”. Auto del 31 de julio de 1997, Radicación No. 4564. C.P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. Estos recursos, tangibles e intangibles, se originan en las disposiciones legales, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos financieros, económicos, sociales y ambientales de la entidad contable pública. Desde el punto de vista económico, los activos surgen como consecuencia de transacciones que implican el incremento de los pasivos, el patrimonio o la realización de ingresos. También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno.⁹⁹⁴

b1) Cuando la venta de activos estatales *corresponde a acciones o bonos convertibles en acciones*, la consecuencia es que si la venta se realiza *a favor de particulares*, se estará frente a una *privatización* en los términos explicados en este concepto y habrá de aplicarse el mecanismo de ofrecimiento preferencial a los trabajadores previsto en el artículo 60 de la Carta y el régimen legal contenido en la ley 226, por expresa disposición del artículo 1 de la ley 226. (Punto 2 de este concepto).

Si la venta de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones se realiza entre entidades públicas, se estará en la hipótesis prevista en el literal a), por lo cual se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes.

Las anteriores hipótesis son las que se derivan directamente del texto del artículo 20 de la ley 226 de 1996. No obstante, del juicio de constitucionalidad adelantado por la Corte Constitucional sobre dicha disposición que condujo a la expedición de la sentencia C – 392 de 1996, declarando su exequibilidad condicionada, surge una nueva en los siguientes términos:

c) Venta de activos estatales, distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995:

El fundamento de esta hipótesis es el siguiente en los términos de la citada sentencia:

“8- De otro lado, si bien la venta de activos estatales no está sujeta al derecho de preferencia del inciso segundo del artículo 60 de la Carta, pues una cosa es la venta de propiedad accionaria y otra la venta de activos estatales, la Corte recuerda que en anteriores decisiones ya había establecido que esa distinción debe ser interpretada y aplicada ‘con prudencia’. En efecto, la Corte ha señalado que pueden presentarse ‘situaciones límite’, en las que ‘al socaire de una aparente venta de activos de una empresa estatal, en el fondo, se lleve a cabo la enajenación de su participación, sustrayendo por esta vía a los trabajadores y organizaciones solidarias la posibilidad que les depara la norma constitucional. Es evidente que en estos eventos, a los cuales se refiere la sentencia anterior de esta Corte, la distinción carece de sustento y no podrá formularse. El examen de la realidad de una particular negociación, deberá hacerse caso por caso’.

Lo anterior significa entonces que la norma es exequible en el entendido de que ella es ejercida para la venta de activos estatales, y no para que se encubra la enajenación de la participación del Estado en una empresa bajo la forma de venta de activos, pues de ser así, estaríamos en frente de una clásica desviación de poder que implica la posibilidad de que se anule lo actuado. Sin embargo, esa eventualidad,

994 Contaduría General de la Nación. Diccionario de Contabilidad Pública. www.contaduria.gov.co. Consultado el 1 de septiembre de 2010.

señalada por el actor y reconocida por la Corte, no implica en manera alguna la inconstitucionalidad de una regulación que, en sí misma considerada, se ajusta perfectamente a la Carta.” (Destaca la Sala, notas al pie suplidas)

De esta manera, cuando la venta de activos *equivalga* a la enajenación a favor de particulares de la *participación* del Estado en una empresa, habrá de aplicarse el mecanismo de ofrecimiento preferencial a los trabajadores previsto en el artículo 60 de la Carta y el régimen legal contenido en la ley 226 de 1995, de acuerdo a la decisión de exequibilidad condicionada que acaba de citarse, es decir, se estará frente a una *privatización* en los términos de esas normas.

Cuando la venta de activos *equivalga* a la enajenación de la *participación* del Estado en una empresa y esta operación se realiza entre órganos del Estado, la consecuencia jurídica es la prevista en el literal a), esto es, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes, toda vez que esa enajenación no constituye una privatización.

En consideración a lo anteriormente expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, RESPONDE:

1. “¿Es jurídicamente viable aplicar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado mediante el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación accionaria que se realicen entre órganos estatales en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 226 de 1995?”

Los procesos de enajenación accionaria que se realicen entre órganos estatales no constituyen una *privatización* en los términos del artículo 60 de la Constitución Política y ley 226 de 1995 y, por tanto, no le son aplicables, el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, en lo relativo a la destinación de los recursos allí prevista.

2. ¿Es jurídicamente viable aplicar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado mediante el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, respecto de los recursos provenientes de los procesos de enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de 1995, aún cuando el comprador tenga o no naturaleza pública?”

La enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo con la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución Política y en la Ley 226 de 1995, esto es, cuando la operación **equivalga** a la enajenación a favor de particulares de la **participación** del Estado en una empresa, corresponderá a una **privatización** y, en consecuencia, le será aplicable el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, en lo relativo a la destinación de los recursos allí prevista.

Cuando la enajenación de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, que de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional se sometan al régimen consagrado en el artículo 60 de la Constitución y en la Ley 226 de

1995, esto es, **equivalga** a la enajenación de la **participación** del Estado en una empresa y esa operación se realice entre órganos del Estado, no se estará en presencia de una *privatización*, por lo que no le será aplicable el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, modificado por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 549 de 1999, en lo relativo a la destinación de los recursos allí prevista.

Por Secretaría transcríbase al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

10. Regalías y compensaciones. Tularidad del Estado. Derecho de participación de las entidades territoriales. Rendimientos financieros y su titular

Radicado 2010 y 2035 (Acumulados)

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2010/10/07

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 2-2010-35144 del 19 de noviembre de 2010

El señor Director General del Departamento Nacional de Planeación, doctor Esteban Piedrahita Uribe, consultó sobre la “eventual causación y beneficiario de los rendimientos financieros generados por los recursos de la participación en regalías y compensaciones, durante el lapso de vigencia de la medida preventiva o correctiva de suspensión de giros, impuesta por el Departamento Nacional de Planeación a una entidad beneficiaria de dichos recursos.”

La consulta analizó la naturaleza jurídica de las regalías a la luz de los artículos 332, 360 y 361 de la Constitución Política, del artículo 227 de la ley 685 de 2001, actual Código de Minas, y de algunos pronunciamientos jurisprudenciales; describió el procedimiento para el recaudo, la liquidación y el giro de las regalías causadas por la explotación de hidrocarburos, minerales y materiales de construcción; identificó a las autoridades competentes en cada una de esas actividades; y detalló las funciones de control y vigilancia originalmente asignadas a la Unidad Administrativa Especial – Comisión Nacional de Regalías y que ahora corresponden al Departamento Nacional del Planeación.

También se refirió a la suspensión de los desembolsos a las entidades territoriales como medida preventiva o correctiva prevista en los artículos 10, 26 y 32 de la ley 141 de 1994, para asegurar la correcta utilización de las regalías y compensaciones; y con fundamento en la sentencia C-567 de 1995⁹⁹⁵ reafirmó la competencia del Departamento Nacional de Planeación en sustitución de dicha Comisión para el ejercicio de esas funciones.

995 La sentencia C-567-95 declaró exequible el artículo 7º de la ley 141 de 1994, que reguló las funciones de control, asignándolas a la Comisión Nacional de Regalías.

La consulta concluyó que las regalías no son propiedad de las entidades territoriales porque el derecho que éstas tienen sobre aquéllas es de participación, en la forma que lo determine la ley, por lo cual el derecho se configura como una obligación a favor de las entidades territoriales y las causales de suspensión de los giros se constituyen en condiciones suspensivas que enervan su exigibilidad.

Así mismo la consulta expresó: "...la suspensión de giros de regalías, obedece al incumplimiento de requisitos a los que se encuentran obligadas las entidades beneficiarias... (entonces) la causación de rendimientos en su favor, sería una vulneración del principio general de derecho *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*"; agregó que mientras en materia mercantil los intereses se presumen, en materia civil deben pactarse entre las partes o estar previstos en la ley y ninguna de esas situaciones se da respecto de las regalías; también citó los apartes del pronunciamiento emitido por esta Sala para dirimir el conflicto de competencias administrativas surgido entre el Ministerio de Minas y Energía y el Departamento Nacional de Planeación, a propósito de un derecho de petición de reconocimiento de los rendimientos causados durante la suspensión de unos giros de regalías, en el cual se dijo que como las normas especiales no los contemplan, los rendimientos podrían tener como soporte legal el mandato de inversión de los excedentes de liquidez de que trata el decreto 1525 de 2008, que obliga a los órganos y entidades sujetos al Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional.

Aclaró que en el caso de suspensión preventiva o correctiva del giro de regalías y compensaciones, "es evidente que no procede pacto alguno entre la entidad beneficiaria objeto de la suspensión y el DNP, que regule la causación y pago de intereses... [y] no existe disposición que contemple o prevea que el valor de los giros suspendidos a las entidades beneficiarias una vez levantada la suspensión, se realice actualizando su valor, o reconociendo intereses remuneratorios a favor de las entidades receptoras de los mismos"; y anotó que como la suspensión excluye la mora de la entidad recaudadora en el giro de las regalías, tampoco se causarían intereses moratorios.

Entonces, formuló las siguientes preguntas:

"1. En los eventos en que el legislador previó que la autoridad encargada del control y vigilancia (Comisión Nacional de Regalías y Departamento Nacional de Planeación), adopte como medida preventiva o correctiva la suspensión de giros de regalías, **¿los recursos suspendidos** generan rendimientos financieros? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál es la entidad beneficiaria de los rendimientos financieros generados durante la suspensión?"

"2. Si se concluye la causación de rendimientos financieros, al tenor del artículo 361 constitucional, ¿deben éstos destinarse al Fondo Nacional de Regalías por ser ésta la entidad que a nombre del Estado es la beneficiaria de los recursos no asignados a los departamentos y municipios?"

Encontrándose en estudio de esta Sala la consulta que se ha dejado reseñada, se recibió comunicación del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Oscar Iván Zuluaga, solicitando incluir un pronunciamiento sobre los rendimientos financieros de los recursos provenientes de regalías que deben destinarse al FONPET, con base en los artículos 2º, numeral 3º, de la ley 549 de 1999 y 48 de la ley 863 del 2003.

Explicó que el decreto 1760 del 2003 ordenó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos “recaudar las regalías y compensaciones monetarias que correspondan al Estado por la explotación de hidrocarburos, y girar a las entidades con derecho a ellas tales recursos”; que los recursos así recaudados “son invertidos en inversiones transitorias mientras se transfieren al FONPET de acuerdo con las disposiciones vigentes”; y que el artículo 56 de la ley 141 de 1994, ordenó el giro a las entidades beneficiarias y al Fondo Nacional de Regalías dentro de los 10 días siguientes al recaudo y previó que las participaciones correspondientes a los demás departamentos y municipios “irán en calidad de depósito al Fondo Nacional de Regalías para que la Comisión dentro de los diez (10) días siguientes a su recibo, les de la asignación y distribución establecidas en la presente Ley.”

También citó los conceptos emitidos por esta Sala bajo las radicaciones 906 de 1996 y 1881 del 2008, en el sentido de que *por rendimientos financieros deben entenderse los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses) y que los rendimientos financieros pertenecen al dueño del capital, de manera que si éste es de la Nación, al producirse tales rendimientos acrecen al Tesoro Nacional, y si es de un establecimiento público, al de éste.* Y preguntó:

“¿A quién pertenecen los rendimientos financieros obtenidos por la ANH en la gestión transitoria de los recursos de regalías, mientras se realiza su transferencia al FONPET? ¿A la ANH o a las entidades territoriales beneficiarias?”

Para responder la Sala CONSIDERA:

La Constitución de 1991 introdujo el concepto de Estado para enunciar el conjunto de autoridades y entidades públicas del nivel nacional y del nivel territorial, en consonancia con el régimen de república unitaria y descentralizada, que reconoce un grado de autonomía a las divisiones territoriales determinado por los elementos específicos señalados en el artículo 287 y sin perjuicio de su sujeción a la Constitución y a la ley.

Esa noción de Estado es de especial interés para el presente estudio puesto que por disposición constitucional y salvo derechos adquiridos es el único propietario del subsuelo, de los recursos naturales no renovables y de las contraprestaciones económicas que la explotación y el transporte de éstos o de sus productos debe generar.

Partiendo del derecho de propiedad, exclusivo del Estado, se precisará la naturaleza de los derechos que sobre las regalías y compensaciones ordena la Constitución reconocer a las entidades territoriales, y así podrá establecerse la titularidad de los rendimientos que dichas contraprestaciones puedan generar en las situaciones que plantean las dos consultas elevadas a la Sala.

a. El concepto de Estado

La jurisprudencia constitucional, con apoyo en las ponencias y debates dados en la Asamblea Nacional Constituyente en particular respecto de los mandatos que se contendrían en los artículos 332 y 360, ha observado que:

“... en nuestro orden constitucional la palabra ‘Estado’ no se refiere exclusivamente a la Nación sino que se emplea en general para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios

*estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales... cuando la Carta se refiere al Estado, y le impone un deber, o le confiere una atribución, debe entenderse prima facie que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales...*⁹⁹⁶

b. Los derechos sobre los recursos naturales no renovables y las contraprestaciones causadas por su explotación y transporte, en la Constitución Política

Por expresa disposición de los artículos 332 y 360, inciso segundo, de la Constitución, el Estado es el titular de un derecho de propiedad sobre el subsuelo, los recursos naturales no renovables y las contraprestaciones que por mandato constitucional se causan a su favor por razón de la explotación y el transporte de esos recursos naturales.

También el artículo 360 en su inciso primero ordena que la ley determinará los derechos de las entidades territoriales sobre los recursos naturales no renovables y en su inciso tercero estatuye que los departamentos y los municipios donde se exploten los recursos y los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten los mismos o sus productos, tienen un derecho “a participar” de las contraprestaciones económicas causadas en razón de la producción o el transporte.

A su vez, el artículo 361 constitucional ordena la creación de un Fondo Nacional de Regalías con destinación a las entidades territoriales para aplicar a unas actividades específicas relativas a la minería, la preservación del ambiente y los proyectos de inversión que se definan como prioritarios en sus planes de desarrollo.

Dicen los preceptos constitucionales:

Artículo 332:

“El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.”

Artículo 360:

“La ley determinará las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.

“La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

“Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones.”

Artículo 361:

“Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación

996 Cfr., v.gr., sentencias C-221-97 y C- 628-03.

del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.”

La jurisprudencia constitucional ha sido constante en su criterio de interpretación acerca de las razones por las cuales la Constitución de 1991 introdujo el concepto de Estado en el tema de las regalías y al respecto es pertinente la siguiente cita:

“Esta introducción de la palabra Estado tiene además, en materia de regalías, una finalidad clara pues quiere prevenir dos riesgos opuestos. De un lado, los constituyentes pretendieron evitar la centralización nacional de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, ya que una tal concentración les parecía incompatible con el espíritu descentralizador de la Carta, pues las regalías eran consideradas uno de los instrumentos más importantes para fortalecer los fiscos de las entidades territoriales. Por ello se trataba de evitar que la Nación se reservara para sí el producto de las regalías (...).

“De otro lado, la regulación constitucional aprobada en la Asamblea también pretende evitar el riesgo inverso, esto es, que el producto de las regalías sea exclusivo de aquellos municipios o departamentos que, por una casualidad de la naturaleza, tuvieron la fortuna de contar con una riqueza natural, ya que esto es incompatible con la equidad y el logro de un desarrollo regional equilibrado (...).

“14- Conforme a lo anterior, es claro que la Asamblea Constituyente evitó atribuir a la Nación la propiedad de los recursos no renovables, para evitar la centralización de sus beneficios, pero que tampoco quiso, por razones de equidad y de equilibrio regional, municipalizarlos o atribuir su propiedad a los departamentos. En ese orden de ideas, resulta perfectamente lógico que la titularidad de tales recursos y de las regalías que genera su explotación sea de un ente más abstracto, que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales, esto es, del Estado colombiano como tal, quien es entonces el propietario de los recursos no renovables y el titular de las regalías.”⁹⁹⁷

Reitera pues la jurisprudencia la claridad de las disposiciones constitucionales en el sentido de radicar un “derecho de propiedad” sobre los recursos naturales no renovables y las contraprestaciones que cause su explotación, en el Estado y no en la Nación ni en las entidades territoriales.

El Fondo Nacional de Regalías es, entonces, un mecanismo previsto por la Constitución para asignar recursos de las regalías y las compensaciones a los departamentos y municipios que no son productores ni puertos marítimos o fluviales; y su regulación es también un asunto de la ley, aunque en este caso la norma constitucional sí estableció las actividades a las cuales deben dirigirse esos recursos.

Más adelante la Sala retomará este tema.

c. Los derechos de las entidades territoriales en las leyes 141 de 1994 y 756 de 2002

La ley 141 de 1994⁹⁹⁸ desarrolló los mandatos constitucionales sobre los derechos de las entidades territoriales respecto de las regalías y contraprestaciones generadas por la explotación y el transporte de los recursos naturales no renovables.

997 Sentencia C-221-97. También, las sentencias C-567-95, C-722-99, C-628-03, C-781-07, entre otras.

998 Ley 141 de 1994 (junio 28), “Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liqui-

El capítulo IV, nominado “Participaciones en las regalías y compensaciones”, trató sobre el “derecho de participación” de los departamentos y de los municipios en cuyo territorio se adelanten las explotaciones (Art. 28) y de los municipios portuarios (Art. 29), conforme al mandato del inciso tercero del artículo 360 de la Carta; estableció los criterios y porcentajes de distribución, los eventos en los cuales se redistribuirían los recursos entre los mismos departamentos y municipios, las circunstancias en las que parte de esas regalías acrecerían el Fondo Nacional de Regalías; ordenó a las entidades recaudadoras el giro de las participaciones y compensaciones correspondientes, directamente a los departamentos y municipios beneficiarios, dentro de los 10 días siguientes a su recaudo, previa la respectiva liquidación.⁹⁹⁹

El Capítulo I de la ley 141 en cita¹⁰⁰⁰, se ocupó del *Fondo Nacional de Regalías*, creándolo como “un sistema de manejo separado de cuentas, sin personería jurídica”, conformado por “los ingresos provenientes de las regalías no asignadas a los departamentos y a los municipios productores y a los municipios portuarios”, con la destinación establecida por el artículo 361 constitucional. Al respecto, esta Sala en concepto del 22 de noviembre del 2002 concluyó que se trataba de “uno de los fondos especiales del orden nacional definidos en el Estatuto Orgánico del Presupuesto... parte del componente de rentas del presupuesto general de la Nación...”¹⁰⁰¹

La Ley 141 reiteró la destinación de las regalías que integran este Fondo conforme a lo ordenado por el artículo 361 constitucional; y reguló los ejecutores, los requisitos y aprobaciones necesarios y la redistribución de los excedentes de las regalías; también previó la inversión de sus excedentes de liquidez pero limitándola a los documentos emitidos por el Gobierno Nacional o el Banco de la República; y expresamente condicionó los desembolsos, así:

Ley 141 de 1994, Artículo 6º:

“Condicionabilidad de los desembolsos. Los desembolsos de recursos con cargo al Fondo estarán sometidos al cumplimiento de las condiciones financieras y técnicas establecidas en el acto aprobatorio del respectivo proyecto.”

Esta disposición, que no ha sido modificada, es especialmente importante porque sujeta la entrega de los recursos del Fondo Nacional de Regalías al cumplimiento de las exigencias de carácter técnico y financiero que para cada proyecto se aprueben; con lo cual establece una condición suspensiva, puesto que es por su ocurrencia que nace jurídicamente el derecho de las entidades beneficiarias sobre los recursos del Fondo.

Como puede observarse, el derecho de participación y la asignación de las regalías y las compensaciones a través del Fondo Nacional de Regalías, son dos modos diferentes de acceder a dichos recursos, por parte de las entidades territoriales, que la jurisprudencia constitucional y de esta Corporación denominan respectivamente, “regalías directas” y “regalías indirectas”.

dación y distribución y se dictan otras disposiciones”, D. O. No. 41.414, junio 30/94.

999 Cfr. Arts. 28 a 60 de la ley 141 de 1994.

1000 Cfr. Arts. 1º a 6º de la ley 141 de 1994.

1001 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 22 de noviembre de 2002, Radicado No. 1471; levantada la reserva legal mediante auto de 18 de enero de 2007.

La ley 141 de 1994 también creó, en el Capítulo II, la Comisión Nacional de Regalías, le señaló como objeto “controlar y vigilar la correcta utilización de los recursos provenientes de regalías y compensaciones” (artículo 7º) y en el artículo 10 la facultó para hacer visitas de inspección a las entidades beneficiarias de las participaciones, contratar interventorías financieras y administrativas para vigilar la ejecución de las participaciones, y tomar otras medidas tendientes a garantizar la correcta ejecución de los recursos.

Ahora bien, mediante la *ley 756 del 2002*¹⁰⁰² se introdujeron varias modificaciones a la ley 141 de 1994, de las cuales interesa destacar para este concepto las relativas a la personería jurídica del Fondo Nacional de Regalías y la declaración de la propiedad de sus recursos en cabeza de las entidades territoriales, así como la facultad de la Comisión Nacional de Regalías de suspender los desembolsos de las regalías y compensaciones.

Dispuso el artículo 1º de la ley 756 de 2002:

“Artículo 1º. El Fondo Nacional de Regalías tendrá personería jurídica propia, estará adscrito al Departamento Nacional de Planeación y sus recursos serán destinados, de conformidad con el artículo 361 de la Constitución Nacional, a la promoción de la minería, la preservación del medio ambiente y la financiación de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales. El Gobierno Nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, reglamentará lo referente a la personería jurídica propia del Fondo Nacional de Regalías y a los aspectos que de ella se deriven.

Parágrafo. Los recursos del Fondo Nacional de Regalías son propiedad exclusiva de las entidades territoriales y seguirán siendo recaudados y administrados por la Dirección General del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”

Destaca la Sala que precisamente en el concepto emitido el 22 de noviembre de 2002, atrás citado, se analizaron la norma original de la ley 141 de 1994 referente al Fondo Nacional de Regalías y la modificación introducida por la ley 756 de 2002.

Respecto del artículo 1º de la ley 141, destacó la Sala que la creación del Fondo Nacional de Regalías sin personería jurídica y como un sistema de manejo separado de cuentas, tuvo como efecto que fuera “...parte del componente de rentas del presupuesto general de la Nación...”.

Al estudiar la modificación introducida por la ley 756, la Sala concluyó:

*“En virtud del artículo 1º de la ley 756 de 2002 se modificó la naturaleza jurídica del **Fondo Nacional de Regalías**, el cual se transformó en una persona jurídica y, por lo mismo, dejó de ser una cuenta en el Presupuesto General de la Nación como lo había precisado la Sección Primera del Consejo de Estado, y, por supuesto, también distinta de la Comisión Nacional de Regalías, perteneciente al sector descentralizado y, además, se adscribió al Departamento Nacional de Planeación, con las características propias que de ello se derivan en los términos señalados en la ley 489 de 1998¹⁰⁰³, aunque la ley no le haya señalado una estructura administrativa propia. Con todo, la norma previó que:*

1002 Ley 756 de 2002 (julio 23), “Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones.”, D. O. No. 44.878 (julio 25).

1003 Ley 489 de 1999.- “Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades. (...) 2) Del sector descentralizado por

“El Gobierno Nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, reglamentará lo referente a la personería jurídica propia del Fondo Nacional de Regalías y a los aspectos que de ella se deriven.”

Además analizó las “Consecuencias del otorgamiento de personería jurídica”, así:

“El otorgamiento por el legislador de personalidad o personería jurídica a un ente u órgano, en términos generales, tiene como efecto fundamental dotarlo de capacidad autónoma para adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, por virtud de ella se transforma su anterior naturaleza para ser considerado, en adelante, persona capaz de actuar en el mundo jurídico, independiente, descentralizada de la administración nacional, aunque adscrita, naturalmente¹⁰⁰⁴, a un Ministerio o Departamento Administrativo.

“En el caso en estudio, la nueva persona jurídica fue adscrita al Departamento de Planeación Nacional.

“Es claro, entonces, que la voluntad del legislador y, consecuentemente, el efecto jurídico producido al otorgarle personería jurídica al Fondo Nacional de Regalías, fue separar totalmente la entidad de cualquier otra dependencia estatal y, por lo mismo, independizar el manejo de los recursos, consecuencia que surge de la normatividad vigente, ley 489 de 1.998 literal g) del numeral 2º del artículo 38 y el artículo 39...”.

Y ante la indefinición del tipo de entidad, la Sala precisó que *“para los efectos presupuestales, a esa persona jurídica nueva debe dársele tratamiento de establecimiento público, tal como lo manda la ley orgánica del presupuesto¹⁰⁰⁵...”*

Las conclusiones y consecuencias expresadas por la Sala se fundamentaron en las razones expuestas por los congresistas como argumentos justificativos de las modificaciones adoptadas, los cuales resultan de especial interés para el presente concepto, por lo cual la Sala se permite transcribirlos conforme fueron estudiados en el concepto del 22 de noviembre del 2002:

“Trámite del proyecto que dio origen a la ley 756 de 2002

“Con el fin de determinar el espíritu del legislador al modificar la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Regalías en la nueva ley, la Sala transcribe algunos apartes de las ponencias sobre el proyecto, pliegos de modificaciones propuestas al mismo y discusiones que se surtieron en el seno del Congreso de la República, las cuales resultan bien ilustrativas sobre el particular:

servicios: (...) g) Las demás entidades administrativas Nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la Ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”

1004 Así lo disponen los artículos 38, 39,40 y 41 de la ley 489 de 1.998

1005 Dijo el Concepto 1471: “Además, para los efectos presupuestales, a esa persona jurídica nueva debe dársele tratamiento de establecimiento público, tal como lo manda la ley orgánica de presupuesto, artículo 4º del decreto 111 de 1.996: ‘Para efectos presupuestales, todas las personas jurídicas públicas del orden nacional, cuyo patrimonio esté constituido por fondos públicos y no sean empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta o asimiladas a estas por la Ley de la República, se les aplicarán las disposiciones que rigen los establecimientos públicos del orden nacional (ley 179 de 1.994, art.63)’”

- *Proyecto de ley N° 102 de 2001 de la Cámara de Representantes, fue presentado por los Ministros de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público y en él nada se mencionó sobre el cambio de naturaleza jurídica del Fondo Nacional de regalías.*¹⁰⁰⁶
- *En la ponencia para primer debate del proyecto de ley 102 de 2001 de la Cámara de Representantes y 126 de 2001 del Senado (tuvo mensaje de urgencia y de insistencia), nada se explica sobre el particular ni se menciona en la comparación a doble columna de las modificaciones al articulado; pero en el texto para primer debate aparece dentro del texto del artículo primero del proyecto¹⁰⁰⁷, el cual fue aprobado en su integridad.*¹⁰⁰⁸
- *Según consta en el Acta Número 002 de 2001, correspondiente a la sesión conjunta de la Cámara y Senado de noviembre 21 de 2002, se expuso por los intervinientes:*

*"(...) es que el Fondo va a tener personería jurídica. Ese es un acuerdo con el Gobierno, para que no se lleven los dineros del Fondo. No podemos permitir que el Fondo se lo lleve el Gobierno para otros menesteres."*¹⁰⁰⁹

*"(...) El mayor problema que tienen las regalías hasta este momento era que el Gobierno, como el **Fondo no tenía personería jurídica, podía establecer el presupuesto anual de regalías**, que en la mayor parte de las veces era muy inferior a los ingresos presentados por regalías. De modo que quedaban los recursos congelados en perjuicio de las entidades territoriales. Es así que hoy, tanto es así eso que hoy hay congelados alrededor de 1.8 billones de pesos que no se le pueden entregar a los municipios, dice el Gobierno, por problemas macroeconómicos, y con el argumento de que al no tener el Fondo Nacional de Regalías personería jurídica, sencillamente era el Gobierno, Ministerio de Hacienda, quien definía, de acuerdo con lo que pudiera sacar del Presupuesto General de la Nación; lo que pudiera aportar, definir como presupuesto para regalías, que definía cuál era el presupuesto del Fondo Nacional de Regalías. Eso va a variar sustancialmente. (...)"*¹⁰¹⁰

"(...) yo sí definiendo y vengo definiendo hace mucho rato, me pareció que fue un error de nosotros, doctor Náder, no haber contemplado lo de la personería propia, jurídica del Fondo Nacional de regalías en la ley 141 de 1.994. Cómo ha sido de catastrófico esto, de tormentoso para las regiones. Mire, yo hice dos debates en la Comisión Quinta de la Cámara, señor Presidente, sobre el aplazamiento o el congelamiento de los recursos de Fondo Nacional de regalías; y cómo eso ha golpeado a las regiones de Colombia. Hice un cuadro comparativo en ese momento, para demostrar los perjuicios que están causando a esas regiones, en proyectos debidamente aprobados y que el Gobierno ha aplazado esos proyectos.

*"Yo creo que con la personería vamos a acabar ese tormentoso, esa espada de Damocles, esa especie de capitis diminutio que se ha tejido sobre las regiones colombianas, a las cuales se les aplazan los proyectos, yo digo que arbitrariamente por parte de Planeación Nacional y del Gobierno Nacional (...)"*¹⁰¹¹

1006 Gaceta del Congreso N° 492 de septiembre 26 de 2001, página 2.

1007 Gaceta del Congreso N° 643 de diciembre 12 de 2001, página 27.

1008 Gaceta del Congreso N° 652 de diciembre 14 de 2001, página 6.

1009 Gaceta del Congreso No. 55 del 18 de marzo de 2002. Página 16. l

1010 Gaceta del Congreso No. 55 del 18 de marzo de 2002. Página 17.

1011 Gaceta del Congreso N° 55, marzo 18 de 2002, página 19.

- Según consta en el texto para segundo debate al proyecto de ley 102/2001 de la Cámara y 126/2001 del Senado, el artículo 1º se presentó sin modificaciones respecto del aprobado en primer debate¹⁰¹²
- En la gaceta del Congreso N° 245, página 17, aparece la siguiente intervención del Senador Hugo Serrano:

“Honorable Senadores, aquí está el señor Director Nacional de Planeación jugándole sucio a la Comisión Quinta del Senado y a los Senadores, en el sentido de que está haciendo lobby para desaprobado el artículo 1º del proyecto de Regalías, que tiene que ver con que el Fondo Nacional de Regalías le de personería jurídica. (...) Por lo tanto solicito que se retire esa firma, esa carta con esas firmas, si ustedes quieren que discutamos la Ley de Regalías”.

- En la misma Gaceta N° 245, página 31, aparece la siguiente intervención del Senador Salomón Nader:

“(...) La segunda parte es lo que tiene que ver con la personería jurídica (...) La segunda forma de llegar es en forma indirecta a través del Fondo Nacional de Regalías. En este momento quienes reciben regalías del Fondo Nacional de Regalías son especialmente las entidades territoriales no productoras, aquellas que no reciben recurso por explotación de crudo, las que reciben solo a través del Fondo Nacional de Regalías. A esos recursos le han puesto retenes, el retén en el Ministerio de Hacienda, que ha hecho congelamiento de los recursos (...). En este proyecto estamos estableciendo que el Fondo Nacional de Regalías tiene personería jurídica; al tener personería jurídica el presupuesto del Fondo Nacional de Regalías es igual a los ingresos de regalías para el Fondo Nacional de Regalías, los ingresos propios del Fondo Nacional de regalías y no pueden ser recortados por el ministerio de Hacienda, no pueden ser congelados por el Ministerio de Hacienda. (...) Este proyecto cuando se inició la Comisión de Ponentes del Senado de la República estuvo conversando con el Ministro de Hacienda y allí se acordó y él aceptó que el Fondo tuviera personería jurídica. Cambió de criterio. (...) Ya ellos aceptan el Ministro de Hacienda y planeación Nacional, respetar el artículo 1º respetar el artículo 34 y definir que esos recursos seguirán siendo manejados dentro de la Tesorería general de la nación. Pero el presupuesto, primero el Fondo, tendrá personería jurídica propia y segundo, el Presupuesto de Ingresos y de Egresos del Fondo es exactamente igual.

“(...) Pero le pregunto (...) si con el obtener personería jurídica se va a resolver el problema en el evento de que por ejemplo, el Ministerio de Hacienda no traslade los dineros, que es el aspecto fundamental que hay que asegurar, o sea que pasada una vigencia fiscal, no queden en el Tesoro y queden sin utilizarse en tantas cosas que hay que hacer en los territorios del país (...)”¹⁰¹³.

“(...) Obligatoriamente todos los dineros que ingresen al Fondo por concepto de regalías, partiendo de la base de que el Fondo fundamentalmente sirve a los municipios y departamentos no productores (...).”¹⁰¹⁴

“(...)Y otra parte importante, hoy en día, el Fondo Nacional de Regalías no tiene personería jurídica propia, luego entonces todos los recursos no pueden ser manejados como presupuesto del mismo fondo, y hoy vemos cómo son Planeación Nacional y el Ministerio de Hacienda, quienes en un momento determinado, para hacer equilibrio fiscal o para manejar políticas presupuestales, recogen o encajan

1012 Gaceta del Congreso N° 144 de mayo 6 de 2002, página 13.

1013 Gaceta del Congreso No. 245 del 20 de junio de 2002. Página 29.

1014 Gaceta del Congreso No. 245 del 20 de junio de 2002. Página 30.

*los recursos del Fondo Nacional de Regalías, impidiendo con esto que se irrigen en las entidades territoriales. (...). (...) aquí en el proyecto le damos personería jurídica al Fondo Nacional de Regalías (...).*¹⁰¹⁵

- *En la misma Gaceta N° 245, página 31, consta la forma cómo se acordó incluir el párrafo del artículo 1º del proyecto.”*

Hasta aquí la transcripción de la parte pertinente del concepto emitido el 22 de noviembre de 2002, radicado bajo el número 1471.

La Corte Constitucional por su parte, en la sentencia C-781-07, declaró exequibles los apartes demandados del artículo 1º de la ley 756¹⁰¹⁶, pero no siendo el centro del debate, solamente señaló:

“Sin embargo, como plantea en concepto del Ministerio Público la expresión administrar los recursos del Fondo Nacional de Regalías, suscita ciertas dudas constitucionales respecto del alcance de la función examinada, sin embargo, el contexto mismo de la disposición acusada permite despejarlas.

“En efecto, podría entenderse que la función de administrar los recursos incluye la facultad de decidir sobre su destino o de apropiarse de éstos o de sus réditos, sin embargo el enunciado normativo acusado previamente señala que los recursos del Fondo Nacional de Regalías son propiedad exclusiva de las entidades territoriales, de lo que se desprende que la Dirección General del Tesoro Nacional cumple simplemente una función de gestión de dichos recursos, acorde con lo establecido en el artículo 361 constitucional.”

No es de competencia de esta Sala analizar la constitucionalidad del párrafo del artículo 1º de la ley 756, sino de encontrar su armonía con el ordenamiento superior para resolver el tema de la titularidad de los rendimientos, que es el objeto de las consultas que se estudian.

En esa perspectiva se reitera que, sobre las regalías y compensaciones, la propiedad del Estado tiene como fuente el mandato constitucional del inciso segundo del artículo 360 de la Carta; y que este mismo artículo, en su inciso tercero, consagra a favor de los departamentos y municipios productores y de los puertos fluviales y marítimos, el “derecho a participar” en esas contraprestaciones, como ya se explicó; también, que el artículo 361 superior ordena la creación de un fondo con los recursos de las regalías no asignados por razón de la producción y el transporte de los recursos naturales no renovables, para que las demás entidades territoriales puedan aplicar a esos recursos con las destinaciones establecidas por el mismo artículo 361.

A ello se agrega que de acuerdo con los antecedentes legislativos, dar personería jurídica al Fondo Nacional de Regalías le significó autonomía administrativa y financiera;

¹⁰¹⁵ Gaceta del Congreso 271 del 8 de julio de 2002. Página 13

¹⁰¹⁶ Ley 756/02, Art. 1o. El Fondo Nacional de Regalías tendrá personería jurídica propia, estará adscrito al Departamento Nacional de Planeación y sus recursos serán destinados, de conformidad con el artículo 361 de la Constitución Nacional, a la promoción de la minería, la preservación del medio ambiente y la financiación de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales. El Gobierno Nacional dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, reglamentará lo referente a la personería jurídica propia del Fondo Nacional de Regalías y a los aspectos que de ella se deriven. / PARAGRAFO. Los recursos del Fondo Nacional de Regalías son propiedad exclusiva de las entidades territoriales y seguirán siendo recaudados y administrados por la Dirección General del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

pero esta persona jurídica tampoco podía ser propietaria de los recursos que ingresaran a ella por concepto de las regalías y las compensaciones, pues se habría desconocido el mandato constitucional sobre los derechos de las entidades territoriales.

Entonces, el párrafo que aclara que “los recursos del Fondo Nacional de Regalías son de propiedad exclusiva de las entidades territoriales”, cumple varios propósitos: reafirmar que son estas entidades las únicas beneficiarias de tales recursos, que el Fondo como persona jurídica no tiene la propiedad sobre los recursos que lo conforman; y que las competencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación respecto de la administración de los mismos, se restringen precisamente por razón de los derechos de las entidades territoriales.

d. La naturaleza de los derechos del Estado y de las entidades territoriales sobre las regalías y compensaciones:

El análisis de la normatividad constitucional y legal que se ha dejado expuesto muestra que fue voluntad del constituyente diferenciar un derecho de propiedad en cabeza del Estado y otros derechos respecto de las entidades territoriales, lo cual hace necesario indagar por la naturaleza de ambos derechos a fin de identificar sus diferencias y deducir las consecuencias jurídicas particularmente relativas al tema que motiva las consultas, esto es, a los rendimientos que pueden producir los recursos dinerarios no desembolsados a las entidades territoriales por causas imputables a éstas.

Para conocer la naturaleza de los derechos es preciso recurrir al régimen de los bienes en el Código Civil porque, evidentemente, los recursos naturales no renovables y las contraprestaciones económicas que su explotación y transporte deben producir, son “bienes”

Dice el Estatuto en cita que los “bienes” son de dos clases: las *cosas corporales*, que “tienen un ser real”, y las *cosas incorporales* “que consisten en meros derechos”, los cuales son *reales o personales*.¹⁰¹⁷

El “derecho real” es, conforme al artículo 665¹⁰¹⁸ del Código Civil, “*el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*”, como el de dominio, “que se llama también propiedad” y está definido en el artículo 669¹⁰¹⁹ del código en cita como “*el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella no siendo contra ley o contra derecho ajeno. /.../*”.

1017 Código Civil, Art. 653. “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. / Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. / Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.”

1018 Código Civil, Art. 665. “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. / “Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.”

1019 Texto después de la sentencia C-595-99; el original decía: “El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. / La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.”

Los “derechos personales o créditos”, según los define el artículo 666¹⁰²⁰ del mencionado código, “son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...”

Se trata pues de categorías jurídicas que representan las diferentes formas de relación entre las personas y las cosas.

Encuentra entonces la Sala que cuando los artículos constitucionales 332 y 360, inciso segundo, radican en el Estado, de manera exclusiva, la propiedad sobre los recursos naturales no renovables y sobre las contraprestaciones económicas que su explotación y transporte causen, está significando que los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos bienes deben configurarse por la ley como derechos personales o créditos¹⁰²¹.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional¹⁰²² ha sido reiterativa en el sentido de señalar que las entidades territoriales no tienen derecho de propiedad sobre las regalías y compensaciones. Así, en la sentencia C-567 de 30 de noviembre de 1995, se dijo:

“No cabe duda de que la ley 141 de 1993 (sic) también encuentra fundamento constitucional en las otras disposiciones de la Carta Política según las consideraciones contenidas en la sentencia C- 478 de 1992, en el sentido de que la participaciones de las regalías y compensaciones no son situado fiscal ni participación en los ingresos corrientes de la Nación, y además en cuanto asegura que las inversiones públicas deben estar encaminadas a ser parte de los planes generales de desarrollo a nivel departamental o municipal y en buena parte para la atención de las necesidades básicas insatisfechas.

Bajo estas consideraciones, en ningún evento puede considerarse que las regalías sean tributos departamentales o municipales, ni bienes o rentas de propiedad exclusiva de las entidades territoriales en los términos de los dos incisos del artículo 362 de la Carta Política, lo cual impediría cualquier regulación legal acerca de su administración autónoma y condenaría inexorablemente a la inconstitucionalidad de la disposición normativa correspondiente y a buena parte de la acusada en el presente asunto.”

Por su parte, el inciso final del artículo 360 constitucional precisa que los departamentos y municipios productores y los puertos marítimos y fluviales por los que se transporten los recursos no renovables o sus productos, tienen el “derecho a participar” en las regalías y compensaciones que generen esas actividades.

En su acepción gramatical, “participar” es “recibir una parte de algo”; lo cual remite a la acción de “dar”; y en consecuencia, desde el punto de vista jurídico el derecho a participar debe expresarse en un derecho personal o crédito que vincula a las entidades territoriales con el Estado como propietario de las contraprestaciones económicas derivadas de la explotación y el transporte de los recursos naturales no renovables, en los términos que establezca la ley.

1020 Código Civil, Art. 666. “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.”

1021 Además de los derechos reales y los personales, la legislación también regula los derechos intelectuales o de autor, que no interesan para este concepto.

1022 Cfr. Sentencias C-128-98, C-299-99, C-1160-00, C-509-08, por ejemplo.

Ahora bien, en el derecho personal o crédito, la obligación que adquiere una persona frente a la otra es de dar, hacer o no hacer, bien por su voluntad o bien por mandato de la ley¹⁰²³.

Como las regalías y compensaciones están reguladas o pactadas en dinero por regla general, la obligación del Estado con los departamentos y municipios productores y los puertos marítimos y fluviales, es de dar, es decir, “de entregar la cosa”¹⁰²⁴, esto es, una suma de dinero, siendo dicha entrega el modo de transferir la propiedad al acreedor, siempre que se cumplan las condiciones acordadas o las ordenadas en la ley; de manera que entregado el dinero se extingue la obligación para el deudor, el Estado en este caso, y acrece el patrimonio del acreedor, las entidades territoriales señaladas, haciéndolo propietario del monto de que se trate.

Estas regalías se denominan “directas” por cuanto las entidades recaudadoras deben girarlas directamente a las entidades territoriales productoras y portuarias, previa la autoliquidación con base en los porcentajes y criterios establecidos en la ley y la revisión por la autoridad competente, según el recurso natural no renovable al que correspondan.

e. El ejercicio del derecho a participar en las regalías y las compensaciones

Sustentado como está que los derechos de las entidades territoriales son derechos personales o de crédito, ha de destacarse ahora que se trata de derechos regulados en un todo por la ley pues así lo disponen los mandatos constitucionales.

Como se destacó al estudiar la ley 141 de 1994, tanto para las regalías directas como para las indirectas, están establecidos criterios y reglas para su distribución.

A ellas se agrega que la ley 756 de 2002¹⁰²⁵ también modificó el artículo 10 de la ley 141 de 1994, adicionando a las facultades de la Comisión Nacional de Regalías, hoy Departamento Nacional de Planeación, en los siguientes términos:

Artículo 5°. El numeral 1º del artículo 10 de la Ley 141 de 1994 quedará así:

“1. Practicar, directamente o a través de delegados, visitas de inspección a las entidades territoriales beneficiarias de las regalías y compensaciones y suspender el desembolso de ellas cuando se haya comprobado que la entidad territorial esté haciendo uso de las mismas en forma ineficiente o inadecuada, hasta tanto quede superada la situación”.

Debe anotarse que esta disposición fue declarada exequible por la sentencia C-781-07.

Volviendo al régimen general de las obligaciones, “suspender el desembolso” significa que la obligación de dar que tiene el Estado frente al departamento o al municipio pro-

1023 Código Civil, Art. 1494. “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”// Art.1517. “ Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.”

1024 Código Civil, Art. 1605. “La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.”

1025 Ley 756 de 2002 (julio 23), “Por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”. D. O. No. 44.878, julio 25/02.

ductor o al puerto marítimo o portuario, queda condicionada a la satisfacción de unos requisitos por parte del destinatario del desembolso.

El derecho de la entidad productora o portuaria, de hacer exigible la obligación del Estado a su favor, no nace porque las causas que sustentan la orden de detener el desembolso se configuran como condiciones suspensivas que inhiben la adquisición del derecho, tal como lo establece el artículo 1536 del código Civil cuando define: “La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho...”¹⁰²⁶.

A lo dicho debe agregarse, a fuerza de ser reiterativos, que se trata de derechos sujetos a la regulación que de ellos haga la ley, porque tal es el mandato constitucional. Los derechos nacen solamente con el cumplimiento de todas las condiciones que fije la ley que los regula.

Por ende, si la entidad beneficiaria, por razones que le sean imputables incurre en incumplimiento de las condiciones legales que le aplican, no puede recibir su parte en las regalías y compensaciones porque no ha adquirido su derecho a participar de ellas; el Estado a su vez, tampoco ha adquirido la obligación de darle a la entidad su parte y entonces sigue siendo el propietario de esa parte; mientras persista el incumplimiento la entidad beneficiaria no es titular de derecho alguno, no es exigible ni es legalmente factible la entrega del dinero, y no hay transferencia de la propiedad sobre éste.

En esas circunstancias, no puede dudarse de que los rendimientos financieros que los dineros llegaren a producir sólo pueden ser del Estado en su condición de propietario del capital que representan las regalías y compensaciones, respecto del cual no hay otro derecho exigible. Por lo demás, la inexistencia de un derecho exigible excluye la posibilidad de mora en el cumplimiento de la obligación de dar, puesto que esta obligación no ha nacido.

Las conclusiones a las que llega la Sala en relación con el derecho de participación en las regalías y compensaciones que tienen los departamentos y municipios productores y los puertos marítimos y fluviales, que corresponde a las regalías directas, son igualmente aplicables al derecho que sobre las mismas contraprestaciones tienen las demás entidades territoriales a través del Fondo Nacional de Regalías, es decir, a las regalías indirectas, como pasa a explicarse.

La ley 141 de 1994 con las modificaciones introducidas por la ley 756 de 2002 y otras posteriores¹⁰²⁷, fija los porcentajes que han de destinarse tanto a los municipios productores y portuarios como a los departamentos de los cuales forman parte, lo mismo que a los demás departamentos, distritos y municipios y al Fondo Nacional de Regalías, estableciendo respecto de cada recurso natural no renovable unos márgenes máximos y mínimos de producción, que a su vez determinarán unos excedentes que permitirán una redistribución de las regalías y compensaciones para ser asignadas a través del Fondo en mención.

Las leyes en cita, distribuyen los recursos que nutren al Fondo Nacional de Regalías asignando un porcentaje para cada uno de los sectores a los que se refiere el artículo

1026 Código Civil, Art. 1536. “La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.”

1027 Leyes 858 y 863 de 2003 y 1283 de 2009

361 de la Constitución, el cual a su vez es desagregado, también porcentualmente, para cubrir distintas actividades y precisar algunas entidades ejecutoras.¹⁰²⁸

El acceso a los recursos del Fondo Nacional de Regalías está condicionado a la presentación de proyectos por parte de las entidades territoriales, que una vez aprobados deben inscribirse en el Banco de Proyectos de Inversión de que trata el artículo 9º del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional¹⁰²⁹ y se definen como proyectos elegibles. Bajo los criterios establecidos en el artículo 5º de la ley 141, se distribuyen los recursos del Fondo Nacional de Regalías entre los proyectos elegibles, entendiéndose que los recursos asignados se entienden “comprometidos al momento de presentar un proyecto elegible a la Comisión”, con el fin de que no sean considerados como “excedentes” utilizables por ella para financiar otros proyectos (Art. 5º, inciso final y Art. 3º, parágrafo 5º).

Finalmente, en el “acto aprobatorio del respectivo proyecto” deben precisarse las condiciones financieras y técnicas de cada proyecto, porque de su cumplimiento dependen los desembolsos, según el mandato expreso del artículo 6º de la ley 141 de 1994¹⁰³⁰, norma que no ha sido objeto de modificación.

Retomando la naturaleza del derecho de los departamentos y municipios, las disposiciones en comento determinan que cada entidad territorial es titular del derecho personal o crédito respecto de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, cuando acredita el cumplimiento de esas concretas y específicas condiciones respecto de un proyecto específico, naciendo la correlativa obligación del Estado de desembolsar los recursos que correspondan; entregados éstos, la entidad territorial adquiere la propiedad sobre los dineros.

f. La causación de los rendimientos financieros y su destinatario

La primera de las preguntas formuladas por el Departamento Nacional de Planeación plantea dos asuntos: el primero, si “los recursos suspendidos generan rendimientos financieros”; y el segundo, a quién beneficiarían.

1028 Ejs. Ley 141/94, Art. 1º, Parágrafo 2º, modificado por el artículo 2º de la ley 756 de 2002, fija unos criterios previos para ordenar que se destine como mínimo el 15% para el fomento a la minería, el 30% para la preservación del medio ambiente y el 54% para la financiación de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales. // Par. 4o. modificado por el artículo 1º 63 de la Ley 858 de 2003: “El cien por ciento (100%) de los recursos destinados a la promoción de la minería deberán aplicarse en los términos del artículo 6264 de la Ley 141 de 1994. De estos, el treinta por ciento (30%) serán ejecutados por el Instituto de Investigaciones e Información Geocientíficas, Minero-Ambiental y Nuclear, Ingeominas, fundamentalmente al levantamiento de la cartografía geológico-básica de la totalidad del territorio nacional en escala 1:100.000 (escala uno en cien mil). El setenta por ciento (70%) restante por la Empresa Nacional Minera, Minercol Ltda., o quien haga sus veces, la cual lo distribuirá de acuerdo con las prioridades del Gobierno Nacional y las necesidades de desarrollo de los tres (3) subsectores mineros, a saber: Metales y piedras preciosas, minerales y materiales industriales y minerales energéticos.

1029 Ley 141/94, Art. 3º, parágrafo primero; y Decreto 111 de 1996, Art. 9º. “Banco Nacional de Programas y Proyectos. Es un conjunto de actividades seleccionadas como viables, previamente evaluadas social, técnica, económicamente y registradas y sistematizadas en el Departamento Nacional de Planeación. / En el plazo de un año y a partir de la vigencia de la presente ley, el Departamento Nacional de Planeación conjuntamente con el Fondo Nacional de Proyectos para el Desarrollo, deberán reglamentar el funcionamiento del Banco Nacional de Programas y Proyectos. / Los proyectos de inversión para el apoyo regional autorizados por la ley formarán parte del Banco Nacional de Programas y Proyectos (Ley 38 de 1989, art. 32, Ley 179 de 1994, art. 55, inciso 12).”

1030 Ley 141/94, Art. 6º. “Condicionalidad de los desembolsos. Los desembolsos de recursos con cargo al Fondo estarán sometidos al cumplimiento de las condiciones financieras y técnicas establecidas en el acto aprobatorio del respectivo proyecto.”

Brevemente recuerda la Sala su criterio en el sentido de que los *rendimientos financieros* deben entenderse como *los frutos civiles de los recursos, en cuanto éstos son un capital que produce intereses*; entonces, pertenecen al dueño del capital.¹⁰³¹

En el caso ahora en estudio, los recursos objeto de la medida preventiva o correctiva de suspensión de los desembolsos, son las regalías y compensaciones de propiedad del Estado, que no han cambiado de dueño porque precisamente detener su desembolso por causas imputables a la entidad destinataria, tiene como efecto jurídico que ésta no adquiere su derecho sobre esos recursos, es decir, dichos recursos no salen de la propiedad del Estado.

Por tal razón, como antes se indicó, los rendimientos que llegaren a producirse durante el tiempo de la suspensión son exclusivamente del Estado, y por supuesto, acrecerán el monto de los recursos destinados a las entidades territoriales por concepto de las contraprestaciones que los causan, porque ello es consecuencia de los mandatos contenidos en los artículos 360 y 361 de la Constitución respecto del objeto de los derechos de las entidades territoriales.

En este punto ha de precisarse que como una parte de las regalías y compensaciones está destinada a satisfacer el derecho de participación de los departamentos y los municipios productores y de los puertos marítimos y fluviales, y otra parte está llamada a constituir el Fondo Nacional de Regalías para asignarla a las demás entidades territoriales, no sería constitucional ni legalmente válido desconocer a cuál de dichas partes corresponden los recursos que están generando rendimientos financieros, por lo cual estos necesariamente acrecerán la parte a la cual pertenezcan los recursos que los causan.

En cuanto a establecer si los llamados en la consulta “recursos suspendidos”, generan rendimientos financieros, la Sala pasa a hacer las siguientes consideraciones:

El artículo 4º de la ley 141 de 1994, en el inciso primero¹⁰³² se refiere a los excedentes de tesorería del Fondo Nacional de Regalías para ordenar que su inversión sólo podrá hacerse en documentos de deuda emitidos por el Gobierno Nacional o por el Banco de la República. Aquí no se está ordenando invertir, pero sí se está señalando que para el ejercicio de esa opción, sólo hay unos papeles permitidos.

El mismo artículo 4º, en su inciso segundo, dispone que “*Las asambleas departamentales y concejos municipales de las entidades territoriales productoras y de los municipios portuarios, reglamentarán en el mismo sentido lo referente a los excedentes de liquidez provenientes de las regalías y compensaciones.*” Mandato que equivale a unificar los criterios para la inversión de los recursos provenientes de regalías y compensaciones.

Destaca la Sala que los recursos por los cuales se consulta no tienen la condición de “excedentes”, es decir, no están disponibles sino que están comprometidos y ya representan la expectativa de una determinada entidad beneficiaria, que por su propia culpa

1031 Conceptos del 30 de octubre de 1996, Radicado No. 906, y del 30 de abril de 2008, Radicado No.1881.

1032 Ley 141 de 1994, Art. 4o. “INVERSION DE LOS RECURSOS Y LINEA DE FINANCIAMIENTO. Los excedentes de tesorería del Fondo Nacional de Regalías sólo podrán colocarse en documentos de deuda emitidos por el Gobierno Nacional o por el Banco de la República, o en papeles financieros del exterior, los cuales tengan rendimientos de mercado y alta liquidez, conforme a la reglamentación que expida para el efecto el Gobierno Nacional. (...)”

no adquiere aún derecho sobre ellos. Por eso, no se encuentra disposición alguna en la normatividad que se estudia que contemple la inversión, lo que tampoco excluye las razones de seguridad y de conveniencia que sustentan la necesidad de las entidades públicas de hacer inversiones de corto plazo o a la vista con sus recursos de tesorería mientras se completan los requisitos y condiciones legalmente requeridos para su desembolso efectivo.

No puede dejarse de anotar igualmente que este aspecto del tema en estudio remite al recaudo y a la transferencia de los recursos y las diferencias que derivan de aquella parte destinada al derecho de participación y aquella otra referente al Fondo Nacional de Regalías.

Dice el artículo 56, original, de la ley 141 de 1994¹⁰³³:

“Transferencia de las participaciones en las regalías y compensaciones. Las entidades recaudadoras girarán las participaciones correspondientes a regalías y compensaciones a las entidades beneficiarias y al Fondo Nacional de Regalías dentro de los diez (10) días siguientes a su recaudo.

Las correspondientes a los demás departamentos y municipios a los cuales esta ley les otorga participación en las regalías y compensaciones irán en calidad de depósito al Fondo Nacional de Regalías para que la Comisión [léase Departamento Nacional de Planeación] dentro de los diez (10) días siguientes a su recibo, les de la asignación y distribución establecidas en la presente Ley.”

La norma transcrita muestra que los recursos destinados al derecho de participación son transferidos directamente por la entidad recaudadora. Habrá entonces que examinar en cada caso si el régimen público o privado que a ella se aplique permite exigir o no las inversiones transitorias de aquellos desembolsos detenidos.

La consulta del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público

Como se reseñó al inicio, la consulta se refiere a los rendimientos financieros de los recursos provenientes de regalías que deben destinarse al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales.

Al respecto se recuerda que por mandato de la ley 549 de 1999¹⁰³⁴, se tomaron medidas para asegurar el pasivo pensional a cargo de las entidades territoriales, entre ellas, la de crear el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales, sin personería jurídica, administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el objeto de “recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de

1033 Al texto original del artículo 56 de la ley 141 de 1994, le fue adicionado el siguiente inciso, por el artículo 128 del decreto 2150 de 1995: “Las regalías recaudadas por las termoeléctricas, industrias cementeras e industrias del hierro en los términos del parágrafo del artículo 22 de esta ley, serán distribuidas y transferidas por la entidad que designe el Ministerio de Minas y Energía, dentro de los 10 días siguientes al de la consignación de la correspondiente regalía.”

1034 Ley 549 de 1999 (diciembre 28), “Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional”, D. O. No. 43.836 (diciembre 30/99).

los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley” (Art. 3º), conservando expresamente la responsabilidad de las entidades territoriales por sus respectivos pasivos pensionales, en los siguientes términos:

Ley 549 de 1999, Art. 3º, incisos segundo y tercero:

“(…)

“En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.

En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.”

El artículo 2º de la ley 549 en cita relaciona los recursos para atender el pasivo pensional territorial, entre los cuales están:

“... 3. Para el año 2000 y siguientes un porcentaje no superior al siete por ciento (7%) de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, y que no comprometan los recursos de destinación específica de las entidades territoriales. Estos recursos se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales con los mismos criterios que se aplican para la distribución de los recursos de inversión del Fondo Nacional de Regalías.”

Las frases que subraya la Sala indican que los recursos destinados al FONPET, entre ellos los de las regalías, *son de propiedad de la respectiva entidad territorial una vez registrados en la cuenta que para ella debe abrirse*. Entiende la Sala que, en armonía con la regulación constitucional y legal de las regalías que se dejó ya explicada, dicho registro sólo puede proceder cuando la entidad beneficiaria del derecho de participación o de asignación, adquiere ese derecho porque ha cumplido con las exigencias legales que se lo permiten.

Ahora bien, el artículo 48 de la ley 863 de 2003¹⁰³⁵, agrega un mecanismo para hacer efectiva la destinación de las regalías al FONPET, que consiste en facultar a la entidad

1035 Ley 863 de 2003 (diciembre 29), “Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas.” D. O. No. 45.415 (diciembre 29/03). Art. 48. De las contraprestaciones económicas a título de regalía, derechos o compensaciones que correspondan a los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos no renovables, así como a los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, se descontará previamente el cinco por ciento (5%) con destino al Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales. El descuento será realizado directamente por la entidad responsable de su giro. El saldo restante conservará la destinación y los porcentajes de distribución de que tratan las normas vigentes. / Los departamentos productores podrán asignarle recursos a las cuentas de los municipios que conforman el departamento. / Para los mismos efectos de los recursos del Fondo Nacional de Regalías se descontará, a título de inversión regional, un cincuenta por ciento (50%). El descuento será realizado directamente por la entidad responsable de su giro. El saldo restante conservará los porcentajes de distribución de que tratan las normas vigentes. Los aportes se realizarán teniendo en cuenta los siguientes criterios: monto de los pasivos pensionales, población, eficiencia y nivel de desarrollo; esto de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional. / Los recursos de que tratan

recaudadora para descontar del valor de las regalías a girar un porcentaje que la misma norma fija y transferirlo directamente al FONPET.

Como el artículo 48 habla de descontar sobre los recursos que han de “girarse” y esa suma ingresa al FONPET como recurso de la entidad territorial que corresponda, en criterio de la Sala ha de entenderse que se trata ya de recursos de las entidades territoriales.

Contrario sensu, si los recursos no pueden girarse a la entidad beneficiaria, la suma descontada o por descontar con destino al FONPET tampoco puede ser transferida.

Entonces, cuando la norma especial de la Agencia Nacional de Hidrocarburos¹⁰³⁶, le asigna la función de recaudar las regalías y compensaciones que causa la explotación de hidrocarburos y girarlas a las entidades con derecho a ellas, está incorporando al quehacer de la Agencia la normatividad que regula el recaudo y el giro de dichos recursos, y todas las demás previsiones que como la relativa al pasivo pensional puedan ser previstas en la ley.

Esto significa que cuando la autoridad competente da la orden de suspender el desembolso, la Agencia habrá de conocer las razones por las cuales no es factible la transferencia de los recursos que ha recaudado, y por lo tanto, sabrá que si se trata de situaciones imputables a la Entidad beneficiaria, los rendimientos financiero que generen los recursos no desembolsados son del Estado; por el contrario, si se trata de asuntos no imputables a la entidad beneficiaria, los rendimientos le pertenecerán a ésta, conforme a las razones que se han dejado explicadas.

En ningún caso le pertenecerán a dicha Agencia, de acuerdo con los análisis que la Sala ha expuesto en este mismo concepto.

Síntesis del concepto:

La Sala estima necesario hacer una síntesis del concepto que a continuación se explica, para una mejor comprensión del problema planteado y de la solución que se propone.

1. Los rendimientos financieros son frutos civiles de un capital que lo acrecen y por tanto, son del propietario del capital. En el caso consultado, el capital consiste en el dinero que el Estado recibe a título de regalías, por lo que los rendimientos financieros acrecen a quien sea el dueño del capital.
2. El Estado es el primer propietario del dinero proveniente de las regalías, pues es el dueño de los recursos naturales que se entregan a cambio.

los dos incisos anteriores, se asignarán a las cuentas de las respectivas entidades territoriales en el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales./ Quedan excluidas de la obligación anterior las entidades territoriales que de acuerdo con la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuenten con el ciento por ciento (100%) de las provisiones del pasivo pensional en los términos previstos en la Ley 549 de 1999. El seguimiento y actualización de los cálculos actuariales y el diseño de administración financiera, se realizarán por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con cargo a los recursos de que trata el numeral 11 del artículo segundo de la Ley 549 de 1999.”

1036 Decreto ley 1760 de 2003 (junio 26), “Por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A.” D. O. No. 45.230 (junio 26/03). Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 790 de 2002, (diciembre 27), “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.” D. O. No. 45.046 (diciembre 27/02).

3. Las entidades territoriales tienen un derecho de crédito a su favor y en contra del Estado por concepto de sus participaciones sobre las regalías, cuya fuente es la misma ley, que nace cuando se cumplan los requisitos por ella contemplados. El pago que hace el Estado de tal obligación tiene como efectos jurídicos inmediatos los de cancelar el crédito y transferir la propiedad sobre el dinero que entrega.
4. Entonces, mientras el Estado sea el dueño de los dineros recibidos a título de regalías, los posibles frutos de éstos pertenecen al Estado y entregados a título de pago de los derechos de participación a las entidades territoriales, son éstas las propietarias de los mismos, y los frutos que produzcan serán de su propiedad.
5. Si una orden de autoridad suspende el pago de las regalías, los dineros destinados al pago siguen siendo del Estado pues no ha habido tradición de los mismos a las entidades territoriales, por lo cual los posibles frutos o rendimientos que produzcan son del Estado.
6. Si el Estado no paga las regalías oportunamente, entra en mora y debe responder por los perjuicios que cause, según las reglas generales.
7. Los frutos de los dineros recibidos a título de regalías mientras sean del Estado incrementan el valor total de las regalías, por lo que deben distribuirse entre las entidades territoriales en las proporciones definidas por la ley, bien directamente o bien a través del Fondo Nacional de Regalías, de conformidad con los mandatos constitucionales y su desarrollo legal.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

A la consulta radicada bajo el número 2010

“1. En los eventos en que el legislador previó que la autoridad encargada del control y vigilancia (Comisión Nacional de Regalías y Departamento Nacional de Planeación), adopte como medida preventiva o correctiva la suspensión de giros de regalías, *¿los recursos suspendidos* generan rendimientos financieros? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuál es la entidad beneficiaria de los rendimientos financieros generados durante la suspensión?

Los rendimientos financieros que produzcan los dineros de las regalías pertenecen al dueño de éstos. Por tanto, si el pago de las regalías a una entidad territorial está suspendido por orden de autoridad, los respectivos dineros siguen siendo del Estado y de él son sus frutos.

“2. Si se concluye la causación de rendimientos financieros, al tenor del artículo 361 constitucional, ¿deben éstos destinarse al Fondo Nacional de Regalías por ser ésta la entidad que a nombre del Estado es la beneficiaria de los recursos no asignados a los departamentos y municipios?”

El Fondo Nacional de Regalías no es beneficiario de las regalías y compensaciones y por lo tanto no puede serlo de sus rendimientos financieros. Estos rendimientos incrementan el monto global de las regalías y, en consecuencia, se distribuirán entre las entidades territoriales de acuerdo con las reglas generales establecidas en la Constitución y en la ley.

A la consulta radicada bajo el número 2035

“¿A quién pertenecen los rendimientos financieros obtenidos por la ANH en la gestión transitoria de los recursos de regalías, mientras se realiza su transferencia al FONPET? ¿A la ANH o a las entidades territoriales beneficiarias?”

Las regalías y compensaciones que corresponde recaudar a la Agencia Nacional de Hidrocarburos son del Estado, en primer término. En virtud de las disposiciones que rigen al FONPET, esos recursos pasan a ser propiedad de las entidades territoriales cuando sean registrados en la cuenta que para cada una de ellas debe abrir el FONPET. Entonces, los rendimientos financieros serán del dueño del dinero que los produce, de suerte que mientras éste sea de propiedad del Estado aquellos son también del Estado, y a partir del momento en que sean de las entidades territoriales, lo serán de éstas. En ningún caso son de la Agencia Nacional de Hidrocarburos porque ella es mera administradora de las regalías y compensaciones.

Transcríbase a los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y Director General del Departamento Nacional de Planeación, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

VII.

Control Fiscal

VII. CONTROL FISCAL

1. Daño patrimonial por pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes públicos. **Radicado 1852**..... 391
2. Ejercicio de Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República. Aplicación de la Ley 1066 de 2006. **Radicado 1882** 401
3. Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República. Alcance de la remisión al Estatuto Tributario por la Ley 1066 de 2006. **Radicado 1882 (ampliación)**..... 414
4. Contralorías departamentales. Régimen de contratación. Contratos de prestación de servicios. **Radicado 2003**. 432

1. Daño patrimonial por pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes públicos**Radicado 1852**

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 15/11/07

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 17 de diciembre de 2007

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Carlos Holguín Sardi, a solicitud de la doctora Ana Cristina Sierra de Lombana, Auditora General de la República, consultó a la Sala sobre si se presenta o no daño patrimonial cuando una entidad pública cancela a otra de su misma naturaleza, sumas de dinero por concepto de multas, sanciones o intereses de mora. Para tal fin pregunta:

“1.- ¿Existe detrimento al patrimonio público cuando las entidades públicas cancelan sumas de dinero a otras entidades públicas, por concepto de multas, intereses de mora o sanciones?”

2.- ¿El posible detrimento, puede dar lugar a responsabilidad fiscal, o por el contrario, se trata de una transferencia de recursos de una entidad a otra?”

3. ¿El concepto de unidad de caja, es fundamento suficiente para considerar inaplicable la responsabilidad fiscal, o por el contrario, el ejercicio de la gestión fiscal, y su carácter diligente, obligan a que los recursos sean manejados de manera independiente por parte de cada entidad, careciendo de sustento el concepto de unidad de caja, como argumento eximente de dicha responsabilidad?”

Como antecedente de la consulta, el señor Ministro manifiesta que la señora Auditora General de la República, se refirió a una sentencia del 19 de abril de 2007, proferida en una acción popular que denegó la pretensión de esa entidad de proteger la moralidad administrativa y el patrimonio público vulnerados, en su opinión, por el concepto No. 80112-0070 (A) de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, en el que se consignó la tesis jurídica, según la cual, cuando se presentan pagos por concepto de multas, intereses de mora o sanciones entre entidades públicas no existe detrimento al patrimonio público.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La Sala considera necesario precisar que mediante providencia del 19 de abril de 2007 la Sección Tercera de esta Corporación, estimó que el concepto No. 80112-0070 (A) del 15 de enero de 2001 proferido por la oficina jurídica de la Contraloría General de la República no tiene carácter vinculante, pues se trata de un estudio general sobre el daño patrimonial, en el que se incluyó una tesis interpretativa que carece per se de capacidad para producir vulneración de derechos colectivos a la moralidad administrativa o al patrimonio público.

No obstante lo anterior, esta Corporación en dicho fallo instó a la Contraloría General de la República a revisar el estudio materia de la discusión a fin de reconsiderar los argumentos que invocó la Auditoría General de la República en la acción popular.

Así las cosas, esta Sala conceptuará en abstracto sobre el problema jurídico planteado, con el fin de orientar el debate entre el ente de control y el ente auditor y contribuir a la unificación de criterios que permitan garantizar, de una parte, la defensa e integridad del patrimonio público y de otra, la seguridad jurídica de los procesos fiscales que se adelanten por esta causa.

Para ello, se procede a estudiar los siguientes asuntos: 1) Los argumentos en que se funda cada una de las tesis jurídicas que dieron lugar a la consulta. 2) Las normas constitucionales y legales que regulan la función pública de control fiscal. 3) El daño patrimonial como un elemento fundamental para que se genere responsabilidad fiscal en cabeza de un determinado gestor fiscal. 4) Las normas relativas a la autonomía de las entidades y organismos públicos en el manejo de los recursos a ellos asignados, con el fin de establecer si el principio de unidad de caja es suficiente para liberar de responsabilidad a los gestores fiscales que por su conducta negligente o dolosa generen el pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entidades u organismos públicos.

I. Problema jurídico

El problema jurídico objeto del presente concepto consiste en establecer si existe o no daño al patrimonio público cuando una entidad u organismo público paga intereses de mora, sanciones o multas a otro de esta misma naturaleza y si ello genera la obligación legal de adelantar procesos de responsabilidad fiscal contra los servidores públicos causantes de ese tipo de erogaciones.

Para mayor ilustración, la Sala destaca los argumentos en que se fundamentan las posiciones divergentes de la Contraloría General y la Auditoría General de la República.

i) Posición de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República

La oficina jurídica de la Contraloría General de la República, en la acción popular impetrada, así como en diversos conceptos proferidos desde el año 2001,¹⁰³⁷ ha sostenido que no existe detrimento patrimonial para el Estado cuando se pagan multas, sanciones e intereses de mora entre entidades públicas, por las siguientes razones:

- a. En virtud del principio de unidad de caja, los recursos públicos con independencia del nivel al que pertenezcan conforman una unidad patrimonial.
- b. El daño patrimonial como elemento de la responsabilidad fiscal debe determinarse frente al patrimonio del Estado en abstracto.
- c. Los pagos que se realicen entre las entidades u organismos públicos por estos conceptos no generan menoscabo o lesión al patrimonio del Estado, pues se trata de operaciones de mera transferencia de recursos.

ii) Posición de la Auditoría General de la República

La Auditoría General de la República, por el contrario, sostiene que la no apertura de investigaciones fiscales orientadas a recuperar el valor de las multas, sanciones e intereses de

1037 Oficina Jurídica. Conceptos Nos. 80112-0070 (A) del 15 de enero de 2000; 80112-2480 del 26 de julio de 2001; 80112-EE17314 del 22 de marzo de 2006. Acción Popular. Contestación de la demanda. Contraloría General de la República. AP 02417.

mora que tengan que pagar las entidades u organismos del Estado, debido a la conducta dolosa o culposa de los servidores encargados de la gestión de los recursos públicos, propicia el manejo irresponsable de los mismos y afecta el patrimonio de dichos entes que pierden la posibilidad jurídica de recuperar los dineros pagados por esos conceptos.

II. El control fiscal en la constitución. Principio de eficiencia en el manejo de los recursos públicos

El artículo 267 de la Constitución elevó el control fiscal a la categoría de función pública, en los siguientes términos:

*“Artículo 267.- El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual **vigila la gestión fiscal** de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. (...)*

*“La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un **control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales (...)**”. (Resalta la Sala).*

En concordancia con lo anterior, la Carta le atribuye al Contralor General de la República la función de **“Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal”** y a las contralorías departamentales, municipales y distritales la vigilancia de la gestión fiscal de estos entes territoriales (artículos 268 y 272 C.P.).

Las normas constitucionales en cita, permiten afirmar que a partir de la Constitución de 1991, la vigilancia fiscal del manejo de los recursos o fondos públicos, no se limita al control numérico legal, sino que debe orientarse a la evaluación integral de la gestión y de los resultados obtenidos por quienes los tienen a su cargo, pues por mandato constitucional expreso, el control fiscal debe fundarse en los principios constitucionales de eficiencia, economía, equidad y defensa del medio ambiente.

Siendo la eficiencia uno de los principios orientadores de la función administrativa¹⁰³⁸ y de la función pública de control fiscal, es evidente que quienes desarrollan actividades de gestión fiscal deben actuar con diligencia en el manejo de los recursos públicos, con el fin de maximizar el uso de los mismos, generar ahorro, reducir costos, evitar que se generen sobrecostos. De otra parte, es claro que las entidades y organismos deben responder por las obligaciones que legal o contractualmente adquieren, y si se causan pérdidas por la conducta dolosa o gravemente culposa de los gestores fiscales tendrán derecho al resarcimiento de lo pagado.

En consecuencia, la evaluación de la gestión fiscal que realiza la Contraloría General de la República y las contralorías del nivel territorial, busca asegurar que los recursos y bienes que la ley asigna a las entidades y organismos públicos en todos los niveles y órdenes se apliquen oportuna y adecuadamente al cumplimiento de sus cometidos específicos.

Así las cosas, encuentra la Sala que cuando una entidad u organismo público por causa de la negligencia, el descuido, o el dolo de un servidor público, a cuyo cargo esté la gestión fiscal de los recursos públicos, deba pagar una suma de dinero por concepto de

1038 Artículo 209 C.P.; Artículo 3º de la ley 489 de 1998.

intereses de mora, multas o sanciones, esa gestión fiscal no es susceptible de calificarse como eficiente y económica. Por el contrario, este tipo de erogaciones, como se analizará más adelante, representan para las entidades u organismos públicos deudores, gastos no previstos que afectan negativamente su patrimonio.

iii. El control fiscal, la responsabilidad fiscal y el daño patrimonial

La ley 42 de 1993, modificada parcialmente por la ley 610 de 2000, al desarrollar el sistema de control fiscal, precisó en el artículo 4º que éste se ejerce sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que “*manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes o niveles*”.

*En concordancia con lo anterior, el legislador estableció que están sujetos al control fiscal: “los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejan fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República”.*¹⁰³⁹

El control fiscal así concebido, se ejerce sobre los organismos y entidades públicas evaluando en cada uno de ellos, el grado de eficiencia, economía, eficacia y demás indicadores que permitan juzgar el resultado de la gestión fiscal cumplida por la entidad, u organismos y la de quienes están a cargo del manejo de los recursos asignados al cumplimiento de los cometidos estatales.

Si bien es cierto que a partir de la expedición de la ley 42 de 1993 se inició la adecuación de las normas de control fiscal a los postulados de la Constitución Política y se registraron avances en materia de responsabilidad fiscal, el legislador consciente de las dificultades que en la práctica se presentaron en los procesos adelantados por el ente de control fiscal debido a la falta de definición de algunos conceptos básicos en esta materia,¹⁰⁴⁰ decidió expedir la ley 610 de 2000.

En efecto, esta ley precisó el proceso de responsabilidad fiscal, su objeto y los elementos para que ella se configure. Esta clase de responsabilidad se predica siempre de una persona natural, bien sea servidor público o particular con funciones de gestión fiscal, en los siguientes términos:

“Artículo 1. Definición. *El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la **responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares**, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un **daño al patrimonio del Estado.**”*¹⁰⁴¹

¹⁰³⁹ Artículo 2º de la ley 42 de 1993. Corte Constitucional. C-529 de 1993.

¹⁰⁴⁰ Gaceta del Congreso No. 75 del 4 de mayo de 1999.

¹⁰⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001. “(...) la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “con ocasión de ésta”, contenida en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal”.

“Artículo 4. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense **el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.**(...)”

“Para el establecimiento de la responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

“Parágrafo 1º.- La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”.

Parágrafo 2º. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve”. (Este parágrafo fue declarado inconstitucional mediante la Sentencia C-619 de 2002)¹⁰⁴².

“Artículo 5º.- Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo entre los dos elementos anteriores”.

La Corte Constitucional en sentencia SU-620 de 1996, así lo entendió cuando analizó la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad fiscal, el daño patrimonial y las características del proceso de responsabilidad fiscal en la ley 42 de 1993.

Al respecto, dijo la Corte en el fallo en comentario:

a) El proceso de responsabilidad fiscal “(...) es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. (...)”.

b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso “(...) es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal. Dicha responsabilidad es, además, **patrimonial**, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir **el daño causado** por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la **respectiva entidad estatal** (...)”.

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal, (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993), en la medida en que lo que se persigue a través de la misma es “(...) **obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal** (...)” (Resalta la Sala).

¹⁰⁴² “(...) el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4º parágrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia”. La Corte Constitucional considerando que la responsabilidad patrimonial como la fiscal tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado, determinó que el grado de culpa debe ser el mismo para los dos tipos de responsabilidad, es decir, culpa grave.

Definido el concepto y los elementos de la responsabilidad fiscal, la ley incorporó la noción de daño patrimonial¹⁰⁴³ y señaló las conductas que pueden ocasionarlo. Dijo así en el artículo sexto:

“Artículo 6. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, (uso indebido¹⁰⁴⁴) o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado¹⁰⁴⁵, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, (inequitativa¹⁰⁴⁶) e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, **particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.**

“Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”. (Negrilla fuera del texto original).

En resumen, daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal.

En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto.¹⁰⁴⁷ Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración.¹⁰⁴⁸ Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto. Como se verá más adelante, la Constitución de 1991, la ley orgánica de presupuesto y otras, deslindan los presupuestos nacional, departamental, municipal y el de los demás organismos y entidades del Estado.

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-340 de 2007, al referirse al objeto sobre el que recae la lesión o el daño, señaló que el concepto *“intereses patrimoniales del Estado”* contenido en el artículo 6º de la ley 610 de 2000, es de carácter indeterminado pero determinable y se aplica a los bienes o fondos cuya titularidad esté en cabeza de una entidad pública. Sostuvo la Corte:

“(…) la expresión “intereses patrimoniales” es una referencia al objeto sobre el que recae el daño. De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudirse a las

1043 Gaceta del Congreso No. 177 de 2000.

1044 Corte Constitucional. Sentencia C-340 de 2007. Declaró inexecutable la expresión subrayada.

1045 Corte Constitucional. Sentencia C-340 de 2007. Declaró executable la expresión “Intereses patrimoniales del Estado.”

1046 Corte Constitucional. Sentencia C-340 de 2007. Declaró inexecutable la expresión subrayada.

1047 AP-0559 del 19 de febrero de 2004. “Por patrimonio público debe entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen al Estado, tanto los que se hallan en cabeza de la Nación como de las personas jurídicas estatales que son susceptibles de expresión o valoración económica o monetaria.”

1048 La definición de “Hacienda Nacional” contenida en el artículo 35 de la ley 42 de 1993, comprende única y exclusivamente la Hacienda de la persona jurídica “Nación”, constituida por los recursos que conforman el Tesoro Nacional y los bienes fiscales de la Nación y no el tesoro de las entidades territoriales, ni el las entidades descentralizadas (artículo 128 de la Constitución Política).

reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo, **no obstante la amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado.** Tal como se puso de presente en la Sentencia C-840 de 2001, los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, **se limita a una simple definición del daño**, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión **intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública**, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución.” (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, a la luz de las normas constitucionales que propenden por el manejo eficiente, responsable y oportuno de los recursos públicos por quienes tienen a su cargo tareas de gestión fiscal y, de las de carácter legal que conforman el régimen de control fiscal vigente, el daño causado por la conducta irregular de un servidor o particular se debe determinar en relación con los recursos que específicamente estuvieron a su disposición en razón de sus funciones y no en abstracto frente a los recursos que conforman el patrimonio del Estado.

IV. Determinación del daño patrimonial en el caso concreto

Como quiera que el daño patrimonial para efectos de responsabilidad fiscal recae sobre una entidad u organismo determinado y no sobre el patrimonio del Estado considerado en abstracto, pasa la Sala a estudiar, si constituye daño patrimonial el hecho de que una entidad u organismo se vea en la obligación de pagar a otro de su misma naturaleza, multas, sanciones o intereses de mora, que se generen en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal.

En términos generales el daño patrimonial se presenta cuando *“la agresión golpea un interés que hace parte del patrimonio o un bien patrimonial o afecta al patrimonio, por disminución del activo o por incremento del pasivo”*¹⁰⁴⁹. En materia de responsabilidad fiscal, esto no es diferente, ya que el daño aparece cuando se produce una lesión, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos de una entidad u órgano público, por una gestión antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal. (Artículo 6º de la ley 610 de 2000).

En el caso concreto del pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes de carácter público, hay que determinar si ellos se produjeron por la conducta dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna o por una omisión **imputable a un gestor fiscal**. Si así se concluye, surge para el ente que hace la erogación, un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal. Es claro, entonces, que dicho gasto implica una disminución o merma de los recursos asignados a la entidad u organismo, por el cual debe responder el gestor fiscal.

1049 Henao, Juan Carlos. *El Daño*. Universidad Externado de Colombia. 1998

No sobra enfatizar en este punto, que la Constitución y el régimen de control fiscal vigente no consagran la responsabilidad fiscal objetiva de los servidores públicos, de manera que para que ella se pueda declarar, se requiere, en todo caso, que en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelante se pruebe fehacientemente la existencia de los tres elementos que la integran, vale decir, el daño patrimonial, representado en este caso, por el monto de los recursos que la entidad u organismo tuvo que pagar por concepto de multas, sanciones o intereses de mora, “la conducta dolosa o gravemente culposa” del servidor y el nexo causal entre los dos anteriores (artículo 5º de la ley 610 de 2000).

V. El principio presupuestal de unidad de caja

El Estatuto Orgánico del Presupuesto, define el principio de unidad de caja como sigue:

“Artículo 16.- Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación (...)

“Parágrafo. 1º- Los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional son propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la dirección del tesoro nacional y asignará por lo menos el 20% al establecimiento público que haya generado dicho excedente. Se exceptúan de esta norma los establecimientos públicos que administran contribuciones parafiscales.

“Parágrafo. 2º- Los rendimientos financieros de los establecimientos públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la dirección del tesoro nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente ley”.(Negrilla fuera del texto original).

Al considerar la formulación del principio de unidad de caja, que en últimas conduce a decir que todos los recursos de la Nación van a una bolsa común para responder con ella por los gastos decretados en el presupuesto, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

a.- La autonomía constitucionalmente conferida a los entes territoriales y a las entidades descentralizadas por servicios, se traduce, entre otras, en la facultad para administrar los recursos y los bienes a ellos asignados dentro de los límites que fija la Constitución, la ley y en particular, los del Estatuto Orgánico del presupuesto.

b.- El artículo 352 de la Constitución Política reconoce la existencia de presupuestos separados en los diferentes órdenes: **el nacional, los territoriales y los de las entidades descentralizadas de cualquier nivel.**

c.- El hecho cierto de que por mandato de la ley orgánica, los entes territoriales deban regirse por el principio de unidad de caja y que las entidades descentralizadas territorialmente en su ejecución presupuestal deban ajustarse a las políticas fiscales del Estado como un todo, **no implica que los recursos de este tipo de entes deban hacer unidad de caja con los de la Nación**, pues se trata de presupuestos y patrimonios independientes en razón de la autonomía constitucional y legal conferida a ellos.

d.- En relación con los demás entes que forman parte del presupuesto de la Nación, la Sala considera importante enfatizar, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 110

del Estatuto Orgánico del Presupuesto, los órganos que son una sección del presupuesto general de la Nación tienen “(...)capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley” .

En concordancia con lo anterior, la ley 80 de 1993, al definir qué se entiende por entidad estatal incluyó tanto a la Nación, como a las entidades territoriales, al Senado de la República, la Cámara de Representantes, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, unidades administrativas especiales y, “en general los **organismos o dependencias del Estado** a los que la ley otorgue capacidad de celebrar contratos”¹⁰⁵⁰.

Siendo el presupuesto y la contratación instrumentos centrales en el manejo de los recursos públicos y una expresión de la autonomía administrativa y financiera que la ley les confiere a las entidades estatales definidas en la ley 80 de 1993, encuentra plena justificación que el legislador al definir cuál es el objeto de la responsabilidad en el artículo 4º de la ley 610 de 2000, haya señalado que éste es el resarcimiento del “perjuicio sufrido por la **entidad estatal**”.

Conforme con lo anterior, el Decreto 111 de 1996, dispone:

“Artículo 44.- Los jefes de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación asignarán en sus anteproyectos de presupuesto y girarán oportunamente los recursos apropiados para servir la deuda pública y atender el pago de los servicios públicos domiciliarios, incluidos los de agua, luz, teléfono, a quienes no cumplan con esta obligación se les iniciará un juicio fiscal de cuentas por parte de la Contraloría General de la República, en el que se podrán imponer las multas que se estimen necesarias hasta que se garantice su cumplimiento. Esta disposición se aplicará a las entidades territoriales (ley 38 de 1989, art.88. Ley 179 de 1994 art.50)”

“Artículo. 45.- Los créditos judicialmente reconocidos, los laudos arbitrales y las conciliaciones se presupuestarán en cada sección presupuestal a la que corresponda el negocio respectivo y con cargo a sus apropiaciones se pagarán las obligaciones que se deriven de éstos.

“Será responsabilidad de cada órgano defender los intereses el Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales, para lo cual el Jefe de cada órgano tomará las medidas conducentes.

“En caso de negligencia de algún servidor público en la defensa de estos intereses y en el cumplimiento de estas actuaciones, el juez que le correspondió fallar el proceso contra el Estado, de oficio, o cualquier ciudadano, deberá hacerlo conocer del órgano respectivo para que se inicien las investigaciones administrativas, fiscales y/o penales del caso. Además, los servidores públicos responderán patrimonialmente por los intereses y demás perjuicios que se causen para el Tesoro Público como consecuencia del incumplimiento, imputables a ellos, en el pago de éstas obligaciones”. (Negrilla fuera del texto original).

“Artículo. 112.- Además de la responsabilidad penal a que haya lugar, **Serán fiscalmente responsables:** a) Los ordenadores de gasto y cualquier otro funcionario que contrai-

1050 Ver Artículo 2º- De la definición de entidades, servidores y servicios públicos.

ga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la Ley, o que expidan giros para pagos de las mismas; b) Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas; c) El Ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal. d) Los Pagadores y el Auditor Fiscal que efectúen y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente Estatuto y en las demás normas que regulan la materia. **Parágrafo. Los ordenadores, pagadores, auditores y demás funcionarios responsables que estando disponibles los fondos y legalizados los compromisos demoren sin justa causa su cancelación o pago, incurrirán en causal de mala conducta**". (Ley 38 de 1989, Art. 89, Ley 179 de 1994, Art. 55, incisos 3 y 16, Art. 71). (Negrilla fuera del texto original).

El conjunto normativo transcrito, es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma¹⁰⁵¹, lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismos públicos.

Así las cosas, el principio de unidad de caja no puede tenerse como eximente de responsabilidad fiscal.

En concordancia con lo expuesto, esta Sala en el concepto 1637 de 2005, al analizar los efectos que pueden producirse a raíz del incumplimiento de la obligación de transferir recursos entre entidades u organismos públicos, consideró que eventualmente los servidores públicos podrían ser responsables patrimonialmente por *"los intereses y demás perjuicios que puedan causarse por la demora injustificada en la cancelación de los compromisos adquiridos"*.

Por último, considera esta Sala que el pago de sumas por concepto de intereses de mora, sanciones o multas entre entidades u organismos públicos originados en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, no puede calificarse contable, ni presupuestalmente como una mera transferencia de recursos,¹⁰⁵² sino como un gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones de dicho gestor fiscal. En consecuencia, tiene razón un sector de la doctrina cuando afirma que en estos casos no puede hablarse simplemente de que el dinero público pasa de un bolsillo a otro de la misma persona.¹⁰⁵³

1051 Amaya Olaya, Uriel Alberto. *Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales*. Universidad Externado de Colombia. 2002

1052 Resolución 355 de 2007. **"278. Las transferencias comprenden los recursos originados en traslados sin contraprestación directa, efectuados entre las entidades contables públicas de los diversos niveles y sectores."**

En concordancia con lo anterior, presupuestalmente, dicha operación se describe como: 2.1.3. Transferencias corrientes.- Son recursos que transfieren los órganos a entidades nacionales o internacionales o privadas, con fundamento en un mandato legal. (...) 2.1.3.2. Transferencias al Sector Público. Estas transferencias corresponden a las apropiaciones que los órganos destinan con fundamento en un mandato legal a entidades públicas del orden nacional para que desarrollen un fin específico. 2.1.2.6. Otras transferencias corrientes.- Son recursos que transfieren los órganos a personas naturales o jurídicas, con fundamento en un mandato legal, que no se pueden clasificar en las anteriores subcuentas de transferencias corrientes." (Resalta la Sala). (Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano. Ministerio de Hacienda y Crédito Público).

1053 Amaya Olaya, Uriel Alberto. *Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales*. Universidad Externado de Colombia. 2002

LA SALA RESPONDE:

1 Y 2 De acuerdo con lo dispuesto en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuando una entidad u organismo de carácter público paga a otro de su misma naturaleza una suma de dinero por concepto de multas, intereses de mora o sanciones, se produce un daño patrimonial. Dicho daño puede dar lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido, cuando en el proceso de responsabilidad se pruebe que existió una conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre ésta y el daño.

El pago que una entidad u organismo público efectúe por estos conceptos a otra de su misma naturaleza, presupuestal y contablemente es un gasto que merma su patrimonio y no una mera operación de transferencia de recursos entre entes públicos.

3. El principio presupuestal de unidad de caja no exime de responsabilidad fiscal al gestor fiscal que con su conducta dolosa o gravemente culposa genere gastos injustificados con cargo a la entidad u organismo, como sería el caso del pago de intereses de mora, multas o sanciones.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. TATIANA ORJUELA VEGA. Secretaria de la Sala.

2. Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República. Alcance de la remisión al Estatuto Tributario por la Ley 1066 de 2006

Radicado 1882

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 2008/03/05

Levantamiento de la reserva mediante oficio No 9596-041-0410 del 18 de abril de 2008

El Ministerio del Interior y de Justicia consulta a esta Sala si el procedimiento que se debe seguir por parte de los organismos de control fiscal para el ejercicio de la función de cobro coactivo de las obligaciones a su favor es el previsto en el Código de Procedimiento Civil -por remisión del artículo 90 de la Ley 42 de 1993-, o el establecido en el Estatuto Tributario, conforme lo previó recientemente el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 5o. FACULTAD DE COBRO COACTIVO Y PROCEDIMIENTO PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

Para explicar el origen de su consulta el Ministerio hace referencia a las siguientes consideraciones:

1. Que en el ejercicio de la función de cobro coactivo por parte de la Contraloría General de la República y de la Auditoría General de la República se han presentado dos interpretaciones distintas en relación con la aplicación o no del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 a esas entidades:

1.1 La Contraloría General de la República¹⁰⁵⁴ considera que el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 se aplica a esa entidad, porque expresamente se refiere a las entidades que ejercen funciones administrativas y a los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política; por tanto, el procedimiento que rige para el ejercicio de la función de jurisdicción coactiva es el previsto en el Estatuto Tributario (artículo 5º de la Ley 1066 de 2006) y no el establecido en el Código de Procedimiento Civil como se preveía en el artículo 90 de la Ley 42 de 1993, que en ese sentido se entiende modificado.

1.2 La Auditoría General de la República¹⁰⁵⁵ afirma por su parte que el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 se refiere exclusivamente a aquéllas entidades que ejercen “funciones administrativas”, de forma que dicha ley no le sería aplicable en tanto que dicha Auditoría -como la Contraloría- no cumplen “funciones administrativas diferentes a las inherentes a su propia organización”; en consecuencia, considera que el procedimiento aplicable para el cobro coactivo de las obligaciones a su favor sigue siendo el previsto en el Código de Procedimiento Civil, en los términos del artículo 90 de la Ley 42 de 1993.

2. Que la Auditoría apoya su interpretación en la *Sentencia C-189 de 1998* a partir de la diferencia que en ella se hace entre función pública, función administrativa y función fiscal, lo que impediría la asimilación de la función de control fiscal con las funciones propias de otras ramas del poder público.

En función de los anteriores elementos el Ministerio del Interior y de Justicia hace la siguiente pregunta:

“¿Cuál de las dos normas citadas, a juicio de esa Honorable Sala, debe aplicar la Auditoría y la Contraloría General de la República en el trámite de los procesos de cobro coactivo: el artículo 90 de la Ley 42 de 1993 y, por consiguiente, por remisión el Código de Procedimiento Civil o, por el contrario, el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006, en cuanto ésta remite al estatuto tributario?”

CONSIDERACIONES

1. Planteamiento del problema

Se pregunta a la Sala cuál es el procedimiento de cobro coactivo que deben seguir la Contraloría General de la República¹⁰⁵⁶ y la Auditoría General de la República¹⁰⁵⁷ para el

1054 Concepto 80112 de 2007 de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República que se adjunta por el Ministerio consultante.

1055 Memorando Interno N.U.R. 212-3-1857 de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República que se allega con la consulta.

1056 La Contraloría tiene jurisdicción coactiva de conformidad con el artículo 58 de la Ley 610 de 2001, que a su vez modificó el artículo 82 de la Ley 42 de 1993. Además, desde la Ley 6 de 1992 (art.112) se establecía expresamente que esa entidad tenía la facultad de cobrar sus obligaciones por jurisdicción coactiva.

1057 De acuerdo con el numeral 11 del artículo 17 del Decreto 272 de 2000 al Auditor General le corresponde ejercer la función de jurisdicción coactiva en su entidad.

recaudo de las obligaciones a su favor, originadas en el ejercicio de la función de control fiscal que les atribuye la Constitución.

El problema surge porque mientras la Ley 42 de 1993 remite al Código de Procedimiento Civil¹⁰⁵⁸, el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 -norma posterior- lo hace al Estatuto Tributario.

Si bien para la Contraloría General de la República no existe duda de que esta última disposición le es aplicable, la Auditoría plantea un entendimiento distinto, pues a su juicio el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 sólo cubre a las entidades públicas -con o sin autonomía o régimen especial- que ejercen “funciones administrativas”; y como, según interpreta con base en la Sentencia C-189 de 1998, la función de control fiscal no puede ser considerada para ningún efecto como función administrativa, concluye que la Ley 1066 de 2006 no la cubre y que, en esa medida, el artículo 90 de la Ley 42 de 1993 continúa vigente en cuanto a la remisión al Código de Procedimiento Civil para el adelantamiento de los procesos de jurisdicción coactiva por parte de los organismos de control fiscal.

Para resolver el interrogante planteado la Sala procederá de la siguiente manera: (i) en primer lugar analizará la Sentencia C-189 de 1998 y mostrará cómo la interpretación de la Auditoría General de la República se encuentra desvirtuada en esa misma providencia; (ii) en segundo lugar, se hará referencia a la autonomía de la Contraloría y de la Auditoría como criterio que ratifica la aplicabilidad del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 a esas entidades.

2. El sentido de la Sentencia C-189 de 1998: la especialidad de la función de control fiscal no impide su consideración como función administrativa

Inicialmente cabe recordar que en la Sentencia C-189 de 1998¹⁰⁵⁹ que sirve de base a los planteamientos de la Auditoría, la Corte Constitucional revisó una demanda contra los artículos 80 y 81 de la Ley 42 de 1993, los cuales califican de administrativos determinados actos de la Contraloría General de la República expedidos en los juicios de responsabilidad fiscal y señalan que los mismos se notificarán conforme al Código Contencioso Administrativo y estarán sujetos a las “acciones previstas en la ley”. A juicio del demandante, dichos artículos desconocían que conforme al artículo 267 de la Constitución Política la Contraloría General de la República no ejerce funciones administrativas “distintas a las inherentes a su propia organización” -lo que impedía calificar sus actos de administrativos-, además de que vulneraban su autonomía constitucional al permitir por esa vía la existencia de un control judicial sobre la Contraloría.

De esta providencia, la Auditoría General de la República tiene en cuenta los siguientes apartes para apoyar sus conclusiones:

“La Corte coincide con la actora y algunos de los intervinientes en que la Constitución se distancia de ciertas visiones jurídicas, según las cuales, en el Estado sólo existen tres ramas (legislativa, ejecutiva y

1058 “ARTÍCULO 90. Para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos a que se refiere la presente Ley, se seguirá el proceso de jurisdicción coactiva señalado en el Código de Procedimiento Civil, salvo los aspectos especiales que aquí se regulan.”

1059 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

judicial) con funciones nítidamente separadas. La Carta mantiene el principio de separación de poderes (CP art. 113) pero le confiere una naturaleza más compleja, en un doble sentido. De un lado, admite que existen órganos autónomos cuyas funciones no pueden ni deben ser encajadas dentro de la división clásica en tres ramas del poder, como los órganos de control y la organización electoral. Y, de otro lado, la Carta no sólo admite sino que promueve la existencia de controles recíprocos entre las distintas ramas y órganos autónomos, por medio del clásico mecanismo de pesos y contrapesos, como bien lo resalta uno de los intervinientes. “

En tal contexto, la actora y los intervinientes tienen igualmente razón en insistir en que, conforme a esa nueva visión del principio de separación de poderes, la Carta otorga no sólo autonomía orgánica sino también unas funciones propias y específicas a las contralorías (CP arts 113, 119, 267 y 268), por lo cual es claro que estos órganos de control no hacen parte de la Rama Ejecutiva ni desarrollan, como actividad, principal tareas administrativas, como las que adelantan la administración central y las administraciones seccionales.

Por ello, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, la Constitución quiso “distinguir nítidamente la función propiamente administrativa del Ejecutivo de la función fiscalizadora de la Contraloría, pues consideró que la confusión de tales funciones comportaba efectos perjudiciales para la marcha del Estado”¹⁰⁶⁰. Esto se desprende con nitidez no sólo del texto constitucional, que explicita que la tarea propia de estas entidades es la vigilancia y el control fiscal de la administración (CP arts 119 y 267) sino, además, del examen de los debates constituyentes, en donde claramente se señaló que ‘no se debe confundir la función fiscalizadora con la función administrativo o gubernativa, pues son de naturaleza totalmente distinta y se ejerce por actos también diferentes’¹⁰⁶¹.“

Sin embargo, estos párrafos sólo corresponden a la primera parte de la sentencia, en los que la Corte Constitucional apenas establece una visión general sobre la existencia de órganos autónomos encargados de las funciones de control y electoral, distintas de las ejercidas por las tres ramas del poder público (art. 113 C.P.).

En ese sentido, algunas consideraciones posteriores de la misma sentencia llevan a la Sala a una conclusión diferente a la propuesta por la Auditoría General de la República.

En efecto, la Corte señaló enseguida que si bien las contralorías no hacen parte de la rama ejecutiva, ni ejercen funciones de gobierno o de ejecución administrativa, salvo aquellas estrictamente referidas a su organización interna, no es contrario a la Constitución que la ley otorgue “*naturaleza administrativa*” a sus actuaciones, pues “*es equívoco sostener que la distinción entre la función administrativa y las labores de control fiscal implica que la ley no puede atribuir naturaleza administrativa a las actuaciones de control desarrolladas por las contralorías*”.¹⁰⁶² (Resaltado de la Sala).

Aclaró entonces la Corte que la diferenciación entre función administrativa y función fiscal es importante en dos ámbitos específicos que son importantes para efectos de esta consulta: (i) para evitar que se pueda entender que las contralorías están sujetas al poder de tutela administrativa del Ejecutivo; y, especialmente, (ii) para fijar una *cláusula límite*

1060 Sentencia C-100 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No. 6

1061 Cfr. Hernando Herrera et al. “Informe Ponencia sobre Estructura del Estado” en Gaceta Constitucional No 59, p 10.

1062 Cfr. Sentencia C-189 de 1998.

en el ejercicio de la función de control fiscal por parte de los órganos que la detentan, en el sentido que a través de ella *no se puede coadministrar a las entidades vigiladas*.

En ese contexto, la expresión “*no tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización*” (art. 267, inciso 4º C.P.) significa en relación con la Contraloría General de la República que “la única función propiamente de actuación administrativa que ejercen los contralores es la relativa a la organización interna de la entidad, como puede ser la ejecución del presupuesto y el nombramiento de funcionarios, por lo cual, al desarrollar la actividad de fiscalización, estos órganos de control deben evitar convertirse en coadministradores”¹⁰⁶³.

Por ello, la providencia en cita advierte sobre la debilidad del razonamiento hecho por el demandante a partir de una supuesta incompatibilidad entre la autonomía de la función fiscal y la naturaleza administrativa de las decisiones de los órganos de control, frente a lo cual indica¹⁰⁶⁴:

“Así, el argumento de la actora puede ser resumido y formalizado de la siguiente manera:

Premisa 1: Las funciones de control y de administración son dos actividades diversas (CP arts 115 y 119).

Premisa 2: La Constitución quiso distinguir esas funciones y las atribuyó a órganos distintos (CP arts. 113, 115 y 119).

Premisa 3. La Carta restringió entonces las contralorías a la actividad específica de control, por lo cual limitó de manera expresa su acción administrativa exclusivamente a aquellos actos que se relacionan con su organización interna (CP . 267)

Conclusión: Por consiguiente, los actos de las contralorías, cuando adelantan sus funciones de control, no pueden ser definidos por la ley como administrativos, pues se estarían vulnerando las anteriores premisas constitucionales.

La Corte considera que las premisas del razonamiento son válidas pues tienen sustento en la propia Carta. Sin embargo, la conclusión no se desprende de ellas, ya que la inferencia, a pesar de su apariencia lógica, es equivocada pues se basa en una ambigüedad conceptual y semántica. Así, la actora identifica el sentido de la palabra “administrativo” en la conclusión y en las premisas, ya

1063 En la misma Sentencia C-189 de 1998 se dijo: “En efecto, un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea muestra que la voluntad del Constituyente fue evitar ante todo la coadministración por los órganos de control, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión).” (ibídem). Sobre este aspecto, ya en sentencia C-176 de 1995 la Corte había señalado que “se termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo; se introducen en la marcha del Estado criterios de racionalidad, y se dispone el control de los fines u objetivos del poder público. (...) Esta función tiende a evitar que el control incida negativamente en la administración, de manera que los sujetos de este control dependan de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, igualmente es selectiva en cuanto que no deben ser objeto de control todas las actuaciones, sino aquellas que la Contraloría estime deben ser revisadas, sin que se congestione la actividad administrativa de los sujetos controlados. (se resalta). Igualmente, puede verse la Sentencia C-374 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

1064 En el caso de la consulta, el razonamiento de la Auditoría parte de supuestos casi idénticos a los que desvirtúa la Corte: (i) La Auditoría ejerce función fiscal y no administrativa según la Constitución y la Sentencia C-189 de 1998; (ii) el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 se refiere a las entidades del estado y órganos autónomos que ejercen función administrativa; (iii) En consecuencia, la Ley 1066 de 2006 no le es aplicable a la Auditoría porque ejerce función fiscal y no administrativa. Como se observa, este razonamiento es equivocado.

que presupone que la definición legal de un acto como administrativo convierte la actuación así definida en una forma de ejercicio de una función administrativa. Sin embargo, un análisis más detenido muestra que ello no es obligatoriamente así pues el sentido de la palabra en ambos casos es diverso. En las premisas, esa expresión hace referencia a que la autoridad desarrolle una función administrativa, mientras que en la conclusión, el efecto de que la ley atribuya naturaleza administrativa a un acto es permitir su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por ende, la definición de un acto de control de una entidad como “administrativo” en manera alguna convierte la actuación de esa entidad en una actividad de “administración”, esto es, de ejecución administrativa o de desarrollo de una función administrativa. Así, desde tiempo atrás, la ley colombiana ha atribuido a la supervigilancia adelantada por la Procuraduría contra los funcionarios de la rama ejecutiva una naturaleza administrativa, por lo cual sus actos son impugnables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, ese hecho no implica que se confunda la función disciplinaria de la Procuraduría con las labores de ejecución administrativa desarrolladas por los miembros del Ejecutivo. En ese mismo orden de ideas, la atribución de carácter administrativo a una tarea de control de la Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.” (se resalta)

En consecuencia, frente a la pregunta planteada por la Corte en la misma Sentencia C-189 de 1998, sobre si *¿significa entonces que los actos de la contraloría, por no ser producto de una ejecución administrativa, no pueden ser de naturaleza administrativa, sino de otro carácter?*, esa corporación responde negativamente con base en las siguientes razones:

14- *Conforme a lo anterior, es claro que la Constitución no prohíbe que se atribuya naturaleza administrativa a los actos de control de las contralorías, siempre y cuando eso no se traduzca en una coadministración por parte de esas entidades, ni en una vulneración de la autonomía misma de los órganos de control.*

(...) Por ende, el interrogante que surge es si, en los anteriores términos, **la definición de los juicios fiscales como administrativos** y su revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo es admisible. Y para la Corte la respuesta es claramente afirmativa, por las siguientes razones.

En primer término, los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada (CP art. 268 ord. 5º). (...)

En segundo término, esta Corte ha señalado que la Contraloría, si bien es un órgano autónomo, no es autárquico y se encuentra sometido a controles y, en especial, al principio de legalidad. Por ende, es claro “que la regulación del proceso de responsabilidad fiscal corresponde al legislador, conforme a los arts. 6, 29, 121, 124, 150-23 de la Constitución”, por lo cual en principio **nada se puede objetar a que el Congreso regule la naturaleza de estos procesos y les atribuya carácter administrativo.**

Así, la Corte concluye que conforme a su “reiterado” criterio sobre la “naturaleza esencialmente administrativa de los procesos de responsabilidad fiscal,” las expresiones demandadas de los artículos 80 y 81 de la Ley 41 de 1992, en cuanto califican como

administrativos los actos de las contralorías, no son contrarios a la Constitución Política, pues respetan la autonomía de estas entidades, a la vez que garantizan el control judicial de sus actuaciones.

Se observa entonces que la Sentencia C-189 de 1998 no le otorga carácter absoluto a la distinción entre funciones administrativas y de control fiscal como lo afirma la Auditoría General de la República. Esa diferenciación solamente adquiere relevancia en contextos específicos en los que, para evitar interferencias indebidas del Ejecutivo sobre los organismos de control y, especialmente, fenómenos de coadministración por parte de estos últimos sobre las entidades sujetas a su vigilancia, es necesario diferenciar “*la administración activa*” (que es inherente pero no exclusiva de la rama ejecutiva) de “*la administración pasiva*” o *de control* cuya tarea “no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa”¹⁰⁶⁵.

Conforme a lo anterior, para esta Sala es claro que la actividad de los organismos de control puede ser entendida como administrativa por el legislador en contextos generales que no afectan el núcleo central de su autonomía ni desvirtúan la prohibición constitucional de coadministración. En ese orden, no resulta incompatible el encuadramiento de los actos de control fiscal en la teoría general de los actos administrativos, ni su entendimiento desde la perspectiva general de las actividades administrativas del Estado¹⁰⁶⁶.

En síntesis, la Sala encuentra que no se puede concluir, como lo afirma la Auditoría, que el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 sea inaplicable a los organismos de control fiscal, bajo la consideración de que su función no tiene naturaleza administrativa.

3. Aplicación del artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 a los órganos autónomos o con régimen especial derivado de la Constitución Política de 1991

Ahora bien, además de lo ya expuesto, el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 extiende expresamente su ámbito de aplicación a los órganos autónomos o con régimen especial, lo que confirma la interpretación de la Contraloría General de la República sobre la aplicación de dicha ley a los órganos de control fiscal. En efecto, dicho artículo dispone:

*“ARTÍCULO 5o. FACULTAD DE COBRO COACTIVO Y PROCEDIMIENTO PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, **incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política**, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.” (se resalta)*

En este sentido, en relación con la autonomía de la Contraloría General de la República la jurisprudencia ha indicado:

*“Como órganos autónomos e independientes, determinó el artículo 117 Superior los denominados “**de control**”, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, ésta última que tiene a su cargo*

1065 Cfr. Sentencia C-189 de 1998.

1066 *Ibidem*.

la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración. (C.P. art.119). Esta lógica de separación, independencia y autonomía otorgada a la Contraloría General de la República, anuncia por sí misma, la concepción que se consagra en la nueva Constitución del control fiscal.

*De acuerdo con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución, le corresponde a la Contraloría General de la República ejercer la función pública de control fiscal, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación. Norma que igualmente ha determinado, que la Contraloría es una entidad de carácter técnico, que no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización; y también, le otorga directamente la Constitución, autonomía administrativa y presupuestal, como un reflejo de la estructura orgánico-funcional básica del Estado.*¹⁰⁶⁷

Por tanto, respecto de la Contraloría no cabe duda que de conformidad con los artículos 119 y 273 de la Constitución, su naturaleza es, como se ha dicho, la de “un órgano autónomo de creación constitucional”.¹⁰⁶⁸ De ahí que, no haya lugar a equívocos sobre la sujeción de esa entidad al artículo 5º de la Ley 1066 de 2006.

Ahora bien, el artículo 274 de la Constitución establece que el control fiscal sobre la Contraloría General de la República será realizado por un auditor nombrado por dos años por el Consejo de Estado, quien ejercerá sus funciones en los términos en que lo señale la ley. Dicho mandato está desarrollado en el Decreto 272 de 2000, en el cual se establece que “la Auditoría General de la República es un organismo de vigilancia de la gestión fiscal, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, el cual está a cargo del Auditor de que trata el artículo 274 de la Constitución Política” (art.1).

En relación con esta Auditoría cabe señalar que aunque su regulación constitucional no tiene la misma intensidad que la prevista para la Contraloría, la Corte Constitucional le ha reconocido un régimen especial de autonomía, en el entendido que tanto esa entidad como la Contraloría General de la República ejercen una misma función (de control fiscal) y, por ende, deben contar con iguales presupuestos normativos y materiales para su ejercicio¹⁰⁶⁹.

Así, al estudiar la constitucionalidad del artículo 81 de la Ley 106 de 1994, según el cual la Auditoría era una “dependencia” de carácter técnico, “adscrita” al Despacho del Contralor General, la Corte señaló¹⁰⁷⁰:

“Aunque la norma constitucional no especifica en qué términos debe desarrollarse la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República por parte del auditor, la vigencia del principio de legalidad y de los principios de moralidad y probidad en el manejo de los recursos y bienes públicos impone concluir que la anotada vigilancia debe producirse con la misma intensidad y de conformidad con los mismos principios que regulan el control fiscal que la Contraloría General de la República realiza

1067 Sentencia C-1176 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

1068 Sentencia C-655 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido, Sentencia C-462 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

1069 Sobre la autonomía de la Auditoría General de la República también se pueden consultar los Conceptos 550 de 1993, M.P. Jaime Betancur Cuartas y 1392 de 2002, M.P. Susana Montes Echeverri. En este último se señaló: (...) por consiguiente, la función de vigilancia de la gestión fiscal que realiza la Auditoría General de la República es de la misma naturaleza, comprende el mismo objeto y tiene el mismo alcance, que la gestión fiscal que ejercen la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales respecto de las entidades por ellas vigiladas”.

1070 Sentencia C-499 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

frente a las restantes entidades y organismos del Estado. **Si ello es así, la auditoría a que se refiere el artículo 274 de la Constitución Política debe contar con todas aquellas garantías de autonomía que el Estatuto Superior depara a los órganos que llevan a cabo la vigilancia de la gestión fiscal en Colombia para la realización de sus funciones.**¹⁰⁷¹ (Se resalta).

Posteriormente, en la Sentencia C-1339 de 2000¹⁰⁷² se analizó la constitucionalidad de diversos apartes del Decreto 272 de 2000 referentes a la autonomía de la Auditoría General de la República, frente a lo cual la Corte indicó (Se subraya):

“b) En relación con el cargo según el cual el art. 1º crea un nuevo órgano, no previsto por el art. 274 de la Constitución, al señalar que la Auditoría General de la República es un organismo encargado de la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, la Corte considera que no le asiste razón al demandante.

En efecto, como lo señaló la Corte en la sentencia C-499/98, es de la esencia del órgano de control de la gestión fiscal de las contralorías, su carácter técnico; estar dotado, de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica, y poseer una estructura y organización administrativa propias, que lo habiliten para ejercer sus competencias, con la misma intensidad y de acuerdo con los principios que regulan el control fiscal que aquéllas ejercen.

No resulta inconstitucional, por lo tanto, que en desarrollo del art. 274 de la Constitución se institucionalice en la referida norma el órgano de control, con la denominación de Auditoría General de la República, con las características anotadas, y que se institucionalice igualmente el órgano persona, es decir, el Auditor, bajo cuya dirección se encuentra aquélla.”

Así, siguiendo este razonamiento, la Sentencia C-402 de 2001 señaló que *“el artículo 274 de la Constitución también le atribuye autonomía e independencia a la Auditoría General de la República, cuando le asigna la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la Nación.”*¹⁰⁷³ En ese mismo sentido y de manera aún más reciente, la Corte Constitucional ratificó la regla de autonomía que rige el funcionamiento de la Auditoría General de la República¹⁰⁷⁴, respecto de la cual indicó:

1071 Con base en lo anterior la Corte declaró la inconstitucionalidad de la expresión “adscrita” y la constitucionalidad condicionada de la expresión “dependencia”, bajo el entendido que esta última se refiere “a un órgano de fiscalización autónomo de origen constitucional.” (ibídem).

1072 M.P. Antonio Barrera Carbonell. También puede verse la Sentencia C-1174 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

1073 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha señalado que *“en el artículo 274 de la Carta, la Auditoría General de la República quedó prevista como organismo de rango constitucional”* (Concepto 1392 de 2002, M.P. Susana Montes Echeverri).

1074 Es importante tener en cuenta que la autonomía de los órganos constitucionales autónomos y, en particular, de los que ejercen control fiscal, debe ser entendida dentro de la concepción unitaria del Estado Social de Derecho, en el cual el concepto de autonomía “carece de un alcance tal que involucren la ausencia de sometimiento a los cánones constitucionales que regulan la función pública ejercida por los organismos del Estado.” (Sentencia C-315 de 2007., M.P. Jaime Córdoba Triviño). En el mismo sentido, la sentencia C-319 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería, señaló que la autonomía de la Auditoría General de la República no comporta su liberación de los principios fundamentales del Estado de Derecho: *“En consecuencia, siendo la Auditoría General de la República un órgano del Estado y el Auditor General de la República un servidor público de éste, se encuentran sometidos y subordinados a lo que el Estado de Derecho especifique como competencias y atribuciones suyas, tal y como lo determinan los artículos 6º, 121, 122 y 123 de la Constitución Política (numeral 10 de esta providencia).”* En esa medida, el legislador tiene competencia para establecer un marco jurídico que regule la actuación de los órganos autónomos, permita su integración al funcionamiento del Estado y facilite su articulación con los fines, principios y valores constitucionales: *“En síntesis, el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos*

“10. La autonomía de la Auditoría General de la República

10.1. *El artículo 274 Superior dispone que la vigilancia de la gestión Fiscal de la Contraloría General de la República será ejercida por un auditor elegido para periodos de dos años por el Consejo de estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. Acerca del reconocimiento constitucional de la AGR, decisiones anteriores de esta Corporación han insistido que dicha entidad debe estar cobijada por las prerrogativas necesarias para el ejercicio adecuado e imparcial del control fiscal externo, en sus facetas de control financiero, de gestión, de legalidad y de resultados.” (...)*

10.2. *Bajo estos presupuestos, el carácter técnico del control fiscal impone la necesidad que los organismos que lo ejercen, en este caso la AGR, gocen de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica, al igual que de **“una estructura y organización administrativa propias, que lo habiliten para ejercer sus competencias, con la misma intensidad y de acuerdo con los principios que regulan el control fiscal que aquellas ejercen”**.*¹⁰⁷⁵

Así entonces, no existen argumentos para afirmar, como lo hace la Auditoría General de la República, que el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 no es aplicable a esa entidad y, en general, a los órganos de control fiscal.

En este sentido, esta Sala ya había señalado que la Ley 1066 de 2006 unificaba las formas de cobro coactivo, inclusive para los órganos autónomos y entidades con régimen especial derivado de la Constitución, en orden a garantizar para todas ellas el ejercicio de esa función “en forma ágil, eficiente, oportuna y a través de un mismo procedimiento”.¹⁰⁷⁶ Además, los antecedentes de la ley son claros en este propósito.

En efecto, en el debate del proyecto en la plenaria de la Cámara del proyecto de ley, se consagraron los dos objetivos del artículo 5 de la Ley 1066 de 006: (i) dotar de jurisdicción coactiva a todas las entidades del Estado, incluyendo a los órganos autónomos y entidades con régimen especial previsto en la Constitución; y (ii) unificar para el procedimiento de cobro coactivo para todas ellas, utilizando las herramientas de eficiencia y flexibilidad previstas en el Estatuto Tributario. Al respecto se señaló:

“Artículo 5°. *Este artículo cumple dos propósitos fundamentales del proyecto, con el fin de dar herramientas para el cobro a las entidades que tienen cartera a su favor.*

*En primer lugar se permite a todas las entidades públicas usar la jurisdicción coactiva para el cobro de sus acreencias. Por supuesto, siguiendo los pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional sobre este asunto, el uso de esta jurisdicción solamente se establece para el cobro de las obligaciones que resultan respecto del ejercicio de funciones administrativas ejercidas por los órganos estatales. **No es posible tener como destinatarios de la ley otras entidades que realicen funciones***

públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (art. 1o., 2o., 103, inciso 3 y 270 de la C.P.)” (Sentencia C-374 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

1075 Sentencia C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. E en esta sentencia se declaró exequible el literal b del numeral 1 del artículo 3º de la Ley 909 de 2004, que sujetó a la Auditoría General de la República al régimen de carrera administrativa.

1076 Concepto 1835 del 9 de agosto de 2007, M.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

y actividades que se asemejan a las que desarrollan habitualmente los particulares, como por ejemplo las entidades financieras del Estado.

En segundo lugar, la Comisión Tercera aprobó la propuesta de los ponentes de establecer de manera general la unificación del procedimiento aplicable a todas las entidades públicas que tengan la jurisdicción coactiva. Además, con esto se logra otro objetivo inherente también al espíritu mismo de la iniciativa legislativa, cual es el de homologar los procedimientos y las condiciones de cobro de toda la cartera pública. Sobre este asunto, se propone hacer aplicable a todas las entidades públicas el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario, actualmente aplicado por la DIAN, y por las entidades territoriales en virtud del artículo 59 de la Ley 788 de 2002. Este procedimiento ha mostrado el máximo de efectividad, y la legalidad y constitucionalidad del mismo han sido revisadas por los tribunales jurisdiccionales respectivos.”¹⁰⁷⁷

Nótese especialmente en el aparte subrayado que la intención del legislador al referirse a “funciones administrativas” es únicamente hacer claridad en que el ámbito de aplicación de la ley no se extiende a las entidades del Estado cuyo objeto principal es el desarrollo de actividades puramente privadas¹⁰⁷⁸, más no la de establecer una contraposición con otras funciones del Estado como lo interpreta la Auditoría General de la República.

Igualmente, en la exposición de motivos del proyecto de ley se hace énfasis en la adopción de una visión de “Tesoro Público” que comprende a la Nación, las entidades descentralizadas por servicios, las entidades territoriales y, además, desde un punto de vista genérico, a los órganos constitucionales autónomos:

“A salvo lo referido en el artículo 128 de la Constitución Política, que resulta meramente descriptivo, no existe ninguna definición constitucional, enunciativa, sobre la cual puede erigirse el concepto de tesoro público. Se trata de una noción que el ordenamiento la da por existente, tal y como se indica en su consulta, en virtud de un contenido que emerge bien sea legal, jurisprudencial o doctrinariamente.

El artículo 128 de la Constitución Política (disposición ya existente en el Acto Legislativo 1 de 1936, artículo 23), indica que el Tesoro Público está conformado por “el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”, que en este proyecto también estamos ampliando a los órganos autónomos de la acción que no hacen parte de las Ramas del Poder Público.”¹⁰⁷⁹

1077 Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 256 del 13 de mayo de 2005. En el mismo sentido, en la ponencia para primer debate en el Senado se volvió a señalar: “Al efecto unifica el procedimiento de cobro para todas las entidades a fin de que apliquen el establecido en el E. T. Se introducen modificaciones al Estatuto para la mejor fiscalización y cobro de obligaciones tributarias. Se facilita el pago sin incurrir en amnistías y saneamientos que hoy, al tenor de las sentencias de la Corte Constitucional, están cuasiprohibidos, dados los condicionamientos de los proveídos” (Gaceta del Congreso 709 de 2005) En el mismo sentido puede verse la ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado, Gaceta del Congreso 883 de 2005.

1078 En la misma ponencia para segundo debate en la Cámara se advierte que “las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, suelen competir en igualdad de condiciones con los particulares. Así, la conversión de estas entidades en “jueces” y partes puede afectar el equilibrio de las relaciones entre aquellas y los particulares, con quienes compiten libremente en actividades industriales y comerciales”. Por ello, tales entidades no tendrían jurisdicción coactiva. (Gaceta del Congreso 256 del 13 de mayo de 2005)

1079 Proyecto de Ley 296 Cámara. Gaceta del Congreso 61 del 23 de febrero de 2005. Allí mismo se indicó: “La jurisdicción coactiva se ha entendido como un privilegio de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales. Adicionalmente, es una medida que evita la utilización de la Rama Judicial para este tipo de eventos trayendo una utilización óptima de los recursos públicos.

Así, fue expresa la intención del legislador en cuanto a que la función de jurisdicción coactiva se ejerciera según unas mismas normas de procedimiento -las del Estatuto Tributario-, más flexibles y eficientes para el Estado:

“Es por ello, que el Gobierno Nacional quiere presentar a la consideración del Congreso de la República el presente proyecto de ley que tiene como objetivo primordial brindar un marco legal para que los servidores públicos que tengan a su cargo el manejo y recaudo de créditos a favor del Tesoro Público puedan gestionarlo eficientemente, definir los principios y reglas básicas de la función de recaudo y establecer los mecanismos para flexibilizar, facilitar y mejorar esta función. ¿Por qué se necesita ley?

La rigidez con que la Constitución Política determina la función administrativa y la actuación del servidor público, hacen que deba prohijarse desde la misma ley, cuales son las obligaciones y facultades de cada servidor público o de particulares que están de manera permanente cumpliendo con funciones públicas en especial del cobro de cartera y de las posibilidades de realizar los acuerdos de pago respectivos.

*El punto de partida, indiscutiblemente, es la falta de normatividad de carácter legal que regule la materia de recaudo de cartera de forma uniforme, hay algunos apartes desconectados que sirven de soporte, muchas veces en gracia de interpretaciones o de analogías para las actuaciones de los servidores públicos. No hay un marco regulatorio que dé reglas claras para el ejercicio de la función recaudadora a favor del tesoro público.”*¹⁰⁸⁰

4. Conclusiones

Conforme a lo expuesto en los numerales 1 y 2 de esta consulta, la Sala concluye sin mayores esfuerzos que el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 cubre a los organismos de control fiscal, pues su ámbito de aplicación se extiende expresamente a la generalidad de entidades del Estado y, en particular, a “los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política”, más allá de que ejerzan o no funciones administrativas.

Entonces, resulta forzoso concluir que la ley incluyó a los órganos que ejercen funciones públicas del Estado de manera separada de las ramas del poder -como sucede con la de control fiscal-, bien bajo la consideración de que aquéllos tienen un régimen legal especial o de autonomía derivado de la Constitución -como claramente se da en el caso de la Contraloría y se ha entendido también aplicable para la Auditoría-, bien porque en el contexto de la función de recaudo de las obligaciones a favor del tesoro, la actividad que se desarrolla para la determinación de la responsabilidad fiscal por parte de esas entidades puede ser entendida como administrativa¹⁰⁸¹.

Siendo concientes de sus bondades, es necesario que cualquier entidad de carácter público que dentro de sus funciones tengan la de recaudar rentas o caudales públicos pueda acudir a este procedimiento especial.”

1080 *Ibidem*. En la Sentencia C-723 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte utilizó, entre otros, estos criterios de unificación y eficiencia del recaudo de las obligaciones a favor del Tesoro de la Ley 1066 de 2006, para declarar la exequibilidad de su artículo 6 sobre la forma de imputación de pago en las obligaciones tributarias.

1081 Cfr. Sentencia C-189 de 1998.

Además, la Sala observa que no se afectan los presupuestos de autonomía e independencia de los organismos de control fiscal¹⁰⁸², pues en relación con éstos los efectos del artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 sólo se proyectan al plano procedimental de su función de jurisdicción coactiva -en cuanto a la aplicación del Estatuto Tributario¹⁰⁸³-, el cual opera en una etapa posterior del ejercicio mismo de la función de control fiscal. En esa etapa de cobro las diversas entidades del Estado obran con idéntica finalidad -para el recaudo de obligaciones del Tesoro-, de manera que nada se opone a que todas ellas se encuentren sujetas a una misma regulación.

De otro lado, de aceptarse la interpretación que hace la Auditoría, la expresión “incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución” del artículo 5 en cita, no tendría ningún efecto y perdería todo valor normativo, ya que si en el contexto de la Ley 1066 de 2006 se entiende que ninguna de las entidades y organismos autónomos ejercen “funciones administrativas” propiamente dichas, todos ellos quedan excluidos de su ámbito de aplicación, lo cual es claramente contrario a su tenor literal, sentido natural y finalidad.

A este respecto cabe recordar que *el principio de efecto útil de la ley* determina que se debe preferir “entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable”, con lo cual se salvaguarda la voluntad del legislador y, por ende, el principio democrático que da origen a la expedición de la ley¹⁰⁸⁴.

Además, desde el punto de vista del derecho a la igualdad no es aceptable una regla de diferenciación no prevista expresamente en la ley y que para el caso concreto representaría la sujeción a una normatividad distinta de cobro coactivo según la entidad que ejerza la respectiva atribución.

Con base en las anteriores consideraciones, LA SALA RESPONDE:

En el trámite de los procesos de jurisdicción coactiva la Auditoría General de la República y la Contraloría General de la República deben aplicar el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 y no el artículo 90 de la Ley 42 de 1993. En consecuencia, deben remitirse al procedimiento de cobro coactivo previsto en el Estatuto Tributario.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

1082 A ese respecto la jurisprudencia ha indicado que el núcleo central de la autonomía de los órganos de control fiscal se proyecta en los planos administrativo (posibilidad de desempeñar en forma independiente las funciones que les reconoce la Carta Política y la ley); presupuestal (posibilidad de decidir sobre la oportunidad de decisiones referentes a la contratación y el compromiso de recursos financieros -ordenación del gasto-); y jurídico (garantía de que en la designación de quienes tienen a su cargo la dirección de estos órganos no intervienen las entidades controladas y que los actos que expiden no serán objeto de su revisión o aprobación) (Sentencia C-402 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Igualmente pueden verse las Sentencias C-499 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-655 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

1083 Tanto la Contraloría como la Auditoría tienen reconocida la facultad de cobro coactivo en sus disposiciones especiales, de manera que frente a ello la Ley 1066 de 2006 no representa ninguna innovación.

1084 Sentencia C-469 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

3. Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República. Alcance de la remisión al Estatuto Tributario por la Ley 1066 de 2006

Radicado 1882 (ampliación)

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha. 2009/12/15

Levantamiento de la reserva mediante oficio del 16 de febrero de 2010

I. ANTECEDENTES

Por solicitud del Ministerio del Interior y de Justicia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado rindió el Concepto 1882 del 5 de marzo de 2008, en relación con la aplicación del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 a los organismos de control fiscal. Dicho artículo le otorga facultad de cobro coactivo a las entidades públicas que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tienen que recaudar rentas o caudales públicos, “incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política”, a cuyo efecto se deberá seguir “*el procedimiento de cobro establecido en el Estatuto Tributario*”¹⁰⁸⁵.

La anterior consulta fue motivada por la diferencia de criterios existente sobre el particular, pues mientras que para la Contraloría General de la República la referida disposición le era claramente aplicable a los órganos de control fiscal, dada la mención expresa de la ley a los “órganos autónomos”, la Auditoría General de la República consideraba lo contrario, bajo el entendido de que la norma se refería a entidades que ejercen “función administrativa”, y el control fiscal, a su juicio, era expresión de una actividad constitucionalmente distinta.

Analizados los antecedentes de la ley, su texto y la función unificadora del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, la Sala respondió lo siguiente¹⁰⁸⁶:

“El artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 se aplica a la Auditoría General de la República y a la Contraloría General de la República y, por ende, estas entidades deben aplicar el procedimiento de cobro coactivo previsto en el Estatuto Tributario conforme allí se dispone”.

II. LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN

Mediante escrito radicado el 31 de agosto de 2009, el Ministerio del Interior y de Justicia, a instancia de la Contraloría General de la República, solicita la ampliación del Concepto 1882 de 2008.

1085 Ley 1066 de 2006. ARTICULO 5o. FACULTAD DE COBRO COACTIVO Y PROCEDIMIENTO PARA LAS ENTIDADES PUBLICAS. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

1086 La pregunta fue “¿Cuál de las dos normas citadas, a juicio de esa Honorable Sala, debe aplicar la Auditoría y la Contraloría General de la República en el trámite de los procesos de cobro coactivo: el artículo 90 de la Ley 42 de 1993 y, por consiguiente, por remisión el Código de Procedimiento Civil o, por el contrario, el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006, en cuanto ésta remite al estatuto tributario?”

La primera pregunta vuelve nuevamente sobre la aplicabilidad o no del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 a las contralorías y en tal sentido se consulta:

¿Si las Contralorías no recaudan rentas o caudales públicos a través de la acción fiscal, no le es aplicable para su cobro el procedimiento establecido en la Ley 1066? (Se resalta)¹⁰⁸⁷

Un segundo grupo de interrogantes se dirige a determinar si la remisión al Estatuto Tributario hecha en el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 conlleva la inaplicabilidad de las normas especiales de la Ley 42 de 1993 y la Ley 610 de 2000 que regulan algunos aspectos del procedimiento de cobro de las obligaciones derivadas de procesos de responsabilidad fiscal, en especial en materia de ejecutoriedad de las decisiones, prescripción, embargos y reporte al boletín de responsables fiscales. Al respecto se pregunta:

EN CUANTO A LA EJECUTORIA DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL Y DEMAS TITULOS EJECUTIVOS

¿Los actos administrativos -fallos con responsabilidad fiscal- se deben entender ejecutoriados aplicando los requisitos de los artículos 56 y 58 de la Ley 610 de 2000 o aplicando los requisitos del artículo 829 del Estatuto Tributario, que en su numeral 4º exige que se hayan decidido en forma definitiva las acciones de restablecimiento del derecho?

Con relación a los demás títulos ejecutivos tales como multas, sanción pecuniaria, reintegros por doble asignación, sanciones por incumplimiento de tarifas, entre otros, ¿la Contraloría General de la República debe aplicar los requisitos de ejecutoria establecidos en el artículo 829 del Estatuto Tributario o los requisitos de ejecutoria establecidos en los artículos 62 y 64 del Código Contencioso Administrativo?.

EN CUANTO A LA PRESCRIPCION DE LA ACCION DE COBRO

¿Puede la Contraloría General de la República por vía de reglamento interno de recaudo de cartera, establecer que la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra un fallo de responsabilidad fiscal, tiene como consecuencia la suspensión del proceso y la suspensión de la acción de cobro?

¿Puede la Contraloría General de la República inaplicar la consecuencia jurídica establecida en el artículo 833 del Estatuto Tributario, que ordena la terminación del procedimiento y el levantamiento de las medidas cautelares, si el interesado excepciona la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho?

EN CUANTO AL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

¿Para el levantamiento de las medidas preventivas de los fallos con responsabilidad fiscal, dentro del proceso de jurisdicción coactiva, la Contraloría General de la República debe aplicar el Art. 12 de la Ley 610 de 2000 o el artículo 833 y parágrafo único del Estatuto Tributario?

1087 Por el contexto de la pregunta, que enseguida se expone, la Sala entiende que se dirige a determinar si la Ley 1066 de 2006 sería en todo caso aplicable a las Contralorías en caso de que se considerara que en estricto sentido ellas no recaudan rentas o caudales públicos.

EN CUANTO AL BOLETIN DE RESPONSABLES FISCALES

Si la fecha en que adquiere firmeza el fallo con responsabilidad fiscal es diferente a la fecha en que adquiere ejecutoria -en virtud del art.64 del C.C.A y Art.829, numeral 4 del Estatuto Tributario-, ¿la CGR debe esperar a que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resuelva las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho que se interpongan contra dichos fallos, para poder incluir a los responsables fiscales en el Boletín?

Finalmente, se hacen dos preguntas más, relacionadas con la adjudicación de los bienes en un proceso de cobro coactivo, cuando luego de la tercera licitación no se ha podido rematar un determinado bien:

EN CUANTO AL TERCER REMATE DE LOS BIENES EN LOS PROCESOS DE JURISDICCION COACTIVA

Cuando se den los presupuestos exigidos en el Decreto 881 de 2007 para la adjudicación de bienes a la Nación una vez se declare desierto el remate después de la tercera licitación ¿la transferencia del derecho de dominio y posesión del bien a qué entidad específica se debe hacer? ¿Se puede transferir a la Nación – Contraloría General de la República?

1. El primer interrogante:

Aplicabilidad del artículo 5 de la ley 1066 de 2006 a los organismos de control fiscal

Señala la solicitud de aclaración que el objetivo de la Ley 1066 de 2006 es orientar la gestión de recaudo de la cartera pública con el fin de obtener liquidez para el “Tesoro Público” (Art.1); y que, para ese efecto, el artículo 5 extiende la facultad de cobro coactivo a todas las entidades públicas, incluyendo los órganos autónomos, lo que llevaría a concluir inicialmente que la norma se aplica a las contralorías.

Indica que, sin embargo, el artículo 5 se refiere a las entidades que en virtud de sus funciones *“tengan que recaudar rentas o caudales públicos”*, razón por la cual podría pensarse que la norma se refiere exclusivamente a los recursos que forman parte del “Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital”, en especial a los de tipo tributario, frente a cuyo impago por parte del contribuyente, retenedor o sujeto pasivo de la obligación tributaria, la Administración puede ejercer su cobro coactivo. De esa manera *“la finalidad es la de lograr el recaudo de lo estimado en el presupuesto de ingresos, ya que sobre dicho monto presupuestal es que puede comprometerse el gasto público”*.

Que por lo anterior, en la medida en que a través de las acción fiscal no se recaudan *“rentas o caudales públicos”*, sino que se busca resarcir los daños fiscales generados por acciones irregulares que afectan *el presupuesto de gastos* de las entidades públicas, surge la duda de si el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 -y por tanto la remisión al Estatuto Tributario- es o no aplicable a la Contraloría General de la República

Al respecto, la Sala observa lo siguiente:

El artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 establece:

ARTICULO 5o. FACULTAD DE COBRO COACTIVO Y PROCEDIMIENTO PARA LAS ENTIDADES PUBLICAS. *Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y **que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos**, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario (se resalta).*

En la exposición de motivos del proyecto de ley se dejó constancia de la adopción de un criterio amplio y no restrictivo de la noción de Tesoro Público¹⁰⁸⁸. Igualmente, en la ponencia para segundo debate del proyecto de ley quedó constancia del alcance y finalidad del artículo 5 que se estudia, en especial respecto de su aplicabilidad a la generalidad de entidades del Estado, inclusive a los órganos autónomos¹⁰⁸⁹.

En el Concepto 1882 de 2008 cuya aclaración se solicita, esta Sala se refirió suficientemente a los antecedentes de la Ley 1066 de 2006, en especial a la clara intención del legislador de unificar los procedimientos de cobro de las obligaciones a favor del Estado. Sobre ese mismo punto, ya se había pronunciado esta misma Sala en Concepto 1835 del 9 de agosto de 2007¹⁰⁹⁰, cuando al estudiar también los antecedentes y fines de la norma, concluyó para el caso analizado en esa oportunidad, que el Ministerio de Minas y Energía, como la generalidad de entidades del Estado, debía sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006¹⁰⁹¹.

Ahora bien, según la entidad consultante, la expresión “y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos” del citado artículo 5º de la Ley 1066 de 2006, se podría entender como equivalente a recaudos destinados al Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, específicamente los de carácter tributario, por lo que estarían por fuera de su ámbito de aplicación los organismos de control fiscal.

Considera la Sala que esa conclusión no es posible por varias razones adicionales a las que se han señalado en los conceptos antes citados:

1088 Proyecto de Ley 296 Cámara. Gaceta del Congreso 61 del 23 de febrero de 2005: “A salvo lo referido en el artículo 128 de la Constitución Política, que resulta meramente descriptivo, no existe ninguna definición constitucional, enunciativa, sobre la cual puede erigirse el concepto de tesoro público. Se trata de una noción que el ordenamiento la da por existente, tal y como se indica en su consulta, en virtud de un contenido que emerge bien sea legal, jurisprudencial o doctrinariamente. El artículo 128 de la Constitución Política (disposición ya existente en el Acto Legislativo 1 de 1936, artículo 23), indica que el Tesoro Público está conformado por ‘1 de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas’, que en este proyecto también estamos ampliando a los órganos autónomos de la acción que no hacen parte de las Ramas del Poder Público”.

1089 Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 256 del 13 de mayo de 2005. En el mismo sentido, ver ponencia para primer debate en el Senado, Gaceta del Congreso 709 de 2005, y la ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado, Gaceta del Congreso 883 de 2005.

1090 M.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

1091 “Al respecto conviene precisar, de una parte, que la ejecutoriedad del acto administrativo, es decir, la facultad de la administración para procurar su cobro por la vía coactiva, constituye presupuesto básico para adelantar el respectivo proceso administrativo coactivo. Y de otra, que el procedimiento a seguir por las autoridades administrativas investidas de jurisdicción coactiva, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, es el establecido en el Estatuto Tributario, tal como lo precisó el legislador en los artículos 5o. de la ley 1066 de 2006 y de su decreto reglamentario 4473 del mismo año, antes citados” (se resalta).

En primer lugar, la ley no prevé que la expresión “rentas o caudales públicos” deba entenderse como sinónimo del concepto hacendístico de “Rentas y Recursos de Capital”¹⁰⁹², que es una parte muy específica del Presupuesto General de la Nación; y, tampoco se encuentran referentes normativos para concluir que tal expresión sólo cubija los recaudos tributarios del Estado, como lo plantea la ampliación de la consulta.

Por el contrario, los antecedentes y fines de la Ley 1066 de 2006 llevan a concluir que la expresión “rentas o caudales públicos”, tiene un sentido amplio e incluyente, en tanto compatible con la actividad de la generalidad de entidades y organismos del Estado que se enumeran en el artículo 5, las cuales cumplen múltiples y diversas funciones administrativas distintas a las de estricto *recaudo tributario*; en especial, el uso de la palabra “caudales” (hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente dinero; capital o fondo¹⁰⁹³) denota amplitud en el concepto y no sujeción a un tipo de ingreso público en particular.

En segundo lugar, si el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 estuviera dirigido a asegurar el cobro de impuestos, la norma carecería de efecto útil e incluso hubiera sido innecesaria, por cuanto para ello bastaría la regulación contenida en el Estatuto Tributario; además esa interpretación reduciría sustancialmente el ámbito de aplicación de la ley, contrariando su finalidad de extender a la generalidad de entidades del Estado la facultad de cobro coactivo y de unificar en todas ellas la aplicabilidad del Estatuto Tributario como *procedimiento general* de cobro, según se ha explicado.

Precisamente, con esta ley se supera la dicotomía que existía en la materia, pues como se verá más adelante, mientras que el recaudo impuestos se regía por el Estatuto Tributario, el cobro de las restantes obligaciones a favor del Estado se sujetaba, por regla general, al Código de Procedimiento Civil, que a su vez reenvía a las normas del proceso ejecutivo, cuya lógica descansa en el cobro de obligaciones entre particulares.

En conclusión, en el contexto del artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 las Contralorías deben seguir como regla general el procedimiento de cobro coactivo previsto en el Estatuto Tributario, con las salvedades que se hacen enseguida respecto de las disposiciones especiales contenidas en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 para los procesos de cobro coactivo basados en actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal.

II. Interrogantes relacionados con la subsistencia de normas especiales aplicables a los procesos de responsabilidad fiscal

El segundo grupo de interrogantes de la solicitud de ampliación busca determinar si en lo que se refiere al cobro coactivo de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, se aplica el Estatuto Tributario -de acuerdo con la remisión hecha por la Ley 1066 de 2006-, o si en todo caso subsisten las disposiciones especiales previstas en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000.

La anterior inquietud surge principalmente porque algunas reglas específicas de la Ley 42 de 1993 y de la Ley 610 de 2000 difieren de la regulación prevista en el

1092 Decreto 111 de 1996, por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

1093 Acepciones de la Real Academia de la Lengua.

Estatuto Tributario, en especial en razón del momento en que en este último estatuto quedan ejecutoriados los actos administrativos que sirven de título ejecutivo, lo cual afecta la iniciación y desarrollo del proceso de cobro coactivo originado en procesos de responsabilidad fiscal, así como la práctica y levantamiento de medidas cautelares.

1. El planteamiento del problema: alcance de la remisión normativa del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 respecto de los procesos de responsabilidad fiscal

Antes de la Ley 1066 de 2006 se podía hablar, en lo pertinente, de varios procedimientos de cobro coactivo distintos, así:

a) La generalidad de entidades del Estado se somete a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, “ejecución para el cobro de deudas fiscales” (arts. 561 y ss), el cual a su vez, con excepción de algunas disposiciones especiales, ordena seguir los trámites del proceso ejecutivo de mayor, menor o mínima cuantía, según el caso (art.561)¹⁰⁹⁴.

b) Para el cobro coactivo originado en impuestos administrados por la DIAN, se aplica un régimen especial previsto en el Estatuto Tributario. En éste, como señala la solicitud de aclaración y se indicó en Concepto 1835 de 2007, la ejecutoria de los actos administrativos está diferida al momento en que se produzca la sentencia judicial que resuelva sobre su legalidad¹⁰⁹⁵. Por tanto, el proceso de cobro coactivo no se debe iniciar hasta que se hayan resuelto las acciones de restablecimiento presentadas contra el acto que fundamenta la ejecución y en caso de haberse hecho, deberá terminarse, y levantarse las medidas cautelares practicadas, si el afectado presenta la correspondiente excepción¹⁰⁹⁶.

c) Para la determinación de la responsabilidad fiscal y, en especial, para los procesos de jurisdicción coactiva derivados de ella, se aplican las normas especiales previstas en las Leyes 42 de 1993¹⁰⁹⁷ y 610 de 2000.

Ahora bien, con la Ley 1066 de 2006 (art.5) el régimen general aplicable para adelantar los procesos de jurisdicción coactiva por todas las entidades del Estado, no sólo por

1094 En ese mismo sentido, el Código Contencioso Administrativo señala que en la tramitación de las apelaciones e incidentes de excepciones en juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se aplicarían las disposiciones relativas al juicio ejecutivo del Código de Procedimiento Civil (art.252). La Ley 446 de 1998 le asigna la competencia para resolver tales apelaciones a los tribunales contenciosos y a los jueces administrativos, según la cuantía de los procesos (arts. 41 y 42, respectivamente).

1095 ARTICULO 829. Ejecutoria de los actos. Se entienden ejecutoriados los actos administrativos que sirven de fundamento al cobro coactivo: (...) 4. Cuando los recursos interpuestos en la vía gubernativa o las acciones de restablecimiento del derecho o de revisión de impuestos se hayan decidido en forma definitiva, según el caso”. (se subraya). En el Concepto 1835 de 2007 se dijo: “En efecto, si se tiene en cuenta que las acciones contenciosas se instauran contra actos administrativos en firme, es decir, debidamente ejecutoriados, es menester interpretar que cuando la ley se refiere a las sentencias que deciden en forma definitiva las demandas instauradas contra actos que prestan mérito ejecutivo, está consagrando un nuevo momento para aplicar el principio de ejecutoria de los actos administrativos que sirven de fundamento al cobro coactivo. Bajo este contexto hay que entender que cuando el numeral 5o. del artículo 831 del E.T. dispone que la interposición de demandas de restablecimiento de derecho o de revisión de impuestos debe ser considerada como una de las excepciones contra el mandamiento de pago, lo hace, no porque la formulación de la demanda signifique que el acto que se impugna no esté ejecutoriado, sino porque con la acción se suspende la ejecución del mismo.”

1096 ARTICULO 831. Excepciones. Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones: (...) 5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1097 La Ley 42 de 1993 señala que en los procesos de cobro coactivo se aplicará el Código de Procedimiento Civil en todo lo no regulado en ella (art.90).

las tributarias, dejó de ser el previsto en el Procedimiento Civil y pasó a ser, de manera unificada, el establecido en el Estatuto Tributario. Así, un régimen que era *especial* para el recaudo de impuestos, se convirtió en *general* para la recuperación de todas las obligaciones a favor del Estado (Conceptos 1835 de 2007 y 1882 de 2008). En resumen, la diferenciación antes señalada en los literales a y b desapareció, pues tanto la DIAN como las demás entidades del Estado se sujetan ahora al Estatuto Tributario para el cobro coactivo de las obligaciones a su favor.

Sin embargo, subsiste el interrogante sobre la vigencia de las *normas especiales* que regulan el recaudo de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal (literal c). Se pregunta la Sala si la intención de la Ley 1066 de 2006 al incluir expresamente a los organismos de control fiscal dentro de su ámbito de aplicación, no sólo fue la de cobijar el recaudo que ellos hacen dentro de su actividad administrativa ordinaria (por sanciones disciplinarias, por la no remisión de información, por el no pago de la cuota de vigilancia, etc.), sino también la de extender su cobertura a los procesos de responsabilidad fiscal y de ejecución de éstos; en otras palabras, cabe preguntarse si la Ley 1066 de 2006 derogó tácitamente (porque no lo hizo de manera expresa) las leyes especiales que antes de ella regulaban de manera diferenciada el cobro coactivo de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal.

Para resolver esta cuestión la Sala se referirá en primer lugar a la especificidad de la responsabilidad fiscal y a la inseparabilidad de los procesos que se siguen para su declaración y cobro; en segundo lugar, estudiará las soluciones dadas por la doctrina y la jurisprudencia para resolver antinomias, en concreto cuando se trata de conflictos entre normas en el tiempo y entre normas generales y especiales.

2. La especificidad del proceso de responsabilidad fiscal y de su cobro coactivo. Fundamentos constitucionales y desarrollo legislativo

Sea lo primero señalar que la actividad de los órganos de control fiscal se desarrolla en dos planos distintos.

- De una parte se encuentra la actividad administrativa ordinaria de las contralorías, es decir, “las funciones inherentes a su propia organización” (art.267), las cuales, sin perjuicio de la autonomía administrativa y presupuestal que les otorga la Constitución, no gozan de la misma especificidad de la actividad misional de las contralorías; por ende, lo usual es que tales materias estén sujetas a las mismas normas que rigen el funcionamiento de la generalidad de entidades públicas, como sucede, por ejemplo, en materia de contratación, responsabilidad disciplinaria de sus servidores, facultad de recaudo no derivadas de procesos de responsabilidad fiscal, etc.

- En un plano distinto y concreto, se halla su actividad misional como tal, esto es, el control fiscal como función pública, respecto de la cual la Constitución señala que se ejercerá de manera específica en la forma en que establezca la ley que la regule (art.267). Respecto de ella, los órganos de control fiscal se rigen por normas especiales, que comprenden (i) la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración y de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación (art.267); (ii) la responsabilidad derivada de esa gestión (art.268-5) y (iii) la jurisdicción coactiva “sobre los alcances derivados de la mis-

ma” (ibídem). Esta última, comparte la misma especificidad del proceso declarativo de responsabilidad fiscal y por ende no se puede escindir de él.

Precisamente, el legislador ha establecido reglas especiales tanto para los procesos de responsabilidad fiscal como para los de jurisdicción coactiva derivados de ellos, las cuales se justifican, entre otras razones, en el especial interés del Constituyente y del legislador en garantizar no sólo la correcta utilización y destino de los recursos del Estado, sino, además, su oportuna recuperación cuando han sido apropiados, desviados o manejados indebidamente¹⁰⁹⁸. En ese sentido, los contenidos de la Ley 42 de 1993 y 610 de 2000, reflejan el claro interés del legislador de desarrollar de manera especial la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos en el manejo de los recursos del Estado.

Es así que en Sentencia C-919 de 2002, la Corte Constitucional recordó que la Constitución de 1991 se preocupó especialmente porque las Contralorías no sólo tuvieran a su cargo la determinación de la responsabilidad fiscal (lo que representaría la mitad del camino en el propósito de garantizar el adecuado manejo de los recursos públicos), sino además, la jurisdicción coactiva necesaria para la recuperación de los respectivos recursos:

“3.1 Una de las diferencias existentes entre lo que disponía la Constitución derogada y la de 1991 en cuanto a las atribuciones del Contralor General de la República, es, precisamente, que aquella (artículo 60) no incluía la función de “ejercer la jurisdicción coactiva” respecto de quienes se hubiere establecido responsabilidad en su gestión fiscal y deducido un “alcance” a consecuencia de su gestión oficial.

Siendo ello así, surge entonces con claridad que adelantar los procesos respectivos de carácter ejecutivo para reintegrar al patrimonio público dineros de propiedad del Estado o de entidades suyas, así como, en algunos casos, las sumas en que se haya fijado el resarcimiento de perjuicios a favor del Estado, no es una actividad ajena a la Contraloría General de la República sino que, por el contrario, constituye una de las materias fundamentales de su función. No culmina la actividad de la Contraloría con el simple examen de las cuentas, ni se detiene tan sólo en la “vigilancia de la función fiscal”, ni se limita a la exigencia de informes a los empleados encargados de ella, como antes acontecía. Ahora se extiende al cobro ejecutivo de las sumas de dinero que adeude el servidor o ex servidor público, e inclusive, el particular, respecto de quien se estableció la existencia de una responsabilidad fiscal a su cargo, cuando voluntariamente no se produce el pago de la acreencia a favor del fisco.” (se resalta)

Más adelante, en la misma sentencia, la Corte hizo énfasis en la imposibilidad de escindir el proceso de ejecución del proceso de responsabilidad fiscal, de forma que encontró justificada constitucionalmente la competencia del legislador para dictar *normas especiales* para uno y otro, distintas a las aplicables a la generalidad de procedimientos administrativos:

“De esta suerte, es a la ley a la que corresponde el desarrollo de esa atribución constitucional de la Contraloría General de la República para regular los requisitos para la iniciación del proceso, la procedencia o no de medidas cautelares, las excepciones que pueden formularse por el demandado, los

¹⁰⁹⁸ En ese mismo sentido también se ha pronunciado la Sala al señalar que la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencian de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, “de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad”; y que la misma ha adquirido suficiente grado de identidad, siendo el artículo 267 de la Carta Política el fundamento de su especificidad (Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 732 de 1995).

recursos que pueden interponerse contra las decisiones, de carácter interlocutorio, o contra el fallo, cuando fuere el caso (...)

El legislador con el fin de desarrollar la competencia que la Constitución atribuye a la Contraloría General de la República ya mencionada, expidió las Leyes 42 y 106 de 1993 y la Ley 610 de 2000. Ellas corresponden a la organización del sistema del control fiscal, estructura orgánica, el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva”¹⁰⁹⁹.

Como se puede observar, una particularidad de los procesos de cobro coactivo originados en actos que declaran la responsabilidad fiscal, es que se trata de recursos de titularidad pública que nunca debieron perderse ni desviarse de su finalidad y que por tanto deben ser devueltos al Estado, todo lo cual le imprime un interés especial a su salvamento:

“En resumen, daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal.

En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto”. Como se verá más adelante, la Constitución de 1991, la ley orgánica de presupuesto y otras, deslindan los presupuestos nacional, departamental, municipal y el de los demás organismos y entidades del Estado.

*En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-340 de 2007, al referirse al objeto sobre el que recae la lesión o el daño, señaló que el concepto “**intereses patrimoniales del Estado**” contenido en el artículo 6º de la ley 610 de 2000, es de carácter indeterminado pero determinable y se aplica a los bienes o fondos cuya titularidad esté en cabeza de una entidad pública.”¹¹⁰⁰*

Consecuencia de ello es que la Ley 610 de 2000 sólo remita a otros procedimientos de manera supletiva y *“en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal”* (art.68); y que la 42 de 1993 prevea un reenvío al proceso de cobro coactivo del procedimiento civil, pero únicamente, *en todo lo no previsto en ella.*

1099 Sentencia C-919 de 2002. En tal sentido, en el Informe Ponencia para Primer Debate del proyecto de la Ley 610 de 2000 se dijo sobre esa especialidad de la responsabilidad fiscal: “Sin duda alguna, la Ley 42 de 1993, sobre la organización del sistema de control fiscal y los organismos que la ejercen, ha contribuido en grado sumo en la aplicación de un sistema de control fiscal. Sin embargo la aplicación de las acciones propias del proceso de responsabilidad fiscal consagrado en el Título II, Capítulo III de la ley en comento requiere una regulación precisa e instrumentos propios y autónomos, idóneos y ágiles que les permita a las Contralorías cumplir esa función” Gaceta del Congreso No.75 del 4 de mayo de 1999, p.7.

1100 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1852 del 15 de noviembre de 2007, M.P. Gustavo Aponte Santos. Igualmente, Concepto 941 del 19 de diciembre de 1996, M.P. César Hoyos Salazar: “En el ámbito de la responsabilidad fiscal, el bien jurídico se encuentra señalado por la misma Constitución, como la protección de los “fondos o bienes de la Nación” y también de los “intereses patrimoniales del Estado”. En efecto, el inciso primero del artículo 267 de la Carta dispone: “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación”. Luego el numeral 8º del artículo 268 establece entre las atribuciones de la Contraloría, la de “promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado”. En el mismo sentido se pronuncian las normas de la Ley 42 de 1993 sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”.

En ese contexto, se observa que la Ley 610 de 2000 refuerza el carácter ejecutivo de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal (art.58¹¹⁰¹); señala inequívocamente que éstos quedan ejecutoriados cuando se agota su discusión ante los propios organismos de control fiscal (art.56¹¹⁰²); y robustece el carácter preventivo de las medidas cautelares, permitiendo su práctica en el proceso declarativo de responsabilidad fiscal y previendo su continuidad durante todo el proceso de cobro coactivo que le sigue (art.12¹¹⁰³).

Todo ello, como se ha dicho, ante la imposibilidad de escindir el proceso de responsabilidad fiscal y el de cobro coactivo que se deriva de aquél.

De lo anterior, se derivan varias consecuencias relevantes para el caso analizado y que efectivamente difieren de la regulación contenida en el Estatuto Tributario. Primero, que la ejecutoria del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal no se sujeta al resultado del proceso de nulidad que contra dicho acto se pueda adelantar por el afectado ante la jurisdicción contencioso administrativa; segundo y consecuencia de lo anterior, que el proceso de jurisdicción coactiva puede iniciarse y dar lugar a medidas cautelares indistintamente de la demanda del acto administrativo en que se apoya, sin perjuicio, claro está, de la suspensión por prejudicialidad que se pueda derivar de dicha circunstancia¹¹⁰⁴; tercero, que para hacer efectivo el recaudo de las sumas debidas como consecuencia del proceso de responsabilidad se da un fenómeno de *inescindibilidad o comunicabilidad* de medidas cautelares, en virtud del cual aquéllas practicadas en el proceso de responsabilidad fiscal se mantendrán durante el proceso de cobro coactivo y no podrán levantarse hasta que se aporte garantía suficiente por la totalidad del valor adeudado más los intereses moratorios; cuarto, que consecuencia de todo lo anterior, en el proceso de jurisdicción coactiva seguido con base en un acto declarativo de responsabilidad fiscal no cabría la excepción fundada en la demanda jurisdiccional del respectivo acto, ni dicha circunstancia daría lugar a la terminación del proceso ni al levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

Así, cuando se trata de la responsabilidad fiscal, el legislador, por voluntad del constituyente, ha intensificado los instrumentos de ejecución, incluso por encima de los estándares

1101 "Artículo 58. Mérito ejecutivo. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías."

1102 "Artículo 56. Ejecutoriedad de las providencias. Las providencias quedarán ejecutoriadas: 1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso. 2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos. 3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido."

1103 "Artículo 12. Medidas cautelares. En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe. *Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.* Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. *También se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida. Parágrafo. Cuando se hubieren decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y el deudor demuestre que se ha admitido demanda y que esta se encuentra pendiente de fallo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquellas no podrán ser levantadas hasta tanto no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado más los intereses moratorios.*" (se resalta)

1104 Artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

previstos en materia tributaria, ahora aplicables a la generalidad de obligaciones a favor del Estado.

Ahora bien, como la Ley 1066 de 2006 es general en cuanto se refiere a las reglas comunes de los procesos de jurisdicción coactiva que debe adelantar el Estado, mientras que la Ley 610 de 2000 tiene carácter especial en relación con aquella¹¹⁰⁵, pues regula solamente y en particular los procesos de cobro coactivo cuando el título ejecutivo es un acto administrativo declarativo de responsabilidad fiscal, debe estudiarse por la Sala si la primera de tales leyes, por ser posterior, derogó o dejó sin vigencia la segunda.

3. Criterios de solución de antinomias, en especial, el de prevalencia de la ley especial

Como ha señalado la jurisprudencia, dentro de los distintos criterios que el derecho brinda para solucionar antinomias o contradicciones entre normas, se encuentran los de *lex posterior*, *lex superior*, *lex especial* y aplicación de principios generales, entre otros¹¹⁰⁶. Para el caso serán relevantes las reglas de ley posterior y ley especial, que pasan a revisarse.

Conforme al criterio cronológico se tiene que, por regla general, la ley posterior prevalece sobre la anterior, puesto que, el legislador tiene la potestad de modificar o derogar las leyes vigentes; estas no se petrifican sino que pueden actualizarse de acuerdo con las necesidades de la sociedad y los nuevos consensos que surgen de los cambios en la composición de los parlamentos, lo cual es un componente esencial de los sistemas democráticos y plurales.

Respecto de la regla *de especialidad* ha dicho la jurisprudencia que “en virtud de la clásica regla hermenéutica, *lex specialis derogat generali* (...) las normas especiales deben aplicarse de preferencia a las normas generales”¹¹⁰⁷; y ha señalado también que esa regla se encuentra consagrada en el derecho administrativo, cuando el Código Contencioso Administrativo establece que los procedimientos especiales se regirán por lo dispuesto en las normas que los regulan, y que solamente en lo no previsto en éstas se aplicará el procedimiento general establecido en dicho código (art.1)¹¹⁰⁸.

Partiendo de estos dos criterios, se ha indicado también que la regla según la cual la ley posterior prevalece sobre la ley anterior está atenuada por las excepciones en materia

1105 Como señala la doctrina, una norma no es especial en sí misma, ni en abstracto, sino por referencia a otra que tiene un alcance más general que ella (Diez-Picazo, op.cit, p. 345: “Con el término ley especial, se suele designar aquella norma que sustrae a otra, parte de la materia regulada o supuesto de hecho y le dota de una regulación diferente. La noción de ley especial denota una tendencia a la concreción o singularización en la regulación de los supuestos de hecho, o dicho de otra manera sintética, la existencia de normas que representan una excepción con respecto a otras de alcance más general (...) De su propia definición se desprende la relatividad del concepto de ley especial. Este es relativo ante todo por su naturaleza relacional: una norma no puede ser intrínsecamente especial, sino que lo ha de ser por comparación con otra norma. La generalidad y especialidad no son rangos esenciales y absolutos de las normas. Son más bien graduaciones de su ámbito de regulación, que, en cuanto tales, sólo adquieren sentido cuando se parangonan con los ámbitos de regulación de otras normas”.

1106 Sentencias C-318 y 664 de 2007, por ejemplo.

1107 Sentencia C-551 de 2003. Igualmente, en Sentencia C-1287 de 2001, la Corte Constitucional, siguiendo a Bobbio, señala que según el criterio de especialidad, la norma especial prevalece sobre la general.

1108 Sentencia C-078 de 1997 y 576 de 2004, entre otras. En Sentencia T-973 de 1999 se dijo respecto de los procesos de responsabilidad fiscal: “Además, si bien es cierto que las normas del código contencioso administrativo son aplicables a las Contralorías por disposición del artículo 1º ibídem, también lo es que lo serán en la medida en que no exista norma especial al respecto, y que además no existiendo norma especial, la situación encuadre dentro del respectivo precepto.”

penal (favorabilidad) y por el “*principio aceptado que la ley posterior tiene preferencia sobre la anterior cuando una y otra tengan la misma especialidad o generalidad.*”¹¹⁰⁹

La doctrina ha señalado sobre este particular que el conflicto que surge entre una *norma posterior general* y *normas anteriores especiales*, se soluciona con la regla “*lex posterior generalis, non derogat legi priori specialis*”, dando así prioridad a la *lex specialis* sobre la *lex posterior*¹¹¹⁰. Sobre el particular señala Díez- Picazo:

*“Esta regla, que en última instancia no es más que una máxima de experiencia, parece fundarse en la idea de que, cuando el legislador dicta una regulación general contrastante con una anterior más restringida, no tiene la intención de privar la eficacia de esta última, ya que de ser así, lo declararía expresamente. La misma razón que justifica la existencia misma del criterio de especialidad, es decir, la progresiva diferenciación de las respuestas normativas del ordenamiento, avalaría su prevalencia sobre el criterio cronológico”*¹¹¹¹.

Esta subregla de interpretación ha sido aplicada por la Corte Constitucional en diversas oportunidades, por ejemplo en Sentencia C-576 de 2004, cuando señaló que una norma especial de la Ley 136 de 1994, no había sido derogada tácitamente por la regulación posterior y general del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000). Al respecto se indicó:

*“La norma acusada se refiere exclusivamente a la suspensión de los alcaldes en el ejercicio del cargo, como condición previa, en todos los casos, para la ejecución de la medida de aseguramiento de detención preventiva que les ha sido impuesta, mientras que los citados Arts. 188 y 359 del Código de Procedimiento Penal tratan de la ejecución de dicha medida de aseguramiento en relación con la generalidad de los sindicatos y con los servidores públicos, respectivamente. En estas condiciones, es manifiesto que la primera tiene un carácter especial y, en consecuencia, aunque existe oposición o incompatibilidad entre su contenido y el de aquellas respecto del momento de ejecución de la detención, jurídicamente no es válido afirmar, como lo hace el demandante, que se ha producido una derogación tácita, en cuanto prevalece la norma especial.”*¹¹¹²

Resulta igualmente ilustrativo para el caso que se estudia, lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-005 de 1996, en relación con la supervivencia de leyes especiales anteriores, frente a normas generales posteriores¹¹¹³:

1109 Concepto 730 de 1995, M.P. César Hoyos Salazar. De esta Sala de Consulta puede verse también la aplicación de esta regla de especialidad en Concepto 602 de 1994, en el que se consideró que por su carácter especial, los artículos 35 y 36 de la Ley 9 de 1989 sobre adquisición de inmuebles no habían sido derogados por la Ley 80 de 1993, dado el carácter general de esta última.

1110 Díez-Picazo, Luis María. La Derogación de las leyes. Madrid, Civitas, 1990, p.361.

1111 Ibidem. En el mismo sentido, Norberto Bobbio, Teoría General del Derecho, Bogotá, Temis, 1994.p. 203: “2. Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico. Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-especial es incompatible con una norma posterior-general. Existe conflicto porque al aplicar el criterio de especialidad se da prevalencia a la primera norma, y al aplicar el criterio cronológico se da prevalencia a la segunda. También aquí se ha establecido una regla general: *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Con base en esta regla el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico debe ser resuelto a favor del primero: la ley general posterior no elimina la ley especial anterior”.

1112 En Sentencia C-328 de 2001 también dijo la Corte Constitucional: “Ahora bien, conforme a la teoría jurídica, y como lo ilustra al respecto el artículo 3º de la ley 153 de 1887, se entiende que esa regulación sistemática posterior de un tema deroga tácitamente las normas precedentes sobre la materia, salvo que las normas previas establezcan regímenes especiales. Así, el artículo 3º de la ley 153 de 1887 dice que se estima “insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

1113 En el caso concreto se trataba de determinar si la Ley 14 de 1988 (específica de los procesos que se siguen ante la Sección 5ª del Consejo de Estado), había sido derogada por las modificaciones hechas al C.C.A por los Decretos 2288 y 2304 de 1989, concluyéndose

“El artículo 2º de la Ley 153 de 1887 dice que la ley posterior prevalece sobre la anterior y que en caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, se aplicará la ley posterior.

*Ese principio debe entenderse en armonía con el plasmado en el artículo 3º *Ibidem*, a cuyo tenor se estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior se refería.*

El artículo 5º de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

*De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año.”*¹¹¹⁴. (Se resalta)

Así las cosas, la ley posterior no deroga de manera automática las leyes especiales anteriores, salvo los casos de regulación integral de la materia o cuando, a pesar de no haber derogatoria expresa, existe en todo caso una inequívoca decisión del legislador de dejar sin vigencia normas específicas que regulan una determinada materia¹¹¹⁵. Esta regla de interpretación no es nueva y de hecho se encuentra planteada desde tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia¹¹¹⁶ y por el Consejo de Estado¹¹¹⁷.

4. El caso consultado

Como se ha visto, la Ley 610 de 2000 es una norma especial, tanto del proceso de responsabilidad fiscal, como del de ejecución del acto que la declara, estando presente en

que la especialidad de aquella ley prevalecía sobre la generalidad de estos últimos decretos, a pesar de ser posteriores.

1114 Igualmente puede verse Sentencia C-486 de 1997, ratificada en Sentencia C-194 de 1998 en la que se dijo: “Del título de la ley 56 de 1981 se desprende que ésta tiene un contenido de carácter especial, mientras que la Ley 14 de 1983 es de carácter general. (...) *Del mismo modo, no se configura una derogación de la ley 14 de 1983 sobre la anteriormente citada, de manera que ambas normatividades conservan plena vigencia, dado el carácter especial de la Ley 56 de 1981 (...)*” (Se resalta).

1115 La doctrina advierte en todo caso que la aplicación de la regla ‘*Lex posterior generalis non derogat priori specialis*’ y ‘*legi specialis per generalen non derogatur*’ debe hacerse con cautela y caso por caso; en especial señala Díez-Picazo que no sería aplicable cuando la ley posterior hace una regulación integral de la materia o cuando la voluntad derogatoria del legislador de la norma especial es inequívoca. Sobre derogatoria tácita por regulación integral pueden verse, por ejemplo, las Sentencias C-159 de 2004, C-191 de 2006 y C-827 de 2006.

1116 Ver por ejemplo, Sentencia de la Sala de Casación Civil del 28 de marzo de 1984.

1117 Por ejemplo en Sentencia del 30 de enero de 1968, M.P. Alfonso Arango Henao: “*Lex posterior generalis non derogat priori specialis*’ y ‘*legi specialis per generalen non derogatur*’, son aforismos antiquísimos que enuncian el principio universal de derecho de que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior y que complementan la conocida regla de prevalencia. De allí que la doctrina contenida en aquellas fórmulas jurídicas se pueda sintetizar así: *La ley posterior deroga la ley anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general, subsiste en cuanto se refiere a la materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera, o que entre ellas exista incompatibilidad.* (). Sobre los fenómenos de derogatoria expresa, tácita o por regulación integral, puede verse de manera más reciente la Sentencia 14295 del 25 de noviembre de 2004, M.P. Ligia López Díaz. En concreto sobre la prevalencia de la ley especial anterior sobre la ley posterior general, la Sentencia de 6 de julio de 2006. M. P. Dra. Ligia López Díaz. Sección Cuarta del Consejo de Estado. Expediente: No. 2002-01156, reiterada en sentencia de la misma sección del 9 de noviembre de 2006, M.P. Juan Angel Palacio Hincapié

una y otra etapa, un interés público reforzado en la recuperación y aseguramiento de las obligaciones perseguidas.

Por su parte, la Ley 1066 de 2006, aún cuando posterior, es general, no regula integralmente la materia (sólo hace una remisión normativa) y tampoco se desprende de su texto una intención clara de derogar el régimen legal especial existente para la recuperación de las sumas derivadas de los procesos de responsabilidad fiscal.

Por tanto, de acuerdo con las reglas de resolución de antinomias antes explicadas, es dable concluir que la Ley 1066 de 2006 no derogó las normas especiales contenidas en la Ley 610 de 2000 para los procesos de cobro coactivo originados en procesos de responsabilidad fiscal.

A juicio de la Sala, una variación de los instrumentos especiales (más estrictos) de ejecución de los procesos de responsabilidad fiscal debe ser objeto de una norma específica que regule la materia y no podría deducirse por interpretación de otras normas generales; incluso, una reducción de tales instrumentos por vía de interpretación, podría considerarse contraria a la Constitución, en cuanto que su especificidad viene dada directamente por los artículos 267 y 268 de la misma; en ese sentido, el marco de configuración del legislador, aun cuando amplio, está atenuado por los fines y principios que rigen la responsabilidad fiscal, que ciertamente ha tenido un desarrollo distinto (más intenso) del que se deriva de otras obligaciones para con el Estado, incluso de las tributarias, donde, como se ha dicho, también hay un denotado interés en su recuperación.

Precisamente, al referirse a la mayor severidad de las medidas cautelares en los procesos de responsabilidad fiscal y de cobro coactivo derivado de éstos, la Corte Constitucional señaló expresamente:

“Las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal se justifican en virtud de la finalidad perseguida por dicho proceso, esto es, la preservación del patrimonio público mediante el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la gestión fiscal (...)

En consonancia con la Constitución y la ley 610 el artículo 41 exhibe una gran pertinencia y una plena justificación. Pues a todas luces resulta evidente que para una mejor garantía de los efectos resarcitorios las medidas cautelares no pueden dejarse para último momento, ni condicionarse a la previa determinación de responsabilidad fiscal del servidor público o del particular con poderes de gestión fiscal. (...)

*Más aún, el carácter preventivo de las medidas cautelares es lo que determina que su aplicación efectiva se realice con anterioridad a la fecha de notificación del auto de apertura a los presuntos responsables. Sin que esto constituya óbice para que en cualquier momento del proceso puedan decretarse medidas cautelares sobre los bienes o rentas de la persona presuntamente responsable de haber causado un daño al patrimonio público, tal como lo establece el artículo 12 de la ley cuestionada. **Medidas éstas que habrán de extenderse con fuerza vinculante hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. Sin perjuicio de la opción de desembargo que el artículo 12 contempla bajos ciertos requisitos y condiciones.**”¹¹¹⁸(Resaltado fuera del texto)*

1118 Sentencia C-840 de 2001. Sobre esos fines especiales de los procesos de responsabilidad fiscal que justifican un régimen particular de medidas cautelares, ya había se había pronunciado la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-054 de 1997.

En consecuencia, respecto de los interrogantes planteados en la Consulta, la Sala considera que la ejecutoriedad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, así como la práctica de las medidas cautelares en los respectivos procesos de cobro coactivo, se sujetará a la regulación especial establecida para tales efectos en la Ley 610 de 2000. En el mismo sentido, el reporte de las personas con base en un fallo condenatorio de responsabilidad fiscal se deberá hacer según lo dispuesto en ella, es decir, cuando el respectivo acto se encuentren “en firme y ejecutoriado” y no se “haya satisfecho la obligación contenida en él” (art.60)

Ahora y según se ha advertido, el recaudo de las demás obligaciones a favor de las contralorías distintas de las originadas en procesos de responsabilidad fiscal (multas, cuotas de vigilancia, etc.), sí queda sujeto al procedimiento de cobro coactivo previsto en el Estatuto Tributario en virtud de la regla general establecida en la Ley 1066 de 2006, en tanto que respecto de aquéllos créditos, los organismos de control fiscal obran bajo los mismos presupuestos que lo hacen las demás entidades del Estado y allí no serían aplicables entonces los principios de especialidad antes referidos.

Finalmente, aclara la Sala que la facultad de las entidades de “establecer mediante normatividad de carácter general, por parte de la máxima autoridad o representante legal de la entidad pública, el Reglamento Interno del Recaudo de Cartera, el cual deberá incluir las condiciones relativas a la celebración de acuerdos de pago” (art.2 Ley 1066 de 2006), no comprende bajo ninguna circunstancia la posibilidad de que por esa vía se modifique o se hagan excepciones al procedimiento legal de cobro coactivo, como se sugiere en una de las preguntas de la solicitud de ampliación¹¹¹⁹. Lo anterior, no sólo por la reserva legal que existe en materia de procesos judiciales y administrativos (art.29 C.P.), sino también porque ello atentaría contra los principios de legalidad y jerarquía normativa.

III. Interrogantes relacionados con la aplicación al decreto 881 de 2007 sobre adjudicación de bienes cuando el tercer remate se declara desierto

Señala la entidad consultante que por regla general los recaudos de jurisdicción coactiva que hace la Contraloría ingresan al Tesoro Nacional y no al presupuesto de la Contraloría, como sucede en los casos en que el título ejecutivo es un acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, la resolución de reintegro por doble asignación, el incumplimiento del pago de la tarifa fiscal, entre otros. Que solamente cuando se trata de multas, éstas ingresan al patrimonio del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República.

Indica que, en desarrollo del Estatuto Tributario, el Decreto Reglamentario 881 de 2007 prevé la posibilidad de que en los procesos de cobro coactivo se adjudiquen los bienes embargados a favor de la Nación, cuando luego de la tercera licitación se declara desierto el remate.

Pregunta entonces lo siguiente: *“Cuando se den los presupuestos exigidos en el Decreto 881 de 2007 para la adjudicación de bienes a la Nación una vez se declare desierto el re-*

¹¹¹⁹ ¿Puede la Contraloría General de la República por vía de reglamento interno de recaudo de cartera, establecer que la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra un fallo de responsabilidad fiscal, tiene como consecuencia la suspensión del proceso y la suspensión de la acción de cobro?

mate después de la tercera licitación ¿la transferencia del derecho de dominio y posesión del bien a qué entidad específica se debe hacer? ¿Se puede transferir a la Nación – Contraloría General de la República?.

En primer lugar observa la Sala que el Decreto 881 de 2007 al que se refieren estos interrogantes, es reglamentario del artículo 840 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 8 de la Ley 788 de 2002, que establece lo siguiente:

*ARTICULO 840. Remate de bienes. En firme el avalúo, la Administración efectuará el remate de los bienes directamente o a través de entidades de derecho público o privado **y adjudicará los bienes a favor de la Nación en caso de declararse desierto el remate después de la tercera licitación, en los términos que establezca el reglamento.***

Los bienes adjudicados a favor de la Nación y aquellos recibidos en dación en pago por deudas tributarias, se podrán entregar para su administración o venta a la Central de Inversiones S.A. o a cualquier entidad que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la forma y términos que establezca el reglamento” (se subraya).

Según la norma transcrita, en caso de llegarse a la tercera licitación y haberse declarado desierto el remate, se podrán adjudicar los bienes embargados a favor de la Nación, quien una vez tenga la titularidad de los mismos, podrá entregarlos para su administración o venta a la Central de Inversiones S.A. o a cualquier entidad que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Precisamente, el Decreto Reglamentario 881 de 2007 a que se refiere la pregunta, se expidió en el contexto del Estatuto Tributario y por ende, en el entendido que el recaudo lo practicaría la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Así, el artículo 1 señala que la adjudicación de que trata el artículo 840 del Estatuto Tributario, es una forma de pago de las obligaciones fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, sanciones, intereses y demás obligaciones administradas por la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales; el artículo 2º enumera los funcionarios competentes dentro de dicha Unidad para tales efectos; el artículo 3º se refiere a los efectos de la adjudicación, especialmente en cuanto a que la transferencia de dominio se entenderá hecha a favor de *la Nación - Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales*; el artículo 4 exige que la adjudicación no vaya a ser gravosa o generar detrimento para el Estado, a cuyo efecto exige concepto previo de la Secretaría General de la DIAN; el artículo 5 establece los documentos que se deberán remitir a dicha Secretaría General para emitir el respectivo concepto, etc.

En fin, se trata de una norma reglamentaria estructurada exclusivamente sobre la base de que la entidad rematante es la DIAN y que el objeto de cobro son obligaciones tributarias. Es así que el decreto únicamente establece que la destinataria de la adjudicación de los bienes rematados será la Nación-Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Por tanto, su aplicación a la generalidad de entidades que por virtud de la Ley 1066 de 2006 deben remitirse hoy en día al Estatuto Tributario en materia de cobro coactivo puede dificultarse y enfrentar problemas prácticos para su desarrollo. En ese sentido, la Sala recomendaría al Gobierno reglamentar la materia de

manera específica para esas otras entidades, para que puedan aplicar sin inconveniente lo que dispone el artículo 840 del Estatuto Tributario.

En cualquier caso, dado que, como se señala en la Consulta, los recaudos derivados de los procesos de jurisdicción coactiva no son, por regla general, recursos propios de la Contraloría General de la República, sino que los mismos se trasladan directamente al Tesoro Nacional¹¹²⁰, considera la Sala que la referida adjudicación no podría recaer de la Contraloría General de la República al no ser titular de los créditos cobrados. Solamente en el caso de que el recaudo tuviera como destinatario directo al ente de control, la adjudicación podría hacerse a su favor.

Finalmente, la Sala considera necesario advertir que el artículo 840 del Estatuto Tributario y, por ende, su decreto reglamentario, no son aplicables a los procesos de jurisdicción coactiva originados en actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, pues como ha quedado expuesto, aquellos se regulan por sus normas específicas al no quedar cobijados con la remisión de la Ley 1066 de 2006 al Estatuto Tributario.

Con base en las anteriores consideraciones, LA SALA RESPONDE:

1. ¿Si las Contralorías no recaudan rentas o caudales públicos a través de la acción fiscal, *no* le es aplicable para su cobro el procedimiento establecido en la Ley 1066? (se resalta)

Respuesta: En el contexto de la Ley 1066 de 2006 las contralorías sí recaudan rentas o caudales públicos y, por ende, les es aplicable lo establecido en su artículo 5, salvo en materia de procesos de cobro coactivo originados en actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, los cuales, por su especificidad, se rigen por sus normas especiales.

2. ¿Los actos administrativos -fallos con responsabilidad fiscal- se deben entender ejecutoriados aplicando los requisitos de los artículos 56 y 58 de la Ley 610 de 2000 o aplicando los requisitos del artículo 829 del Estatuto Tributario, que en su numeral 4º exige que se hayan decidido en forma definitiva las acciones de restablecimiento del derecho?

3. Con relación a los demás títulos ejecutivos tales como multas, sanción pecuniaria, reintegros por doble asignación, sanciones por incumplimiento de tarifas, entre otros, ¿la Contraloría General de la República debe aplicar los requisitos de ejecutoria establecidos en el artículo 829 del Estatuto Tributario o los requisitos de ejecutoria establecidos en los artículos 62 y 64 del Código Contencioso Administrativo?.

Respuesta: La ejecutoria de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal se rige por los artículos 56 y 58 de la Ley 610 de 2000 y no por el artículo 829 del Estatuto Tributario.

Los demás actos administrativos de las contralorías que sirvan de fuente a un proceso de jurisdicción coactiva, distintos de los que declaran la responsabilidad fiscal, se rigen para su ejecutoria por lo establecido en el Estatuto Tributario, de acuerdo con la remisión del Artículo 5 de la Ley 1066 de 2006.

1120 Según el Decreto 4712 de 2008 que establece la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la denominación actual de esa dependencia es "Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional".

4. ¿Puede la Contraloría General de la República por vía de reglamento interno de recaudo de cartera, establecer que la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra un fallo de responsabilidad fiscal, tiene como consecuencia la suspensión del proceso y la suspensión de la acción de cobro?

5. ¿Puede la Contraloría General de la República inaplicar la consecuencia jurídica establecida en el artículo 833 del Estatuto Tributario, que ordena la terminación del procedimiento y el levantamiento de las medidas cautelares, si el interesado excepciona la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho?

Respuesta: No, la Contraloría no puede por vía del reglamento interno de recaudo de cartera, modificar las normas de cobro coactivo previstas en la ley.

En todo caso, en los procesos de cobro coactivo adelantados por la Contraloría General de la República con base en un acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, no procede la excepción fundada en la demanda judicial del respectivo acto.

6. ¿Para el levantamiento de las medidas preventivas de los fallos con responsabilidad fiscal, dentro del proceso de jurisdicción coactiva, la Contraloría General de la República debe aplicar el Art. 12 de la Ley 610 de 2000 o el artículo 833 y párrafo único del Estatuto Tributario?

Respuesta: El levantamiento de las medidas cautelares en los procedimientos de cobro coactivo iniciados con base en un acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal se rige por el artículo 12 de la Ley 610 de 2000.

7. Si la fecha en que adquiere firmeza el fallo con responsabilidad fiscal es diferente a la fecha en que adquiere ejecutoria -en virtud del art.64 del C.C.A y Art.829, numeral 4 del Estatuto Tributario-, ¿la CGR debe esperar a que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resuelva las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho que se interpongan contra dichos fallos, para poder incluir a los responsables fiscales en el Boletín?

Respuesta: La Contraloría General de la República no debe esperar que se resuelvan las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, para incluir a una persona en el Boletín de Responsables Fiscales. De conformidad con el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, para dicho reporte es suficiente que la decisión se encuentre en firme y ejecutoriada en los términos de los artículos 56 y 58 de la misma ley.

8. Cuando se den los presupuestos exigidos en el Decreto 881 de 2007 para la adjudicación de bienes a la Nación una vez se declare desierto el remate después de la tercera licitación ¿la transferencia del derecho de dominio y posesión del bien a qué entidad específica se debe hacer? ¿Se puede transferir a la Nación – Contraloría General de la República?

Respuesta: En aplicación del artículo 840 del Estatuto Tributario, reglamentado por el Decreto 881 de 2007, la adjudicación de los bienes a favor de la Nación cuando se declara desierto el remate después de la tercera licitación, deberá hacerse a nombre

de la dependencia de la Nación que sea destinataria de los recursos recaudados; la adjudicación sólo podrá recaer en la Nación-Contraloría General de la República cuando ésta sea la destinataria directa del recaudo que se persigue en el respectivo proceso de cobro coactivo.

En todo caso se advierte que el artículo 840 del Estatuto Tributario y, por ende, su decreto reglamentario, no son aplicables a los procesos de jurisdicción coactiva originados en actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, los que, por su especificidad, no quedaron cobijados con la remisión de la Ley 1066 de 2006 al Estatuto Tributario.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Presidente de la Sala. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Consejero. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

4. Contralorías departamentales. Régimen de contratación. Contratos de prestación de servicios

Radicado 2003

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2010/08/19

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 20106000071181 del 22 de septiembre de 2010

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctora Elizabeth Rodríguez Taylor, atendiendo la solicitud del señor Auditor General de la República, doctor Iván Darío Gómez Lee, consulta sobre “el alcance y aplicación de la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996” relativa a los contratos de prestación de servicios en las contralorías departamentales.

Cita y transcribe los artículos 15 de la ley 330 de 1996¹¹²¹, 272 y 308 de la Constitución Política; compara la regulación de los contratos de prestación de servicios en las leyes 80 de 1993 y 330 de 1996 y el decreto reglamentario 2474 de 2008; se refiere a los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General en el 2007 y en el 2009¹¹²².

Enuncia una serie de argumentos acerca de la aplicación prevalente del artículo 15 de la ley 330 por ser una norma restrictiva, especial y posterior a la ley 80 de 1993; del alcance de la prohibición respecto de las actividades misionales que sólo pueden realizarse con personal de planta o con empresas privadas, previo concepto del Consejo de Estado y por las causales establecidas en el artículo 31 de la ley 42 de 1993; y señala que en criterio de la Auditoría General, “la claridad de la prohibición es tan evidente que se

1121 Ley 330 de 1996, “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales.”

1122 Conceptos jurídicos OJ-110-020 de 2007 y OJ-110-06 de 2009.

requiere analizar con sumo cuidado la aplicación del numeral 3º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993". Así, formula las siguientes preguntas:

"1. ¿La prohibición prevista en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996 aplicable a las contralorías departamentales es de carácter especial; por tanto, no es aplicable lo dispuesto como regla general en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993?"

"2. ¿O por el contrario, la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996 no es especial y debe interpretarse armónicamente con lo establecido con la Ley 80 de 1993?"

"3. ¿Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, si no hay personal de planta suficiente par adelantar los procesos de responsabilidad fiscal o de auditoría, las contralorías departamentales pueden celebrar contratos de prestación de servicios?"

"4. ¿De conformidad con el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, se prohíbe contratar las actividades misionales, pero se permiten las de funcionamiento o las administrativas?"

Para responder la Sala CONSIDERA:

Se trata de establecer si en los términos del artículo 15 de la ley 330 de 1996, las contralorías departamentales pueden o no contratar servicios personales para atender sus funciones administrativas y de control fiscal, y si al efecto les es factible recurrir a la norma general del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Revisará la Sala la ley 80 de 1993 en los aspectos pertinentes, y el régimen especial de las contralorías departamentales.

El régimen contractual de la administración pública y el contrato de prestación de servicios

La Carta Política de 1991, en el último inciso del artículo 150 asignó al Congreso de la República la competencia para "... expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional", en cuyo ejercicio se expidieron las leyes 80 de 1993 y 1150 del 2007¹¹²³.

Obsérvese que el mandato constitucional usa la expresión "general", contenido también en las leyes 80 y 1150 que actualmente conforman dicho "estatuto general"; por lo cual, estas leyes no regulan íntegramente la actividad contractual y por el contrario, remiten a otras normas atendiendo por ejemplo a la naturaleza de la entidad estatal o de su objeto, o a contenidos específicos como los atinentes a ciencia y tecnología.

Al respecto, tiene dicho la jurisprudencia¹¹²⁴:

"Menos aún del precepto superior puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta hubiera sido

1123 Ley 80 de 1993 (octubre 28), "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", D. O. No. 41.094 (octubre 28/93). Modificada por la ley 1150 de 2007 (julio 16), "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 800 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos", D. O. No. 46.691 (julio 16/07).

1124 Corte Constitucional, sentencia C-949-01.

la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa....”

Así mismo, la jurisprudencia ha entendido que las leyes que el Congreso Nacional expide en ejercicio de la competencia que le atribuye el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, configuran la autorización general para la contratación de la administración pública. Esta interpretación, que no ha sido variada, inició con la sentencia C-449-92¹¹²⁵, en la cual se lee:

“En conclusión, el constituyente distinguió las nociones de autorización previa general (artículo 150 inciso final), autorización previa especial (artículo 150.9), y aprobación posterior (artículo 150.14) de los contratos, a la luz de la Carta de 1991.”

Ahora bien, según su artículo 1º, el objeto de la ley 80 de 1993 es “...disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”; éstas, a su vez, están enumeradas en los literales a) y b) del artículo 2º, e incluyen a las “contralorías departamentales, distritales y municipales”.¹¹²⁶

El artículo 32 de la ley 80 en estudio, define los “contratos estatales” como *los actos jurídicos que celebran las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.*

Entre ellos, a título enunciativo, la norma citada incluye los de prestación de servicios, así:

Ley 80 de 1993, Art. 32: “(..)

“3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

1125 Corte Constitucional, sentencia C-449-92 (julio 9 - REF: Proceso No. D-033); además, la sentencia C-399-03 (20 de mayo - Ref. Exp. OP-067), hace un recuento de varios de los pronunciamientos en igual sentido y expresa: “12.- Según el artículo 154 de la Carta, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno, entre otras, las leyes a que se refiere el numeral 9 del artículo 150 Superior. A su vez, el mencionado numeral señala que corresponde al Congreso, mediante ley, “conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales (...)”. En el ordenamiento constitucional existen, sin embargo, otras normas también relacionadas con la facultad del Gobierno para suscribir contratos, como el numeral 14 del artículo 150, según el cual debe el Congreso “aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa”; o el inciso final del mismo artículo, que asigna al Congreso la competencia para “expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de a administración nacional”.

1126 Ley 80/93, Art. 2º. *De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos.* Para los solos efectos de esta Ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a)... b)... la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales,... (Literal b, EXEQUIBLE, Sentencia C-374-94).

De acuerdo con su definición legal, el contrato de prestación de servicios permite a las entidades estatales atender sus necesidades de “administración o funcionamiento”, cuando el personal vinculado a su planta de personal no es suficiente o no tiene los conocimientos especializados que la actividad demande.

En su interpretación gramatical¹¹²⁷, los vocablos “administración” y “funcionamiento” definen actividades de distinta naturaleza dentro de una organización, las cuales en la práctica administrativa se identifican respectivamente como “de apoyo” y “misionales”.

Entonces, las entidades estatales, en virtud de la definición del contrato de prestación de servicios, están autorizadas de manera general para celebrarlo a fin de atender requerimientos de personal, tanto en el desarrollo de su objeto como en las tareas administrativas de soporte que éste requiere; pero siempre con sujeción a las restricciones establecidas en la norma que lo define. La jurisprudencia del Consejo de Estado es abundante al respecto; por ejemplo:

“La Sala considera que el sentido genuino de la expresión “...actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” es la de servir de marco para las actividades que desarrollará el contratista, pero no la de hacer viable cualquier contratación referida con tales actividades. En este caso puntual, asume una interpretación restrictiva por cuanto la expresión transcrita debe guardar relación con el literal d) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y con el decreto 2170 de 2002. Este último, a pesar de ser reglamentario de la ley, aporta elementos que vistos en conjunto con la ley 80 de 1993 y la ley 489 de 1998 limitan la interpretación. De acuerdo con lo anterior, las entidades estatales estarán facultadas para celebrar contratos de prestación de servicios con personas jurídicas bajo las siguientes limitaciones, provenientes del mismo estatuto de contratación: que sean servicios profesionales o trabajos artísticos que sólo puedan ser encomendados a determinadas personas jurídicas; o que comprendan el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; o que brinden apoyo a la gestión de la entidad cuando no hubiere personal suficiente para el servicio que se va a contratar, o cuando se trate de fines específicos; para todos los objetos señalados, que el contrato tenga una duración temporal, restringida a lo estrictamente necesario. Es decir, la naturaleza del contrato de prestación de servicios, vista desde la óptica de la contratación estatal y de los orígenes e historia de la figura contractual, no permite una interpretación e integración de contenido y efectos que llegue hasta la asunción de funciones administrativas propias de la entidad estatal por parte del contratista, ni a la representación de la misma frente a terceros, sin haberse dado cumplimiento a las prescripciones legales de índole imperativo, en este caso la ley 489 de 1998.”¹¹²⁸

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha señalado que en este tipo de contrato “el grado de autonomía de la administración se ve ostensiblemente limitado”, y que “su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido”, de modo que si dicho objeto se convierte “en ordinario y permanente”, la entidad debe adelantar los trámites necesarios para crear los empleos respectivos en

1127 DRAE. Administración: “... 2. tr. Dirigir una institución. 3. tr. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes...”. “Funcionamiento”, “1. intr. Dicho de una persona, de una máquina, etc.: Ejecutar las funciones que le son propias.”

1128 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP), sentencia de mayo 17 de 2007; Radicado 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), sentencia de noviembre 30 de 2006 / Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de noviembre 4 del 2004, Radicado No. 1.592.

su planta de personal y apropiar los recursos para sus emolumentos, en cumplimiento del artículo 122 constitucional.¹¹²⁹

Como pasa a estudiarse, las contralorías departamentales tienen mayores restricciones para la celebración de contratos de prestación de servicios.

El régimen de las contralorías territoriales

La Carta Política de 1991, además de la división tradicional del poder público en las ramas Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional, dispuso tratar separadamente otras funciones estatales, entre ellas la del ejercicio del control fiscal, ordenando a la ley regular sus procedimientos, sistemas y principios.

Para el nivel territorial, el artículo 272 de la Constitución Política estatuyó:

“Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. (...)

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal. (...)”

La norma parcialmente transcrita debe leerse en consonancia con los artículos constitucionales 287 y 289; según el primero de los citados, el ejercicio de las funciones de las Asambleas y de los Concejos está sujeto a la Constitución y a la ley¹¹³⁰; al tenor del segundo, se reconoce la autonomía de los departamentos para la administración de los asuntos seccionales y se ordena a la ley reglamentar “lo relacionado con el ejercicio de las atribuciones que la Constitución les otorga.”

1129 Corte Constitucional, sentencia C-154-97 (marzo 19), Ref.: Exp. D-1430, Norma acusada: Num. 3 -parcial-, Art. 32, Ley 80/93: “...Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación. (...) El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: (...) c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.(...)”

1130 Constitución Política, Artículo 287. “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.”

Pero además, el artículo 308 de la Carta también dispuso: *“La ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a honorarios de los diputados y a gastos de funcionamiento de las asambleas y de las contralorías departamentales.”*

El legislador ha desarrollado el marco constitucional reseñado¹¹³¹; y con la ley 330 de 1996, específicamente se ocupó del artículo 308 de la Constitución Política en lo relativo a las Contralorías Departamentales.¹¹³²

La ley 330 fue de iniciativa parlamentaria y en el proyecto original buscaba modificar el decreto ley 1222 de 1986, “con el objeto de regular totalmente los aportes que los departamentos y sus entidades descentralizadas están obligados a transferir a favor de las contralorías departamentales y parcialmente la autonomía administrativa y presupuestal de estas entidades”, pues, según se recogía en la Exposición de Motivos, desde la expedición del Código de Régimen Departamental no se habían adoptado normas sobre apropiaciones presupuestales para las contralorías departamentales mientras que el control fiscal a su cargo “había aumentado tanto en los sistemas como en la cobertura de entidades a inspeccionar...”¹¹³³.

No obstante, en la Ponencia para segundo debate en la Cámara, se lee:

*“El proyecto inicial tenía como objetivo principal modificar el régimen departamental en lo relativo a los aportes de la administración pública departamental para financiar los gastos de los organismos de control fiscal. / La Comisión Primera Constitucional después de amplio debate llegó al convencimiento que convenía aprovechar el proyecto de ley 141 de 1995 para dotar a las contralorías departamentales de un estatuto que desarrollara los principios constitucionales vigentes, reformara el régimen departamental y creara la auditoría ante las contralorías departamentales.”*¹¹³⁴

A partir de allí, los debates se centraron en el estudio de medidas que limitaran las apropiaciones para los gastos de funcionamiento y el crecimiento de las plantas de personal, para asegurar que no se afectaran los presupuestos departamentales.

Es en ese contexto que con la firma de 10 Senadores, en la Comisión Primera de Senado, fue propuesto y aprobado el texto del que sería el artículo 15 de la ley 330, el cual siguió sin modificaciones en los debates de la Plenaria de Senado y de la conciliación final en Senado y Cámara.¹¹³⁵ Dice la norma:

Ley 330 de 1996, artículo 15:

1131 Cfr. Ley 42 de 1993 (enero 26), “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, D. O. No. 40.732 (enero 27/93; y ley 610 de 2000 (agosto 15), “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, D. O. No. 44.133 (agosto 18/00).

1132 Ley 330 de 1996 (diciembre 11) “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales.” D. O. No. 42.938 (Dic.12/96).

1133 Gaceta No. 337 – 19 octubre de 1995 – Proyecto de ley No. 141 de 1995, Cámara, Págs. 1 y 2 – Iniciativa de Arturo Yepes Alzate, Representante a la Cámara, “Por el cual se modifica el Decreto –ley 1222 de 1986, con el objeto de regular totalmente los aportes que los departamentos y sus entidades descentralizadas están obligados a transferir a favor de las contralorías departamentales y parcialmente la autonomía administrativa y presupuestal de estas entidades, y se dictan otras disposiciones”

1134 Gaceta No. 178, mayo 15 de 1996 – Págs. 11 a 4 - Ponencia para segundo debate en Cámara – Proyecto “Por el cual se desarrolla el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones en materia de control fiscal en los departamentos” –

1135 Cfr. Gacetas 390, septiembre 20/96, págs. 3 a 6; 396 de sept. 20/96; 444 de octubre 16/96, especialmente pág. 17; 545 de noviembre 29/96; 560, diciembre 4/96; 579, diciembre 9/96; y 610, diciembre 17/96.

“PROHIBICIONES. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo será causal de mala conducta.”

Se trata, pues, de una expresa y tajante prohibición de contratar servicios personales, que comprende tanto las actividades de administración como las de funcionamiento, por cuanto directamente se refiere a las “funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal”.

La frase que se destaca remite necesariamente al inciso primero del artículo 122 de la Constitución Política, conforme al cual: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

Los artículos 15 de la ley 330 de 1996 y 32 de la ley 80 de 1993 son dos normas de jerarquía legal que contienen disposiciones precisas sobre los contratos de prestación de servicios; pero como la ley 330 es especial para las contralorías departamentales y es posterior a la ley 80, la prohibición contenida en el artículo 15 de la citada ley 330 se constituye en una excepción a la autorización general que como entidades estatales podrían tener las contralorías departamentales en virtud del artículo 32 de la ley 80.

Bajo la consideración de que el artículo 15 de la ley 330 de 1996 es una norma de excepción respecto de la ley 80, fuerza es concluir que las contralorías departamentales no pueden acudir al numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 para fundamentar legalmente la contratación de servicios personales.

Ahora bien, por mandato constitucional, las contralorías territoriales, entre ellas las departamentales las, las departamentales, *contratar con empresas privadas nacionales el ejercicio de la vigilancia fiscal, según lo autorice la ley.*

La autorización exigida por la norma constitucional está contenida en la ley 42 de 1993, “sobre la organización de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, que dispuso en su artículo 31:

“Artículo 31. Los órganos de control fiscal podrán contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado. Estas serán escogidas por concurso de mérito en los siguientes casos:

“a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan al órgano de control ejercer la vigilancia fiscal en forma directa.

“b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.

“c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

“Parágrafo. La Contraloría General de la República determinará las condiciones y bases para la celebración del concurso de méritos, así como las calidades que deban reunir las empresas colombianas para el ejercicio del control fiscal pertinente.”

Claro es que la ley 42 de 1993 es anterior a la ley 80 de 1993. Pero la aplicación de dicha ley 42 es prevalente porque la autorización que ella regula está conferida expresamente en la Carta Política a las contralorías departamentales.

En síntesis

Por disposición del artículo 272 de la Carta, las contralorías departamentales están autorizadas por la Constitución para contratar con empresas privadas nacionales el ejercicio de la función fiscal, para lo cual deben sujetarse a las prescripciones de la ley 42 de 1993, exclusivamente.

Por mandato del artículo 15 de la ley 330 de 1996, las contralorías departamentales tienen prohibido celebrar contratos de prestación de servicios para atender las funciones relacionadas con el control fiscal y las funciones administrativas de apoyo, sin excepción, por lo cual no pueden acudir a la autorización general contenida en la ley 80 de 1993.

Cabe agregar que como la contratación de la función fiscal con empresas privadas colombianas es una autorización y no una imposición, y el ejercicio de esa función es sin duda permanente y continuo, las contralorías departamentales pueden atender sus necesidades de personal en las áreas misionales con la creación de los empleos que sean necesarios en la planta de personal, ajustándose a las disposiciones legales en materia de gasto público especialmente contenidas en la ley 617 de 2001¹¹³⁶ para el nivel territorial, que establecen los límites de gasto de las contralorías departamentales en relación con las categorías de los departamentos sobre los que ejercen su función fiscalizadora.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“1. ¿La prohibición prevista en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996 aplicable a las contralorías departamentales es de carácter especial; por tanto, no es aplicable lo dispuesto como regla general en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993?”

La prohibición contenida en el artículo 15 de la ley 330 de 1996 es especial para las contralorías departamentales y además es una excepción a la autorización general para celebrar contratos de prestación de servicios prevista en la ley 80 de 1993 para las entidades estatales; por ello, las contralorías departamentales no pueden aplicar la regla general del numeral 3º del artículo 32 de la mencionada ley 80 de 1993.

“2. ¿O por el contrario, la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996 no es especial y debe interpretarse armónicamente con lo establecido con la Ley 80 de 1993?”

La armonización de las dos disposiciones se da en los siguientes términos: el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 es la autorización general que tienen las entidades estatales para celebrar contratos de prestación de servicios; el artículo 15 de la ley 330 de 1996 exceptúa a las contralorías departamentales de esa autorización.

1136 Ley 617 de 2000 (octubre 6), “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.” D. O. No. 44.188 de 9 de octubre de 2000. Revisar especialmente Arts. 8º y 9º.

“3. ¿Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, si no hay personal de planta suficiente para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal o de auditoría, las contralorías departamentales pueden celebrar contratos de prestación de servicios?”

No; para esos efectos las Contralorías Departamentales cuentan con la autorización del artículo 272, inciso sexto, de la Constitución Política, para contratar el ejercicio de la función fiscal con empresas privadas nacionales, dando aplicación a la ley 42 de 1993. También tienen la opción de crear los empleos requeridos, siempre que las normas sobre control del gasto a las que estos organismos de control están sujetos, lo permitan.

“4. ¿De conformidad con el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, se prohíbe contratar las actividades misionales, pero se permiten las de funcionamiento o las administrativas?”

La prohibición consagrada en el artículo 15 de la ley 330 de 1996 comprende todas las actividades de las contralorías departamentales.

Transcribese a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

VIII.

Entidades Territoriales

ENTIDADES TERRITORIALES

1. Definición de límites departamentales. Delimitación territorial entre los Departamentos de Antioquia y Chocó en la zona de Belén de Bajirá. Intervención de una Comisión Accidental Demarcadora del H. Senado de la República. ¿Es viable realizar una consulta popular en los municipios limítrofes o en los dos departamentos?. **Radicado 1722** 443
2. Llamamiento a ocupar el cargo de los concejales del Distrito Capital de Bogotá D. C. **Radicado 1765** 453
3. Conformación Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales – CAR **Radicado 1983** 454
4. Integración del Consejo Directivo de una institución de educación superior del orden municipal. **Radicado 1987** 463
5. Competencia de los municipios para establecer tarifas de los parqueaderos. (Inhibición). **Radicado 2006** 471
6. Falta absoluta del gobernador del Valle del Cauca. La falta absoluta se presenta a partir de la fecha en que se ejecute el fallo definitivo del proceso disciplinario. Necesidad de convocatoria a elección de nuevo Gobernador para el tiempo que resta del período constitucional. **Radicado 2037** 474
7. Inhabilidades de los alcaldes para inscribirse a cargos de elección popular. **Radicado 2039** 477

1. Definición de límites departamentales. Delimitación territorial entre los departamentos de Antioquia y Chocó en la zona de Belén de Bajirá. Intervención de una Comisión Accidental Demarcadora del H. Senado de la República. ¿Es viable realizar una consulta popular en los municipios limítrofes o en los dos departamentos?.

Radicado 1722

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Fecha: 2006/03/16

Levantamiento de la reserva mediante auto del 8 Abril de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Sabas Pretelt de la Vega, a solicitud de la doctora Claudia Blum de Barberi, Presidenta del H. Senado de la República, formula a la Sala una consulta para determinar si, dentro del proceso de definición de los límites entre los Departamentos de Antioquia y Chocó en la zona de Belén de Bajirá, en el cual está interviniendo una Comisión Accidental Demarcadora del Senado de la República, es viable jurídicamente realizar una consulta popular en los municipios limítrofes o en los dos departamentos.

1. ANTECEDENTES

El Ministro transcribe la consulta de la Presidenta del H. Senado, en la cual se citan diversas normas legales relacionadas con la fijación de límites de municipios y de departamentos, se indica que, en desarrollo de la facultad de designación de comisiones accidentales (artículo 66 de la ley 5ª de 1992), el Senado de la República integró, mediante la resolución 176 del 14 de julio de 2003, una Comisión Accidental Demarcadora para dirimir el aludido diferendo limítrofe, y se concluye lo siguiente:

“La Comisión Accidental Demarcadora conformada en el Senado de la República para definir el diferendo limítrofe entre los Departamentos de Antioquia y Chocó (Zona de Belén de Bajirá), ha tomado en consideración la normatividad vigente en la materia y el documento guía elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi para tales fines, pero en desarrollo de dicho proceso no ha adquirido la claridad jurídica suficiente para determinar si, por estar involucrados en la definición de los límites departamentales, municipios de ambos departamentos, se debe aplicar la norma relativa a la modificación de límites municipales contenida en el artículo 14 numerales 1 y 2 de la Ley 136 de 1994, que establece la consulta popular como requisito para la modificación de límites intermunicipales”.

2. INTERROGANTES

Los interrogantes presentados son los siguientes:

“1. En un proceso de Definición de Límites Departamentales a cargo de una Comisión Senatorial Accidental Demarcadora, integrada conforme a la ley, se debe acudir al mecanismo de Consulta Popular en los municipios involucrados con la demarcación, como lo señala específicamente la Ley 136 de 1994 para la aclaración de límites intermunicipales?

2. En caso afirmativo, cuál sería el contenido de la consulta popular? Podría ser el Proyecto de Informe Definitivo sobre límites preparado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi para la Comisión Accidental Demarcadora?

3. Se realizaría la consulta exclusivamente en los municipios afectados con la modificación de los límites departamentales? o en todos los municipios de los respectivos departamentos? o una sola simultánea en los dos departamentos?

4. Como quiera que la competencia para establecer la solución definitiva corresponde a la sesión plenaria del Honorable Senado de la República, puede este órgano de representación popular modificar lo aprobado previamente mediante la consulta popular, Municipal o Departamental, según sea el caso?

3. CONSIDERACIONES

3.1 Observación inicial

La consulta busca esencialmente, establecer si se puede o no realizar una consulta popular, dentro del trámite de definición de los límites de los Departamentos de Antioquia y Chocó en la zona de Belén de Bajirá. La Sala analizará el tema en abstracto y luego aplicará sus conceptos a este caso concreto.

Adicionalmente, la Sala observa que en dicho trámite actúa una Comisión Accidental Demarcadora del H. Senado de la República, para efectuar, como su nombre lo dice, una demarcación sobre las líneas divisorias dudosas, con la finalidad de que posteriormente, la Plenaria del Senado apruebe el límite definitivo entre los dos departamentos, y ha encontrado que, de acuerdo con la Constitución Política de 1991, el H. Senado ya no tiene la competencia para definir límites entre departamentos, razón por la cual abordará también este tema.

3.2 Improcedencia de una consulta popular en el proceso de demarcación de límites entre dos departamentos

Para la Sala es claro, de la simple observación inicial sobre el tema, que dentro de las normas legales actuales referentes al trámite para la definición de límites departamentales, no se encuentra contemplada la realización de una consulta popular, ni a nivel de los departamentos, ni en los municipios relacionados con la fijación del límite, razón por la cual no se podría efectuar por ser una medida ajena al procedimiento establecido.

En efecto, la consulta popular que está prevista legalmente, se refiere al trámite de fijación de límites entre municipios de un mismo departamento, lo cual es enteramente distinto. Es así como, el artículo 14 de la ley 136 del 2 de junio de 1994, “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, establece:

“Artículo 14.- Modificación de límites intermunicipales.- Cuando dos o más municipios de un mismo departamento mantengan disputa territorial por no existir entre ellos límites definidos o por presentar problemas de identidad, atendidas sus características naturales, sociales, económicas o culturales, las Asambleas Departamentales por medio de ordenanza, podrán modificar o precisar los respectivos límites intermunicipales para lo cual deberán cumplirse los requisitos y condiciones siguientes.

1. El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del Gobernador o de los mismos miembros de la Asamblea Departamental. Sin embargo, el Gobernador estará obligado a presentarlo

cuando así lo decida, por medio de consulta popular, la mayoría de ciudadanos residentes en el territorio en conflicto.

2. Si no existiere ya una consulta popular el Gobernador del Departamento deberá convocarla para que los ciudadanos residentes en el territorio en conflicto manifiesten su voluntad mayoritaria para la correspondiente anexión. (...). ” (Destaca la Sala).

Como se advierte, esta norma alude claramente a la definición de límites entre municipios que pertenezcan a un mismo departamento y no a la solución de un diferendo limítrofe entre dos departamentos, que es una hipótesis diferente. De hecho, la ley 136 de 1994 se refiere únicamente al tema municipal y no prevé entonces, normas de alcance departamental.

Así las cosas, la consulta popular ha sido establecida para definición de límites intermunicipales, al interior de un mismo departamento, sin que sea procedente la aplicación de la analogía con el argumento de que todo conflicto de límites departamentales, encierra un conflicto de límites intermunicipales, pues no siempre hay municipios limítrofes, y además, no se presenta la hipótesis normativa, pues de existir éstos, pertenecerían a dos departamentos distintos con Asambleas y Gobernadores diferentes, de manera que no sería viable la solución por autoridades únicas prevista por la norma.

Podría pensarse sin embargo, que de acuerdo con la ley estatutaria 134 del 31 de mayo de 1994, referente a los mecanismos de participación ciudadana, dentro de los cuales se encuentra el de la consulta popular, es factible utilizar dicho instrumento, a nivel de los dos departamentos, como parte del trámite para resolver el asunto.

Al respecto, es importante precisar que esa posibilidad tampoco puede darse, por las siguientes razones:

a) Conforme se indicó, la consulta popular no se encuentra establecida como una etapa dentro del procedimiento legal para dirimir un conflicto limítrofe entre dos Departamentos, y aparece claro que no se puede crear por vía de interpretación doctrinal, un trámite no consagrado en la ley.

b) La Comisión Demarcadora del Senado no tiene competencia conferida por la ley, para convocar la realización de una consulta popular en los dos departamentos, con la finalidad anotada.

c) De acuerdo con los artículos 51 y siguientes de la ley 134, las consultas del orden departamental, deben surtir el siguiente trámite:

- Solicitud del Gobernador a la Asamblea sobre la conveniencia de la consulta.
- Concepto favorable de la Asamblea.
- Remisión del texto al Tribunal Contencioso Administrativo correspondiente, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad, en los quince (15) días siguientes.
- Realización de la consulta en el término de dos (2) meses.
- La decisión del pueblo es obligatoria, si ha participado por lo menos la tercera parte del respectivo censo electoral.
- Expedición de una ordenanza para hacer efectiva la decisión objeto de la consulta. Se debe expedir en el mismo período de sesiones o a más tardar en el período siguiente.

- Si se deja vencer el plazo anterior, el Gobernador dentro de los tres meses siguientes, debe dictar un decreto con fuerza de ordenanza, adoptando las medidas necesarias para cumplir la decisión popular.

Como se aprecia, este trámite, en la hipotética situación de que se pudiera aplicar al caso analizado, sería impracticable, por cuanto habría que realizarlo de manera simultánea y coordinada entre las autoridades de cada uno de los dos departamentos, y conllevaría una serie de dificultades como las siguientes: ¿Qué pasaría si un departamento decide hacer la consulta y el otro no?, o en uno participa el mínimo electoral requerido y en el otro no? ¿Se contarían las consultas por separado sin tener en cuenta el número de habitantes, mayor en un departamento que en el otro?, ¿La decisión final sería de las dos Asambleas y no de la plenaria del Senado de la República, teniendo en cuenta que la decisión popular es obligatoria?, etc.

De otra parte, habría que tener en cuenta exactamente la materia de la consulta popular, esto es, las preguntas formuladas al pueblo, que se deben contestar con un “Sí” o un “No”, como lo señala el artículo 52 de la ley 134. Esta misma ley establece que las consultas son “para que el pueblo decida sobre asuntos departamentales...” (art. 51). En este caso, sería sobre un asunto departamental que interesa al departamento propio y al departamento vecino, con lo cual se sale de su ámbito territorial, y no sería acerca de un sentimiento o voluntad popular, esto es, si el pueblo del departamento desea que determinado municipio o municipios sean anexados o pertenezcan a su territorio (como sucede en la consulta popular sobre límites intermunicipales), sino sobre un asunto eminentemente técnico e histórico: la aprobación del trazado de un límite, realizado provisionalmente por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, pues se trata de una definición de límites entre dos departamentos, lo cual no tiene sentido que sea sometido a una consulta popular.

En síntesis, para la fijación de límites entre dos departamentos, no se encuentra contemplada en la legislación actual la realización de una consulta popular y, como se verá adelante, tampoco existe hoy una autoridad que resuelva en forma definitiva la situación planteada.

3.3 Actual falta de competencia de la Comisión Accidental Demarcadora y del H. Senado de la República para definir los mencionados límites departamentales

Se ha entendido hasta ahora que, el procedimiento legal de creación, deslinde y amojonamiento de los departamentos se encuentra consignado, básicamente, en el Título II, artículos 8º a 15, del decreto ley 1222 del 18 de abril de 1986, “Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”. Es así como el artículo 8º del decreto ley, transcribiendo el inciso 2º y siguientes del artículo 5º de la anterior Constitución Política, previó lo siguiente:

“Artículo 8º.- La ley podrá decretar la formación de nuevos Departamentos, desmembrando o no las entidades existentes siempre que se llenen estas condiciones.

1º) Que haya sido solicitada por las tres cuartas partes de los Concejos de la comarca que ha de formar el nuevo Departamento;

2ª) Que el nuevo Departamento tenga por lo menos quinientos mil habitantes y cincuenta millones de pesos de renta anual, sin computar en esta suma las transferencias que reciba de la Nación.

A partir del año siguiente al de la vigencia de **este acto legislativo**, las bases de población y renta se aumentarán anualmente en un cuatro y quince por ciento, respectivamente;

3ª) Que aquél o aquéllos de que fuere segregados, quede cada uno con población y renta por lo menos iguales a las exigidas para el nuevo Departamento;

4ª) Concepto previo favorable del Gobierno Nacional sobre la conveniencia de crear el nuevo Departamento;

5ª) Declaración previa del Consejo de Estado de que el proyecto satisface las condiciones exigidas en este artículo. (...)

Las líneas divisorias dudosas serán determinadas por comisiones demarcadoras nombradas por el Senado de la República.

Los actos legislativos que sustituyan, deroguen o modifiquen las condiciones para la creación de Departamentos o eximan de alguna de éstas, deberán ser aprobados por los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara. **(Artículo 5º, incisos 2º y siguientes, de la Constitución Política)** **(Resalta la Sala).**

Como se aprecia, esta norma legal transcribe literalmente, con excepción del primer inciso, todo el artículo 5º, de la Constitución Política anterior, cuerpo constitucional derogado en forma expresa y total por el artículo 380 de la Carta de 1991, cuando dice:

“ARTICULO 380. Queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas. Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación”. (Resalta la Sala).

Es claro entonces, que al ser derogada la facultad constitucional fue igualmente derogada la competencia legal que dependía de aquella, máxime cuando el artículo 8 del decreto ley 1222 era una transcripción literal de esa parte de la Constitución, como ya se demostró.

En consecuencia, el inciso del artículo 5º de la Constitución anterior que confería competencia a las Comisiones Demarcadoras designadas por el H. Senado de la República, para determinar las “líneas divisorias dudosas” entre los departamentos, no se encuentra vigente.

Así las cosas, también se encuentra derogado el artículo 12 del decreto ley 1222 de 1986 que asignaba la competencia al Senado para aprobar la delimitación territorial entre dos departamentos, con base en la atribución privativa del artículo 98.5º de la Constitución anterior, que lo habilitaba para “nombrar las comisiones demarcadoras de que trata el artículo 5º”. Dice así la citada norma del decreto ley:

“Artículo 12.- Una vez en posesión de los documentos concernientes a un límite en litigio, cuya solución corresponde al Senado, éste de acuerdo con la facultad privativa que le confiere la Constitución, nombrará las comisiones demarcadoras respectivas, que se integrarán así:

1ª) En el caso de límite de Departamento en litigio:

a) De un Senador por cada uno de los Departamentos interesados, escogidos de sendas ternas presentadas por las diputaciones senatoriales correspondientes entre las cuales figurará precisamente un ingeniero, si hubiere esta clase de profesionales entre los miembros de la corporación.

b) De un Senador elegido directamente por el Senado, que no haya figurado en las ternas de la parte anterior.

Si las diputaciones senatoriales interesadas no se pusieren de acuerdo para la formación de las ternas que les corresponden, dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los documentos al Senado, éste elegirá directamente los Senadores para representarlo.

2º) En caso de límites dudosos de Intendencias y Comisarías entre sí o de éstas con uno o varios Departamentos, las comisiones demarcadoras se integrarán, en lo que se refiere a los Departamentos, en la forma anteriormente indicada, y en lo que dice relación a las Intendencias y Comisarías, de ternas presentadas al Senado por el Ministro de Gobierno¹¹³⁷.

La comisión demarcadora del Senado examinará el problema, completará las informaciones si lo juzga necesario, y asistida por el director del Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” y el ingeniero catastral que haya actuado en el terreno, **propondrá el trazado definitivo para la ratificación del Senado, dentro de los sesenta (60) días siguientes a su elección**” (Resalta la Sala).

Se reitera entonces, que la competencia privativa a favor del Senado, fijada tanto en la Constitución anterior, como en la ley para solucionar los litigios de límites entre dos departamentos, fue eliminada en la Constitución política vigente.

Desde otro ángulo, es bueno anotar que la nueva Constitución no solo derogó la competencia en comento sino que no la reprodujo en el nuevo texto, como sí ocurrió con otros artículos. En efecto, al revisar el artículo 173 de la Constitución actual que señala expresamente las atribuciones del Senado, en parte alguna indica la designación de Comisiones Demarcadoras de límites departamentales, ni menos que le corresponda a esa corporación legislativa la aprobación del límite definitivo entre dos departamentos. En el mismo sentido, se constata que el artículo 313 de la ley 5ª de 1992, sobre atribuciones especiales del Senado de la República, tampoco le confiere tales facultades.

Es claro también que las atribuciones del Senado sobre demarcación de límites entre departamentos no se encuentran comprendidas ni puede inferirse de la función de “definir la división general del territorio” que contempla el artículo 150–4 de la Carta vigente, ni en la de realizar “el examen periódico de los límites de las entidades territoriales”, de que trata el artículo 290 de la misma, pues éstas se refieren a temas materia de leyes, vale decir, que son competencia del Congreso Nacional.

Por todo lo anterior se concluye que a la luz de la Constitución vigente, no existe competencia del H. Senado de la República para designar Comisiones Demarcadoras de límites departamentales y de aprobar el trazado definitivo.

En este punto, la Sala considera importante profundizar en los argumentos que sustentan esta posición, debido a la existencia de un concepto anterior de esta misma Sala

1137 Este inciso se encuentra derogado en la actualidad, por cuanto el artículo 309 de la Constitución de 1991 convirtió en Departamentos a las anteriores Intendencias y Comisarías.

expedido el 16 de julio de 1996 radicación 853, en el cual se sostuvo que los artículos 11 y 12 del decreto ley 1222 de 1986, están vigentes.

Al respecto, es necesario puntualizar que en el concepto 853, la Sala se contrajo a analizar los procedimientos contenidos en los mencionados artículos 11 y 12, normas sobre las cuales versaba la consulta. Por esta razón no estudió la suerte del artículo 8 del mismo decreto ley que es, como ya se vio, la transcripción del artículo 5º de la Constitución anterior, en el cual constaba la precisa competencia del Senado para designar las comisiones demarcadoras y que fue derogado expresamente, como todos los demás artículos, por la Constitución de 1991. Esta derogatoria eliminó la base constitucional y legal de la competencia del Senado.

El anterior argumento de la derogatoria constitucional y legal de la competencia y la inexistencia de actividad legislativa al respecto, bastan para afirmar que hoy en día no hay legislación sobre el tema, y que, por tanto, el procedimiento para solucionar los conflictos de límites entre departamentos deberá incluirse en la ley orgánica de ordenamiento territorial. No obstante, la Sala considera, adicionalmente, que no es aplicable al caso estudiado la interpretación constitucional que propugna por la vigencia actual de las leyes anteriores a la Constitución, cuando ellas no se oponen al texto superior, puesto que el hecho de guardar silencio sobre dicha competencia en la nueva Constitución y al mismo tiempo estatuir que los asuntos de ordenamiento territorial deben ser objeto de ley orgánica, cierra el camino al intérprete para revivir por esa vía una competencia en cabeza del Senado, que claramente el Constituyente proscribió del ordenamiento. Es más, la Asamblea Nacional Constituyente rechazó un inciso incluido en el proyecto de artículo sobre creación de nuevos departamentos que decía: “las líneas divisorias dudosas serán determinadas por comisiones demarcadoras nombradas por el Senado de la República”.¹¹³⁸

Por último, cabe acotar con respecto a la interpretación realizada en el concepto No 853 de 1996 sobre el artículo 12-1º-a del decreto ley 1222 de 1986, donde se dispone que los integrantes de las comisiones demarcadoras sean escogidos de ternas de Senadores de los respectivos departamentos en litigio, en el cual se concluye, que corresponde al Senado escoger “directamente” a dichos integrantes, no tuvo en cuenta que al derogarse las circunscripciones territoriales para la elección de esa corporación quedó sin piso jurídico la citada norma del decreto 1222, sin que pueda llenarse el vacío legal con una escogencia “directa” del Senado, pues la circunscripción nacional no tiene en cuenta el origen de sus miembros, máxime que con el nuevo sistema, varios departamentos carecen de representación en el Senado.

Ahora bien, en la ley anti-trámites expedida el año pasado, se encuentran algunas normas que dan una solución temporal al asunto planteado, como pasa a estudiarse.

3.4 Establecimiento del límite provisional por parte del Instituto Geográfico Agustín Codazzi

Los artículos 29 y 30 de la ley 962 del 8 de julio de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos

1138 Tomado de la gaceta Constitucional No 101 del 18 de junio de 1991.

y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, más conocida como ley anti-trámites, se refirió en dos de sus normas, al proceso de deslinde y amojonamiento de las entidades territoriales, con la finalidad de facilitar su tramitación. Dicen así sus artículos 29 y 30:

“Artículo 29.- Simplificación del procedimiento de deslinde y amojonamiento de entidades territoriales.- Modifíquense los artículos 1º de la Ley 62 de 1939, 9º del Decreto 1222 de 1986 y 20 del decreto 1333 de 1986, los cuales quedarán así:

“Simplificación del procedimiento de deslinde y amojonamiento de entidades territoriales.- El Instituto Geográfico Agustín Codazzi realizará el deslinde y amojonamiento de las entidades territoriales de la República, de oficio o a petición del representante legal de una, varias o todas las entidades territoriales interesadas e informará al Ministerio del Interior y de Justicia, tanto la iniciación de la diligencia de deslinde y amojonamiento, como los resultados de la misma”.

“Artículo 30.- Amojonamiento, alinderación y límite provisional de entidades territoriales.- Modifíquense los artículos 6º de la Ley 62 de 1939, 13 del Decreto 1222 de 1986 y 25 del Decreto 1333 de 1986, los cuales quedarán así:

“Amojonamiento y alinderación, y límite provisional de entidades territoriales.- El deslinde y amojonamiento adoptado y aprobado por la autoridad competente será **el definitivo** y se procederá a la publicación del mapa oficial por parte del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

*Cuando la autoridad competente para aprobar el acto de deslinde y amojonamiento, necesite desatar las controversias o definir el límite dudoso, no lo hiciere dentro del año siguiente a la fecha de radicación del expediente sobre el límite, levantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el trazado técnico propuesto por este instituto se considerará como **límite provisional** y surtirá todos los efectos legales hasta cuando se apruebe el deslinde y amojonamiento en la forma prevista por la ley” (Destaca la Sala).*

Como se aprecia, de conformidad con estas normas, el trazado técnico realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi constituye el límite provisional entre los dos departamentos, el cual estará vigente necesariamente hasta tanto se dicte la ley orgánica de ordenamiento territorial, que determine la entidad competente para expedir el acto de aprobación del límite definitivo.

Cabe anotar que en el evento de la definición de límites entre dos o más municipios de un mismo departamento, en el cual sí existe la previsión legal de hacer una consulta popular en ellos, conforme se señaló, se deben tener en cuenta las modificaciones introducidas por las dos normas antes transcritas, siendo “la autoridad competente”, a la cual aluden, para aprobar el deslinde definitivo, la respectiva Asamblea departamental, de acuerdo con el inciso inicial del artículo 14 de la ley 136 de 1994.

3.5 Necesidad de expedir la ley orgánica de ordenamiento territorial

La expedición de la ley orgánica de ordenamiento territorial constituye una necesidad para el país, a fin de dar vida legal a una serie de preceptos constitucionales relacionados con las entidades territoriales y su desarrollo económico y social.

En el Concepto 1.361 del 6 de septiembre de 2001, la Sala señaló:

“La Constitución previó en varias normas que debe dictarse una ley orgánica de ordenamiento territorial.

En el artículo 151 menciona, como una de las materias que son objeto de las leyes orgánicas, la expedición de las normas ‘relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales’. La expresión ‘competencias normativas’ ha suscitado dudas en cuanto a su contenido¹¹³⁹.(...)

Por otra parte, el artículo 288 de nuestra Constitución prescribe:

‘Artículo 288: La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley’. (Resalta la Sala).

Esta norma ha sido criticada en la medida en que genera un equívoco al estatuir que la ley orgánica es la que establece la distribución de competencias, y no la que señala los procedimientos para realizar dicha distribución. Sobre este punto señala el ex constituyente Carlos Lleras de la Fuente:

‘Cuando el presente artículo dice que la ley orgánica ‘establecerá’ la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, parece apartarse de la concepción eminentemente procedimental de la ley orgánica según el artículo 151, y atribuirle naturaleza sustantiva, porque le confía aparentemente la íntegra regulación de la materia relativa a distribución de competencias. Si esto fuera así, ya no se trataría de una ley orgánica. Probablemente la confusión se debe a un defecto de redacción del artículo 288, que debe subsanarse para conciliarlo con el artículo 151, y debería por tanto decir: “La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá las normas relativas a distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales”. Indudablemente tanto el artículo 151 como el 288 aluden al mismo objeto, la atribución de competencias a las entidades territoriales en adición a las ya existentes, y es intención común de los dos artículos que ello lo haga el Congreso a través de la ley orgánica y no directamente en ejercicio de sus facultades legislativas ordinarias’¹¹⁴⁰.”

Por lo demás, diversos artículos de la Constitución mencionan en forma expresa, la ley orgánica de ordenamiento territorial: *el 297 sobre la exigencia de requisitos para la creación de nuevos departamentos¹¹⁴¹; el 307* acerca de la fijación de condiciones para la conversión de la región en entidad territorial, la determinación de atribuciones, órganos administradores, recursos y participación en el Fondo Nacional de Regalías, de las regiones y la definición de los principios para adoptar el estatuto especial de cada región; y el 329 sobre reglas para la conformación de las entidades territoriales indígenas.

1139 Carlos Lleras de la Fuente y otros. Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia. Cámara de Comercio de Bogotá, 1992, pág. 293.

1140 Ob. cit. pág. 493.

1141 El numeral 8º del artículo 18 de la ley orgánica 5ª de 1992, le atribuía al Congreso **en pleno** la creación de nuevos departamentos, con lo cual tal determinación se podía efectuar mediante un acto unitario no una ley de la República que permitiera aplicar el principio bicameral, como lo ordenaba la Constitución, y por ello, la Corte Constitucional, en sentencia C-061 del 26 de febrero de 1993, declaró inexecutable dicho numeral. Señaló la Corte: “La formación de nuevos Departamentos corresponde a una materia expresamente atribuida al Congreso (CP arts. 150-4 y 297), cuyo ejercicio no puede realizarse sin que el órgano despliegue una típica actividad legislativa que, además de surtir todo el procedimiento consagrado en la Constitución para que un determinado proyecto pueda convertirse en ley, *habrá de sujetarse a los dictados de la Ley Orgánica sobre Ordenamiento Territorial*, además de la verificación de los procedimientos, estudios y consulta popular dispuestos por la Carta. En suma, la aplicación del principio bicameral en modo alguno desvirtúa la atribución del Congreso y, por el contrario, resulta imperativo. Consiguientemente, la disposición acusada viola ostensiblemente los artículos 141, 150-4, 157 y 297 de la CP”.

Estas normas significan que la ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá las normas procedimentales que debe seguir el Congreso para que éste, mediante ley, cree un departamento, convierta una determinada región en entidad territorial, expida el estatuto de cada región y constituya una entidad territorial indígena.

Es oportuno anotar que también el artículo 319 de la Constitución defiere a “la ley de ordenamiento territorial” (se debe entender la ley orgánica), respecto de las áreas metropolitanas, el establecimiento de un régimen administrativo y fiscal de carácter especial, la garantía de participación en los órganos de administración de éstas de las autoridades de los municipios que las integran y la forma de realizar las consultas populares destinadas a decidir la vinculación de los municipios a las mismas. Si bien dicha ley aún no ha sido expedida de manera que establezca las reglas de todos los aspectos referentes al ordenamiento territorial, las áreas metropolitanas ya tienen su regulación específica, por cuanto el Congreso expidió el 23 de febrero de 1994 la ley 128, la cual constituye “la ley orgánica de las áreas metropolitanas”.

En el Concepto 1.361, agrega la Sala:

“Existe otra norma que de acuerdo con una interpretación sistemática de la Constitución, se refiere igualmente a la ley orgánica de ordenamiento territorial, aun cuando textualmente pudiera parecer que alude a una ley diferente. Es el artículo 105 que dispone que los gobernadores y alcaldes pueden realizar consultas populares sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio, previo cumplimiento de los requisitos que señale ‘el estatuto general de la organización territorial’ y en los casos que éste determine. Sin embargo, en su momento, esta norma habrá que confrontarla con el artículo 152 en cuanto dispone que se regularán mediante leyes estatutarias, las ‘instituciones y mecanismos de participación ciudadana’ (literal d), para determinar cuál prevalece”.

Como se advierte, la ley orgánica de ordenamiento territorial tiene un amplio campo de acción en cuanto que se refiere de manera general, a las reglas de la organización territorial del país y la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, y en consecuencia, debe englobar a las regiones no sólo en los diversos aspectos mencionados expresamente por el artículo 307, sino también en el atinente a su constitución por dos o más departamentos, máxime que la ley les puede conferir el carácter de entidades territoriales (ley que debe ser la ley orgánica de ordenamiento territorial, dándole una interpretación sistemática al artículo 286 en concordancia con los artículos 288 y 307 de la Constitución) o la ley orgánica les puede fijar las condiciones para que se conviertan en entidades territoriales (art. 307), hipótesis ésta que en caso de ser la acogida por la ley, excluiría a la primera.

En síntesis, son muchos los temas que han de ser regulados mediante una ley orgánica de ordenamiento territorial y dentro de éstos, se debe contemplar el referente a la definición de límites departamentales cuando exista controversia al respecto, mediante un procedimiento claro y ágil.

LA SALA RESPONDE:

1. En la actualidad, tanto la Comisión Accidental Demarcadora como el H. Senado de la República carecen de competencia para dirimir el diferendo limítrofe entre dos

departamentos, siendo procedente tan solo que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi efectúe el trazado técnico demarcatorio que será considerado como el límite provisional, de acuerdo con el artículo 30 de la ley 962 de 2005, mientras se expide la ley orgánica de ordenamiento territorial. En ella debe establecerse la autoridad competente y el respectivo procedimiento para adoptar y aprobar el acto definitivo de deslinde y amojonamiento de dos departamentos. No cabe por lo tanto, la realización de una consulta popular en los municipios limítrofes o en los dos departamentos.

2- 3- 4. No se presentan las hipótesis contempladas en estas preguntas.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

2. Llamamiento a ocupar el cargo de los concejales del Distrito Capital de Bogotá D.C.

Radicado 1765

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Fecha: 2006/08/15

Levantamiento de la reserva mediante auto del 30 de septiembre de 2010 al haberse cumplido el término de cuatro años previsto en el artículo 110 del C.C.A.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Sabas Pretelt de la Vega, a instancia del Presidente del Concejo de Bogotá D. C., doctor Antonio Galán Sarmiento, formula consulta a la Sala en relación con el procedimiento que debe seguir para llenar la vacancia de la curul del concejal Guillermo Fino Serrano, quien renunció a su curul después de haber pedido varias licencias temporales. Para llenar la vacancia temporal se llamó al segundo renglón de la lista inscrita, el cual no aceptó, habiéndose nombrado luego a quien ocupaba el tercer renglón, que a su turno fue separado del cargo por decisión de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que finalmente esta vacancia se suplió con el cuarto renglón de la lista. Producida la vacancia definitiva, la persona inscrita en el segundo renglón considera que tiene derecho a ocuparla, al igual que quien ha venido ocupándolo durante la vacancia temporal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Con los documentos que soportan la consulta se allegó copia de la resolución número 0010 del 18 de mayo del presente año, expedida por el Presidente del Concejo Distrital, en la que decidió que la falta absoluta configurada por la renuncia del doctor Guillermo Fino a su curul de concejal, se supliría llamando a quien “el H. Consejo de Estado determine mediante concepto”.

Esa decisión es objeto de demanda en acción de nulidad, que actualmente cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹⁴², según obra en la copia del expediente respectivo que fue allegada por solicitud del Consejero Ponente.

Tradicionalmente esta Sala ha considerado que debe abstenerse de emitir concepto cuando la consulta verse sobre la misma materia o sobre una sustancialmente conexas a aquellos asuntos que se encuentren sujetos a una decisión jurisdiccional.¹¹⁴³

En esta oportunidad, encuentra también la Sala que su posición doctrinaria debe ser aplicada respecto de la consulta en estudio, pues el tema *sub judice* es precisamente el que sustenta la petición del concepto, de manera que las consideraciones y conclusiones que respecto de tal petición pudiere emitir la Sala, indefectiblemente tendrán incidencia en la decisión judicial.

En consecuencia, la Sala SE ABSTIENE de resolver la consulta que le ha sido formulada y así lo comunicará al señor Ministro del Interior y de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. GUSTAVO E. APONTE SANTOS. Consejero. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE. Consejero. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. LIDA YANNETTE MANRIQUE. Secretaria de la Sala.

3. Conformación Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales – CAR.

Radicado 1983

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 2010/03/04

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 32342 del 24 de marzo de 2010

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil emitir concepto sobre la interpretación del literal d) del artículo 26 de la ley 99 de 1993, relativo a la composición de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales.

Afirma la consulta que de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la ley 99, las CAR son entes corporativos de carácter público, creados por ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables, cuyos órganos de administración y control están a cargo de la Asamblea Corporativa, la Dirección General y el Consejo Directivo.

Señala que el artículo 26 de la ley 99 de 1993 establece la composición de los Consejos Directivos de las CAR, resaltando lo dispuesto en el literal d) *ibídem*. Manifiesta

1142 Expediente 2006-0649, Demandante José Cipriano León Castañeda, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

1143 Cfr. Consulta del Ministro de Transporte, Radicado 1.645 (2005), Consejero Ponente, Luis Fernando ÁLVAREZ; Consulta Ministerio de Comunicaciones, Radicado 1.601(2004), Consejero Ponente, Gustavo Aponte;

que algunos municipios pertenecientes a la jurisdicción de CORPOGUAVIO, han sostenido que para garantizar la participación de todas las regiones en el Consejo Directivo de esa Corporación, el término “*región*” al que se alude en el citado literal, debe entenderse que se “*asimila a provincia*”.

En este sentido, cita el artículo 286 de la Constitución Política y expone que surge la inquietud acerca de si dado lo preceptuado en el literal d) del artículo 26 de la ley 99, es posible asimilar el concepto de provincia y región, teniendo en cuenta que algunos municipios que hacen parte de la jurisdicción de una Corporación, a la vez son los únicos municipios representantes de las provincias en esa jurisdicción, lo que traería como consecuencia su participación permanente en el Consejo Directivo de la Corporación a la cual pertenecen.

De esta manera concluye indicando la importancia de establecer una regla de interpretación sobre la forma en que debe entenderse el concepto “*región*” previsto en el literal d) del artículo 26 de la ley 99 de 1993, comoquiera que su alcance podría modificar “la composición de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales en el sentido de garantizar la representación permanente de las provincias en el mencionado órgano de administración de la autoridad ambiental regional”.

En virtud de lo anterior, formula a la Sala las siguientes preguntas:

“1. ¿Cuál es el alcance del concepto de región a que se refiere el Artículo 26 de la ley 99 de 1993? ¿En que casos se aplica?”

2. ¿El concepto de región que trata el literal d) del artículo 26 de la ley 99 de 1993 es equiparable al concepto de provincia al que se hace referencia en la Constitución Política?”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El objeto de la consulta

La interpretación que se solicita a la Sala está referida, en principio, al artículo 26 literal d) de la ley 99 de 1993, que es del siguiente tenor:

“ARTICULO 26. Del Consejo Directivo. *Es el órgano de administración de la Corporación y estará conformado por:*

a. El gobernador o los gobernadores de los departamentos sobre cuyo territorio ejerza jurisdicción la Corporación Autónoma Regional, o su delegado o delegados. Corresponderá al gobernador o a su delegado presidir el Consejo Directivo. Si fuesen varios los gobernadores, los estatutos definirán lo relativo a la presidencia del Consejo Directivo;

b. Un representante del Presidente de la República;

c. Un representante del Ministerio del Medio Ambiente;

d. Hasta cuatro (4) alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, elegidos por la Asamblea Corporativa, para períodos de un (1) año por el sistema de cuociente electoral, de manera que queden representados todos los departamentos o regiones que integran la Corporación. Si el territorio de la Corporación comprendiese un número plural de departamentos, la participación será definida en forma equitativa de acuerdo con el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional;

e. Dos (2) representantes del sector privado;

f. Un (1) representante de las comunidades indígenas o etnias tradicionalmente asentadas de jurisdicción de la Corporación, elegido por ellas mismas;

g. Dos (2) representantes de las entidades sin ánimo de lucro, que tengan su domicilio en el área de jurisdicción de la Corporación y cuyo objeto principal sea la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, elegido por ellas mismas;

PARAGRAFO 1º. Los representantes de los literales f. y g. se elegirán de acuerdo a la reglamentación que sobre el particular expida el Ministerio del Medio Ambiente.

PARAGRAFO 2º. En la conformación de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, se tendrán en cuenta las disposiciones de la Ley 70 de 1993”.

Preliminarmente puede indicarse que la norma transcrita regula la conformación del Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales, órgano que cumple funciones de administración de esas entidades. El Consejo Directivo tiene una composición plural, destacándose para el caso de la consulta lo previsto en el literal d), relativo a los alcaldes que hacen parte de ese Consejo.

2. El problema jurídico

La consulta puntualmente indaga sobre el concepto de “regiones” previsto en el literal d) del artículo 26 de la ley 99 de 1993, a efectos de cumplir con el requisito de participación que prevé esa norma. En dicho contexto también se alude a los artículos 286 y 306 de la Constitución Política relacionados con las regiones como entidades territoriales, y administrativas y de planificación, respectivamente.

Igualmente, la Sala deberá pronunciarse si para la interpretación de la mencionada disposición legal, resulta procedente asimilar el término “provincia” al de “región”.

Para resolver, se estima necesario, inicialmente, precisar los conceptos de región y provincia. Luego la Sala realizará la interpretación de la norma solicitada en la consulta y, con base en aquélla, dará respuesta a las preguntas formuladas.

3. El concepto de Región y Provincia

3.1 Región

Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra “región” significa en su primera acepción: “Porción de territorio determinada por caracteres étnicos o circunstancias especiales de *clima*, producción, *topografía*, administración, gobierno, etc.”, y en la segunda: “Cada una de las grandes divisiones territoriales de una nación, definida por *características geográficas* e histórico-sociales, y que puede dividirse a su vez *en provincias, departamentos*, etc.” (Cursiva fuera de texto).

En similares términos, el Dr. Jacobo Pérez Escobar, en su libro “Derecho Constitucional Colombiano”¹¹⁴⁴, expresa que: “El concepto de región es bastante amplio. Puede definirse

1144 Editorial Temis, Quinta Edición. Bogotá, D.C., 1997. Pág. 717.

como una parte del territorio de un país o sección de éste caracterizada por tener tradiciones y costumbres que la diferencian de otras porciones del mismo territorio, así como también por tener *recursos naturales*, actividades económicas y culturales propias, que le dan identidad”. (Ibídem)

En el ordenamiento jurídico italiano, según Marienhoff, la región es un “*ente territorial*”, que tiene en cuenta los factores naturales, históricos y sociales, citando como ejemplo, las regiones de Lombardía, Veneto, Liguria, entre otras¹¹⁴⁵.

Como puede advertirse, en las definiciones expuestas resulta común al término región, la mención a una división del territorio o “entidad territorial” caracterizada por tener tradiciones, historia, geografía y recursos naturales homogéneos.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C – 207 de 2000, indicó:

“En términos constitucionales la región es un criterio de organización funcional que a partir de un espacio territorial determinado, busca facilitar las tareas de administración a través de la prestación descentralizada de servicios, del fomento de proyectos de desarrollo, o de la ordenación de recursos -materiales o monetarios- para su eficaz inversión. La definición concreta de una región, es decir, las zonas del país que afecta, las finalidades que cumple y los auxilios financieros con los que cuenta para su gestión, son asuntos que corresponde fijar a la ley”.

En este sentido, el concepto de región establecido en la Constitución hace referencia a modalidades de organización interdepartamental¹¹⁴⁶ que pueden presentarse en dos ámbitos: *i*) como ordenación del territorio (región como entidad territorial), y *ii*) como mecanismo de desarrollo económico y social (región administrativa y de planificación), a saber:

- i. El primero de ellos es el aludido en la consulta, esto es, región como *entidad territorial*. El artículo 286 de la C.P. dispone que la ley “podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución...”. Se trata de una fórmula en la que, sin perder de vista que Colombia es un Estado unitario, se permite la utilización de mecanismos de descentralización territorial para el cumplimiento de las funciones administrativas. Así, el artículo 307 de la C.P. ordena que la ley orgánica de ordenamiento territorial que ha de expedir el Congreso, debe establecer las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. Igualmente, definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región.
- ii. La Constitución también admite la posibilidad de contribuir al desarrollo integral de sectores del país en distintos frentes. Es así como el artículo 306 C.P. permite que dos o más departamentos se constituyan en “regiones administrativas y de planificación,

1145 Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, pág. 504. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires. Cuarta Edición, 1990.

1146 Existe sólo una posibilidad de que la organización territorial para la ejecución de labores de la administración, al que sirve la región, también pueda lograrse mediante la integración de entes territoriales de distinto nivel. Es el caso previsto exclusivamente para el Distrito Capital de Bogotá en el artículo 325 Superior: “Con el fin de garantizar la ejecución de planes y programas de desarrollo integral y la prestación oportuna y eficiente de los servicios a su cargo, dentro de las condiciones que fijen la Constitución y la ley, el Distrito Capital podrá conformar un área metropolitana con los municipios circunvecinos y una región con otras entidades territoriales de carácter departamental”.

con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio”. Su objeto principal será “el desarrollo económico y social del respectivo territorio” y, por lo mismo, las regiones administrativas y de planificación, no son entidades territoriales, sino divisiones administrativas, tal como lo ha sostenido esta Sala en los Conceptos 906 de 1996 y 1361 de 2001.

No escapa a la Sala que el concepto de “región” es enciclopédico y puede corresponder a múltiples criterios según la necesidad política, social, histórica, geográfica o ambiental. Pero jurídicamente, la Constitución Política de 1991 la enmarca en los dos ámbitos expuestos en precedencia y a ellos debe atenerse el intérprete, en atención al carácter normativo de la Constitución y al principio de interpretación conforme que de él se deriva¹¹⁴⁷.

Similares argumentos fueron expuestos en su momento por quien lideró en la Asamblea Constituyente el tema del ordenamiento territorial y luego fue presidente de la Comisión de Ordenamiento Territorial creada por el artículo 38 transitorio de la C.P., Dr. Orlando Fals Borda:

“Todas estas visiones alternativas de ‘región’ son útiles e interesantes y, como viene dicho, entre ellas privilegiamos lo cultural e histórico. No obstante, a partir de la promulgación de la Constitución de 1991 existe otra definición de región que es jurídica y de obligatorio cumplimiento, así no refleje las realidades existentes, excepto las político – administrativas con todos sus defectos. Por normas de los artículos 306 y 307, en adelante las regiones colombianas deben configurarse como resultado de protocolos o entendimientos entre gobernadores de departamentos debidamente autorizados, en dos maneras o etapas:

1. *Región como entidad administrativa y de planificación (RAP)...*
2. *Región como entidad territorial plena (RET)....*

Como componentes de regiones (RAP Y RET) quedan los municipios y distritos, los departamentos, las provincias y las entidades territoriales indígenas...”¹¹⁴⁸. (Los paréntesis son del texto).

Lo expuesto permite reiterar que desde el punto de vista jurídico la eventual mención que una norma realice del término “región” o “regiones” debe entenderse, según el contexto que de ella se derive, como entidad territorial, o administrativa y de planificación.

3.2 Provincia

En el lenguaje común, provincia es “cada una de las demarcaciones territoriales administrativas en que se organizan algunos Estados”¹¹⁴⁹.

El Dr. Jacobo Pérez Escobar¹¹⁵⁰ expone que históricamente las provincias han sido entidades territoriales (Constitución de 1863), divisiones territoriales administrativas de los

1147 De tiempo atrás, en materia de interpretación de la ley se ha establecido que las definiciones normativas son vinculantes. En efecto, el artículo 28 del Código Civil dispone que las “palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará a éstas su significado legal”.

1148 REGIÓN E HISTORIA. Elementos sobre ordenamiento y equilibrio regional en Colombia. Tercer Mundo Editores – IEPRI Universidad Nacional. Bogotá, D.C., Primera Edición 1996. Págs. 30 – 31.

1149 Diccionario de la Lengua Española.

1150 Op. Cit. Pág 781.

departamentos (Constitución de 1886), y en otras se ha facultado al legislador para autorizar su creación y a las asambleas departamentales para organizarlas (Constitución de 1991).

La ley 4 de 1913, dispuso en su momento en el artículo 131 que: “los Departamentos continuarán divididos en Provincias, y estas con la organización que hoy tienen”.

No obstante, según la obra citada, las Provincias así autorizadas “desaparecieron con el Acto Legislativo No. 1 de 1945 al disponer que el territorio nacional se divide en Departamentos, Intendencias y Comisarías; aquéllas y éstas en Municipios o Distritos Municipales”¹¹⁵¹. En este sentido, es preciso manifestar que las provincias no son mencionadas en el decreto – ley 1222 de 1986 “Código de Régimen Departamental”, ni en el decreto – ley 1333 de 1986 “Código de Régimen Municipal”.

Actualmente, la Constitución de 1991 señala en el artículo 286 que la ley “*podrá darles el carácter de entidades territoriales a las (...) provincias que se constituyan en los términos de la Constitución...*”, recogiéndose así una de las acepciones que éstas han tenido en la historia de Colombia. De tal manera, según el artículo 321 de la C.P., corresponde a la ley dictar el “estatuto básico” y fijar el régimen y funciones de las provincias, mientras que las asambleas departamentales son competentes para su creación y organización con base en la ley (en concordancia con el art. 300, num. 6 de la C.P.).

Las provincias según el artículo 321 C.P., se constituyen con municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento.

Es claro entonces que en nuestro ordenamiento jurídico, los conceptos de región y provincia tienen características propias que los hacen diferentes. El sólo hecho de que las regiones como entidad territorial o como mecanismo administrativo o de planificación, se constituya por dos o más departamentos, y las provincias con municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento, es suficiente para descartar cualquier similitud constitucional entre región y provincia.

Ahora, la Sala considera que la demostración de las diferencias existentes entre los conceptos de región y provincia sirve como punto de partida para perfeccionar el propósito interpretativo que exige la consulta. De esta manera, como lo que el artículo 26 de la ley 99 de 1993 regula es la conformación del Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales, la interpretación que se solicita debe contemplar, además de lo expuesto, la naturaleza y funciones definidos en esa ley para tales entidades, así como de los principios previstos en la ley 99 sobre participación y organización de las mismas.

Para los anunciados propósitos, la Sala estima que la interpretación a realizar debe observar un criterio sistemático, el cual a la luz de la jurisprudencia implica que al ser la norma jurídica parte de un todo, su significado y alcance debe fijarse “en función del sistema jurídico al cual pertenece”¹¹⁵², de manera que se debe preferir aquella interpretación “que mejor permita la armonización de las distintas disposiciones”¹¹⁵³.

1151 *Ibidem*, pág. 782. El artículo 1 del Acto Legislativo No. 01 de 1945, modificó el artículo 5 de la Constitución vigente en ese momento.

1152 Sentencia C-032 de 1999.

1153 Sentencia C-448 de 1996.

4. El territorio como factor determinante de la competencia y funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales –CAR–

El artículo 79 C.P., inciso segundo, establece que: “...Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

En vigencia de la Constitución Política de 1991, se expidió la ley 99 de 1993 “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”¹¹⁵⁴, ordenándose en el artículo 1, numerales 12, 13 y 14, *ibídem*, lo siguiente:

“ARTICULO 1. Principios Generales Ambientales. *La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales: (...)*

12. *El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo.*

13. *Para el manejo ambiental del país, se establece un Sistema Nacional Ambiental, SINA, cuyos componentes y su interrelación definen los mecanismos de actuación del Estado y la sociedad civil.*

14. *Las instituciones ambientales del Estado se estructurarán teniendo como base criterios de manejo integral del medio ambiente y su interrelación con los procesos de planificación económica, social y física”.*

Por su parte el artículo 4 de la ley 99, crea el Sistema Nacional Ambiental –SINA–, definiéndolo como un conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales contenidos en dicha ley. Entre las instituciones que integran el SINA se encuentran las Corporaciones Autónomas Regionales –CAR–, definidas en la ley citada de la siguiente manera:

“ARTICULO 23. Naturaleza jurídica. *Las corporaciones autónomas regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.*

Exceptúase del régimen jurídico aplicable por esta ley a las corporaciones autónomas regionales, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena, creada por el artículo 331 de la Constitución Nacional, cuyo régimen especial lo establecerá la ley”.

Recuerda la Sala que es la misma Constitución Política la que permite que la ley pueda establecer otras divisiones del territorio para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado, en este caso el de la protección del medio ambiente, de conformidad con el artículo 285:

1154 Publicada en el Diario Oficial 41.146 del 22 de diciembre de 1993.

“Artículo 285. Fuera de la división general del territorio, habrá las que la ley determine para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado”.

Lo expuesto significa que constitucional y legalmente, el territorio nacional puede dividirse, para efectos de fijar la competencia de las CAR, en áreas o espacios territoriales que no necesariamente coincidan con la división político – administrativa del mismo, como en efecto ocurre en el artículo 33 de la ley 99 de 1993; allí puede apreciarse que la competencia de algunas CAR se ubica dentro de ámbitos geográficos que corresponden a municipios pertenecientes a más de un departamento o a uno o varios departamentos.

La interpretación sistemática de los principios y normas de la ley 99 de 1993 citados en precedencia, indican que la función estatal de protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables se realiza de manera descentralizada a través de las CAR y que son factores reales y objetivos presentes en un territorio que cumple con características homogéneas desde el punto de vista geopolítico, biogeográfico o hidrogeográfico, los determinantes para establecer el ámbito de competencia de las CAR.

Ahora, el hecho de que legalmente se tengan en cuenta los criterios expuestos para fijar dicha competencia, no implica dejar de lado que las CAR, según el artículo 23 de la ley 99, la *“integran las entidades territoriales”* que reúnen tales características y, por lo mismo, su jurisdicción comprende los municipios de uno o varios departamentos, o un departamento, o varios departamentos (como puede constatarse en el artículo 33 de la ley 99), todas ellas *entidades territoriales* en los términos previstos en el artículo 286 de la Constitución Política: *“son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”*.

En consecuencia, cuando el artículo 26 de la ley 99 de 1993 regula la conformación de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales y establece en el literal d) *ibídem* que deberá darse participación hasta 4 alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, exigiendo representación para todos los departamentos o *regiones* que la integran, utiliza esta última expresión en el sentido de entidad territorial, equiparando para los efectos de la norma región con departamento. Dicha equiparación en modo alguno es absurda, comoquiera que las regiones están conformadas por departamentos y éstos a su vez por municipios, según se explicó en párrafos anteriores.

Pero no sólo es la interpretación sistemática de las norma lo que lleva a la Sala a la anterior conclusión. Debe recordarse que en el contexto histórico en que se expidió la ley 99 de 1993, se encontraba en funcionamiento la Comisión de Ordenamiento Territorial que fue creada por el artículo 38 transitorio de la Constitución Política de 1991, cuyo texto alude directamente a la región en los términos que fueron expuestos, circunstancias que servían de insumo a una fuerte corriente ideológica que proponía la *“regionalización del país”*¹¹⁵⁵, pretensión que si bien finalmente no se materializó, sí pudo influir en el legislador

¹¹⁵⁵ Al efecto pueden consultarse diferentes documentos como son los Boletines de la Comisión de Ordenamiento Territorial, publicados entre 1992 y 1994; “El Concepto de Región” del Departamento Nacional de Planeación, 1992; Proyecto de ley orgánica de ordenamiento territorial, Ministerio del Interior, 1995, entre otros, citados por FALS BORDA, Orlando. REGION E HISTORIA. Elementos sobre ordenamiento y equilibrio regional en Colombia, Op. Cit.

al momento de expedir la ley 99, llevándolo a incluir el término región en el literal d) del artículo 26 *ibídem*.

Así las cosas, para la Sala el artículo 26 de la ley 99 de 1993, transcrito en el punto 1 de este concepto, regula la conformación del Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales, órgano que cumple funciones de administración de esas entidades. Ese Consejo tiene una composición plural, y en lo referente al literal d) *ibídem*, su interpretación puede darse en los siguientes términos:

- a. *Requisito material*: la elección recae en alcaldes que pertenezcan a los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación;
- b. *Requisito de participación*: deben quedar representados todos los departamentos o regiones (previsión hacia el futuro) que integran la Corporación Autónoma Regional. Por regiones se entiende la entidad territorial que reúna los requisitos que exigen la Constitución y la ley.
Si el territorio de la Corporación comprende un número plural de departamentos o regiones, la participación será definida en forma equitativa de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional;
- c. Elemento cuantitativo: hasta 4 alcaldes, de donde se infiere que la norma prevé un mínimo (uno) y un máximo (cuatro);
- d. Órgano titular de la elección: la Asamblea Corporativa de la CAR correspondiente;
- e. Forma de elección: sistema de cociente electoral.

Con base en las anteriores consideraciones, LA SALA RESPONDE

“1. ¿Cuál es el alcance del concepto de región a que se refiere el Artículo 26 de la ley 99 de 1993? ¿En que casos se aplica?”

El alcance del término “regiones” al que se refiere el literal d) del artículo 26 de la ley 99 de 1993, corresponde al concepto constitucional de región como entidad territorial, que aún no ha sido desarrollado por la ley de ordenamiento territorial.

En consecuencia, dicho concepto se aplicaría cuando la jurisdicción de una Corporación Autónoma Regional comprenda municipios ubicados en varias “regiones”, entendidas éstas en los términos anteriormente señalados.

“2. ¿El concepto de región que trata el literal d) del artículo 26 de la ley 99 de 1993 es equiparable al concepto de provincia al que se hace referencia en la Constitución Política?”

No. En la Constitución Política los términos “región” y “provincia” responden a características diferentes, y, por tanto, no son equiparables. Además, hoy no están desarrollados en una ley de ordenamiento territorial.

Transcríbase al señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

4. Integración del Consejo Directivo de una institución de educación superior del orden municipal

Radicado 1987

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Fecha: 2010/06/10

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 2010EE4907 del 22 de julio de 2010

La señora Viceministra de Educación, Preescolar, Básica y Media, encargada de las funciones del Despacho de la Ministra de Educación Nacional, doctora Isabel Segovia Ospina, formula a la Sala una consulta acerca de la “Integración del Consejo Superior de un Instituto Tecnológico de nivel municipal.”

1. ANTECEDENTES

Dice la señora Viceministra, que de conformidad con el párrafo del artículo 62 de la ley 30 de 1992, la dirección de todas las instituciones estatales de educación superior que no tengan el carácter de universidad, corresponde al Rector, al Consejo Directivo y al Consejo Académico. A su vez, que los artículos 63, 64, 65, 68 y 69 de la misma ley regulan la forma como se integran dichos órganos y sus respectivas funciones.

Manifiesta que el Consejo Superior Universitario o el Directivo según el caso, está integrado por el Ministro de Educación o su delegado, quien lo presidirá; el Gobernador, quien lo preside en las universidades departamentales; un miembro designado por el Presidente de la República que haya tenido vínculos con el sector universitario; un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo, un ex - rector universitario; y, el rector de la institución con voz y sin voto.

Señala que frente a la redacción del artículo 64 de la ley 30 de 1992 y su párrafo, surge la inquietud acerca de si, conforme a esta norma, cuando se trata de una institución de educación superior del orden municipal, el respectivo alcalde, en lugar del gobernador, debe tener asiento en el Consejo Directivo.

De otro lado, el Ministerio plantea otra inquietud sobre la posibilidad de delegar la asistencia al Consejo por parte de sus miembros, “tendiendo en cuenta que al tenor de lo dispuesto por el literal a) del artículo 64 de la ley 30, el Ministro de Educación Nacional puede designar un delegado como miembro de un Consejo Superior Universitario. Así mismo, en virtud de lo señalado en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 los miembros señalados en los literales a) y b) del artículo 64 poseen la facultad de delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley.”

2. INTERROGANTES

Se formulan los siguientes interrogantes:

“1.- ¿En la integración del Consejo Directivo de una institución de educación superior del orden municipal, se debe incluir como miembro del mismo al Gobernador del Departamento, simultáneamente con el Alcalde del respectivo municipio, y los demás miembros

señalados en el artículo 64 de la Ley 30 de 1992? O por el contrario, por tratarse de una institución de educación superior del nivel municipal debe tener asiento en el Consejo Directivo el respectivo Alcalde y no el Gobernador?

2.- ¿En la integración del Consejo Superior de una institución de educación superior es conforme a la ley que se establezca para los miembros señalados en los literales d) y e) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992 la figura de los delegados suplentes?”

3. CONSIDERACIONES

3.1 Integración del Consejo Directivo de las instituciones de educación superior que no tienen el carácter de universidad

La Constitución Política de 1991 desarrolló de manera especial el tema de la educación. En efecto, en el artículo 67 la garantizó como un derecho fundamental; de igual forma, en el artículo 366 señaló que la solución de las necesidades en educación hace parte de los objetivos fundamentales de la actividad del Estado, y así mismo dispuso que una de las estrategias para cumplir con dicho propósito, es garantizar la autonomía universitaria, en ejercicio de la cual, las instituciones de educación superior tienen la posibilidad de darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. A su vez impuso la obligación al legislador para que estableciera un régimen especial destinado a la reglamentación del funcionamiento de las universidades del Estado.

En cumplimiento del dicho propósito, mediante la ley 30 de 1992 se organizó el servicio público de la educación superior. Dicha normatividad, entre muchos aspectos, se ocupó en el Título III del Régimen Especial de las Universidades del Estado y de otras instituciones de educación superior estatales u oficiales, estableciendo que éstas últimas debían organizarse como establecimientos públicos.

De igual forma, señaló que la dirección de las instituciones de educación superior que no tengan el carácter de universidad corresponde al Rector, al Consejo Directivo y al Consejo Académico, en los siguientes términos:

“ARTICULO 62. La dirección de las universidades estatales u oficiales corresponde al Consejo Superior Universitario, al Consejo Académico y al Rector.

Cada universidad adoptará en su estatuto general una estructura que comprenda entre otras, la existencia de un Consejo Superior Universitario y un Consejo Académico, acordes con su naturaleza y campos de acción.

PARAGRAFO. La dirección de las demás instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad, corresponde al Rector, al Consejo Directivo y al Consejo Académico. La integración y funciones de estos Consejos serán las contempladas en los artículos 64, 65, 68 y 69 de la presente Ley.”

La norma transcrita también dispuso que la integración del Consejo Directivo debe hacerse conforme lo establece el artículo 64 de la misma ley, así:

“ARTICULO 64. El Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la universidad y estará integrado por:

El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo presidirá en el caso de las instituciones de orden nacional.

b) El Gobernador, quien preside en las universidades departamentales.

c) Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario.

d) Un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo y un ex-rector universitario.

e) El Rector de la institución con voz y sin voto.

PARAGRAFO 1o. En las universidades distritales y municipales tendrán asiento en el Consejo Superior los respectivos alcaldes quienes ejercerán la presidencia y no el Gobernador.

PARAGRAFO 2o. Los estatutos orgánicos reglamentarán las calidades, elección y período de permanencia en el Consejo Superior, de los miembros contemplados en el literal d) del presente artículo”. (Se resalta)

Ahora bien, de acuerdo con lo planteado en la solicitud de consulta, el problema radica en que no es claro si dentro de los miembros del consejo directivo de las instituciones de educación superior en el nivel municipal, debe incluirse al gobernador.

Al respecto la Sala considera que, de conformidad con el párrafo 1º, del art. 64, el gobernador no hace parte de dicho consejo directivo, dado que la participación le corresponde al alcalde del respectivo municipio, quien además lo preside.

Tal conclusión parte de la interpretación que la Corte Constitucional realizó en la sentencia C-589 de 1997, sobre el alcance del artículo 64 de la ley 30 de 1992, decisión que hace tránsito a cosa juzgada en la medida en que dicha providencia analizó la conformación del Consejo Superior Universitario o dado el caso del Consejo Directivo, frente a la participación de los representantes del Estado. Allí se sostuvo:

“En consecuencia, si bien es cierto que la participación de los representantes del Estado en el Consejo Superior Universitario no vulnera, en principio, la autonomía universitaria, también lo es que dicha participación no puede constituirse en un mecanismo a través del cual el Estado ejerza el control absoluto sobre los entes universitarios, de ahí que la representación no pueda ser mayoritaria.

Según la norma acusada, el Consejo Superior Universitario está integrado por: el Ministro de Educación, o su delegado, quien lo presidirá, en las universidades del orden nacional; o el gobernador, quien lo presidirá en las universidades departamentales; o el alcalde, quien lo presidirá en las municipales.

La participación de tales funcionarios no tiene por objeto imponer la política de sus gobiernos en el desarrollo de la educación, sino coordinar las políticas nacionales o territoriales con las que fije el órgano de dirección universitario, a fin de que ésta se integre al sistema general; no hay que olvidar que tanto la Nación como las entidades territoriales, en los términos del artículo 67 de la Constitución, tienen el deber de participar en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley. (...)

En conclusión se tiene que de los ocho (8) miembros que conforman el Consejo Superior Universitario, sólo dos (2) proceden del gobierno, como son: el Ministro de Educación o su delegado, a nivel nacional; o el Gobernador, o el Alcalde, a nivel departamental, distrital o municipal, y el designado por el Presidente de la República. Existe otro miembro, ajeno al gobierno y a la universidad, que pertenece al sector productivo, y los otros cinco (5) hacen parte de la comunidad universitaria. Entonces, no es cierto que los miembros del Consejo Superior Universitario de origen estatal tengan la mayoría en ese organismo. Así las cosas, las decisiones podrán ser adoptadas de manera libre y razonada y no como fruto de la imposición de políticas ajenas a sus propios intereses y los de la sociedad en general.

En razón de lo expuesto se declarará exequible el artículo 64 de la ley 30 de 1992.”

Nótese que según el pronunciamiento de la Corte, en caso de darse la hipótesis contenida en el párrafo 1º del artículo 64, esto es, que se esté en presencia de una institución de educación municipal o distrital, automáticamente se excluye la participación del gobernador del departamento respectivo. En otras palabras, la participación de las entidades territoriales, como representantes del gobierno, es excluyente.

La anterior conclusión es compatible con el número total de los miembros que conforman dicho Consejo, con voz y voto, dado que de conformidad con la sentencia, estos son ocho:

- Uno (1) ajeno al gobierno y a la universidad, que pertenece al sector productivo,
- Cinco (5) que hacen parte de la comunidad universitaria:
 - i. Un representante de las directivas académicas,
 - ii. Un representante de los docentes,
 - iii. Un representante de los egresados,
 - iv. Un representante de los estudiantes,
 - v. Un ex-rector universitario,
- Dos (2) que proceden del gobierno:
 - i. Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario, y
 - ii. El Ministro de Educación o su delegado, a nivel nacional; o el Gobernador, o el Alcalde, a nivel departamental, distrital o municipal, para un total de ocho (8).

De conformidad con lo expuesto, el gobernador no hace parte del consejo directivo de las instituciones de educación superior del orden municipal ni del nacional.

3.2 La suplencia y la delegación de funciones para los miembros del Consejo Superior o Directivo de una institución de educación superior

Se indaga en la consulta por la posible suplencia, o dado el caso, la delegación de las funciones de los miembros del Consejo Superior Universitario o Directivo, relacionados en los literales d) y e) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992, a saber: el representante de las directivas académicas, el representante de los docentes, el representante de los egresados, el representante de los estudiantes, el representante del sector productivo, un ex-rector universitario y el rector de la institución.

En primer término, es del caso advertir que la pregunta plantea una ambigüedad al emplear la expresión “*delegados suplentes*”. No obstante, la Sala realizará previamente un

breve análisis de las diferencias entre las dos figuras, con el fin de no dejar sin respuesta la inquietud propuesta por el Ministerio.

En efecto, las diferencias existentes entre la delegación y la suplencia consisten en que sus causas son distintas y en que se verifican en momentos diferentes. La delegación se da para un asunto en particular y depende de la voluntad de quien delega, tanto en el objeto como en el momento y la duración. La decisión de delegar es previa al fin para el que se da y puede hacerse a diferentes personas dependiendo de las causas o motivos que la generen. Dada la delegación, quien delega no se separa de la condición en que lo hace, ni por ello pierde las facultades delegadas.

Por su parte, la suplencia debe ser una posibilidad definida con anterioridad respecto de un cargo en particular y frente a la persona que cubrirá las faltas temporales o definitivas del titular. El suplente, sólo él, asume todas las competencias del titular mientras esté ausente.

Finalmente, tanto la delegación como la suplencia son formas mediante las cuales se manifiesta la acción de la administración y en cualquiera de los dos casos deberá estarse a lo dispuesto en la Constitución y en la ley.

Así, atendiendo al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 6º de la Carta, los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones, así mismo, de acuerdo con el artículo 122 ídem, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento. De igual forma, de conformidad con el artículo 211 de la Carta, la ley debe señalar las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

En el asunto consultado, es evidente que la suplencia, de acuerdo con en el artículo 64 de la ley 30 de 1992, no se previó para ningún miembro del Consejo, lo cual permite afirmar que en estas condiciones tal supuesto no es posible.

Ahora bien, en cuanto a la delegación, el artículo en mención solamente la permitió para las funciones del Ministro de Educación. No obstante lo anterior, la Sala revisará si en las normas generales se incluyó algún permiso u autorización, también general, para que los demás miembros de Consejos Directivos de entidades públicas, que ostenten dicha calidad como representantes de sectores privados, puedan delegar sus funciones. Esta revisión se extenderá para el Rector de la institución, el cual que hace parte del Consejo, con voz pero sin voto. Para tal efecto, es importante resaltar que las funciones a cargo de los Consejos Superiores Universitarios o Directivos de las universidades o instituciones de educación superior de carácter público son funciones de naturaleza pública, en atención a la naturaleza pública de las entidades y de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la ley 30:

*“ARTICULO 67. Los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. **Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario o de los Consejos Directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten.**” (Negrillas fuera de texto)*

Se precisa también destacar que la calidad en que se nombran los miembros del Consejo Superior Universitario relacionados en el literal d) del artículo 64 referido, es de *“representantes”* de sectores específicos vinculados a la comunidad académica, calidad que se pasa a analizar con el fin de verificar si es susceptible de delegación.

El legislador ha regulado de manera general la naturaleza, facultades y el ejercicio de funciones de los miembros de las Juntas Directivas de entidades públicas. En el artículo 3º del Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968, -*“por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”*-, se dispuso que los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos.¹¹⁵⁶ En el artículo 18 del Decreto 3130 de 26 de diciembre de 1968 -*“por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional”*-, se señaló que los miembros de las juntas o consejos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren la calidad de empleados públicos.¹¹⁵⁷

A su vez, el artículo 5º¹¹⁵⁸ del Decreto 1950 de 1973, -por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil-, el artículo 298¹¹⁵⁹ del Decreto 1222 de 1986 -por el cual se expide el Código de Régimen Departamental-, y el artículo 162¹¹⁶⁰ del Decreto 1333 de 1986, -por el cual se expide el Código de Régimen Municipal-, repiten lo dispuesto en el decreto 2400 de 1968.

Finalmente, el artículo 74¹¹⁶¹ de la ley 489 de 1998 -por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional-, dispuso que los *“particulares, miembros de los consejos directivos de los establecimientos públicos”* no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos.

1156 “ARTÍCULO 3. Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos se dividen en: de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción las personas que desempeñan los empleos que se señalan a continuación: (...) Parágrafo 2. Las personas a quienes el Gobierno o las corporaciones Públicas confieran su representación en las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, La Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su nombramiento y remoción se rigen por las disposiciones especiales relativas a esas entidades.”

1157 “ARTÍCULO 18. DE LA CALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS O CONSEJOS. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las empresas Industriales y comerciales del Estado, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y por las normas del respectivo organismo.”

1158 “Artículo 5º- Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.”

1159 “ARTÍCULO 298.-Por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales, a los miembros de las juntas o consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos, les son aplicables las disposiciones del título III del Código Penal sobre “delitos contra la administración pública”. A quienes tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, se aplicarán las disposiciones penales previstas para éstos.”

1160 “Artículo 162º.- Los miembros de las juntas directivas aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese sólo hecho la calidad de empleados públicos.”

1161 “ARTÍCULO 74. CALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.”

En síntesis, el hecho de ser miembro de un consejo directivo de una entidad pública no otorga, por esa razón, la calidad de servidor público, aunque ejerza funciones públicas. Otra situación se da cuando el miembro del consejo directivo ostenta al mismo tiempo la calidad de servidor público como es el caso del Ministro o su delegado, el Gobernador, el alcalde o el rector.¹¹⁶²

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de delegar funciones públicas, de acuerdo con el artículo 9 de la ley 489 de 1998, las autoridades administrativas, -aquellas quienes tienen poder de decisión, dominio, mando, imposición, exigencia o coerción sobre algunos o todos los administrados-, pueden mediante acto de delegación transferir el ejercicio de funciones, en los siguientes términos:

“ARTICULO 9o. DELEGACION. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.”

También es importante destacar que la delegación tiene límites, de acuerdo con lo dispuesto en la mencionada ley 489 de 1998, al señalar expresamente las funciones que no se pueden delegar. Dice el artículo once:

“ARTICULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

- 1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.*
- 2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.*
- 3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.”*

De lo expuesto se tiene que, la posibilidad de delegar el ejercicio de funciones públicas parte de la condición de que quien delegue sea una autoridad administrativa entendida como parte de la estructura misma de la administración pública, puesto que además, dichas funciones deben ser recibidas por sus colaboradores o por otras autoridades con funciones afines o complementarias. Se advierte, que distinto es que los miembros de los consejos directivos “*ejerzan autoridad administrativa*”, dado que no es de otro modo sino con su participación, que tales cuerpos colegiados toman las decisiones que les fueron asignadas por la Constitución y la ley.

En consecuencia, para la Sala, los miembros del Consejo Superior Universitario o Directivo, en calidad de representantes¹¹⁶³ de las directivas académicas, de los docentes,

¹¹⁶² “ARTÍCULO 66. El Rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la universidad estatal u oficial y será designado por el Consejo Superior Universitario. Su designación, requisitos y calidades se reglamentarán en los respectivos estatutos.”

¹¹⁶³ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, representante es el “Que representa. // Persona que representa a un ausente, cuerpo o comunidad”. A su vez, representación es la “Acción y efecto de representar. // Procedimiento electoral por el que

de los egresados, de los estudiantes, y el ex-rector universitario, no pueden delegar sus funciones en consideración al hecho de que aunque ejercen funciones públicas y autoridad administrativa, no son –como miembros- autoridades administrativas que hagan parte de la estructura de la administración. El representante de un estamento, lo es en consideración a sus calidades personales dado que ha sido él y no otro el seleccionado para actuar en nombre de quien lo elige.

Precisamente, el parágrafo 2º del artículo 64 de la ley 30 de 1992 que se viene analizando, dispuso que los estatutos orgánicos deben reglamentar las calidades, elección y periodo de permanencia de los miembros contemplados en el literal d) de dicho artículo.

Ahora bien, en cuanto al rector, quien es a su vez el representante legal de la universidad o en su caso, de la institución de educación superior, y ostenta la calidad de empleado público de libre nombramiento y remoción,¹¹⁶⁴ debe agregarse que hace parte de la estructura orgánica de la institución como una de sus directivas.¹¹⁶⁵

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el rector en su calidad de autoridad administrativa, puede delegar, en los términos del artículo 9 de la ley 489 de 1998, en el vicerrector o en otros de sus colaboradores, según el caso, algunas de sus funciones que de acuerdo con la ley y los estatutos respectivos le estén autorizadas.¹¹⁶⁶ Esta posibilidad deberá evaluarse en cada caso concreto dado que son los estatutos de cada universidad o entidad de educación superior los que determinen a nivel interno, la distribución concreta de funciones; caso en el cual, se deben atender las limitaciones impuestas en el artículo 11 de la ley 489 de 1998. Lo anterior, sin perder de vista que su participación en el Consejo Directivo se da con voz pero sin voto.

se eligen representantes a quienes obtienen mayoría de votos". Y representar es "Sustituir a alguien o hacer sus veces, desempeñar su función o la de una entidad, empresa, etc."

1164 Ver sentencia de la Corte Constitucional Radicación C-506 de 1999. "Por ello, en sentir de esta Corporación, la regulación normativa en comento, riñe con las directrices jurisprudenciales que sobre esta temática la Corporación trazó en las Sentencias C-195 de 199 y C-475 de 199 en las que, tratándose de entes universitarios autónomos había considerado que la inclusión del Rector, Vicerrector y Decano como empleados de libre nombramiento y remoción, contradice de manera manifiesta la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 Superior..."

A su vez el artículo 67 de la ley 30 dispuso: "ARTICULO 67. Los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario o de los Consejos Directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten."

1165 Ley 30 de 1992. "CAPITULO II. ORGANIZACION Y ELECCION DE DIRECTIVAS. ARTICULO 62. La dirección de las universidades estatales u oficiales corresponde al Consejo Superior Universitario, al Consejo Académico y al Rector. "

1166 De conformidad con el artículo 65 de la ley 30 de 1992, las funciones del Consejo Superior Universitario son las siguientes:

"ARTICULO 65. Son funciones del Consejo Superior Universitario:

- a) Definir las políticas académicas y administrativas y la planeación institucional.
- b) Definir la organización académica, administrativa y financiera de la Institución.
- c) Velar porque la marcha de la institución esté acorde con las disposiciones legales, el estatuto general y las políticas institucionales.
- d) Expedir o modificar los estatutos y reglamentos de la institución.
- e) Designar y remover al rector en la forma que prevean sus estatutos.
- f) Aprobar el presupuesto de la institución.
- g) Darse su propio reglamento.
- h) Las demás que le señalen la ley y los estatutos.

PARAGRAFO. En los estatutos de cada universidad se señalarán las funciones que puedan delegarse en el Rector."

LA SALA RESPONDE:

1.- ¿En la integración del Consejo Directivo de una institución de educación superior del orden municipal, se debe incluir como miembro del mismo al Gobernador del Departamento, simultáneamente con el Alcalde del respectivo municipio, y los demás miembros señalados en el artículo 64 de la Ley 30 de 1992? O por el contrario, por tratarse de una institución de educación superior del nivel municipal debe tener asiento en el Consejo Directivo el respectivo Alcalde y no el Gobernador?

En las instituciones de educación superior del nivel municipal o distrital debe tener asiento en el Consejo Directivo el respectivo Alcalde y no el Gobernador.

2.- ¿En la integración del Consejo Superior de una institución de educación superior es conforme a la ley que se establezca para los miembros señalados en los literales d) y e) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992 la figura de los delegados suplentes?

La ley 30 de 1992 no estableció la figura de la suplencia para los miembros señalados en los literales d) y e) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992.

Los miembros señalados en el literal d) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992 no pueden delegar sus funciones.

El rector de la institución, como miembro del Consejo Superior Universitario o Directivo, según el literal e) de la ley 30 de 1992, puede delegar su participación en los términos de la parte motiva de este concepto.

Transcríbese a la señora Ministra de Educación. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

5. Competencia de los municipios para establecer tarifas de los parqueaderos.**Radicado 2006**

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 2010/06/10

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. OFI10-20899-GAA-0422 de 23 de Junio de 2010

LA CONSULTA

El Ministerio del Interior y de Justicia, a instancias del Alcalde Mayor de Bogotá, formula el siguiente interrogante:

“1. ¿Pueden los municipios y distritos intervenir en la regulación de las tarifas del servicio de estacionamiento al público?

2.Cuál es el alcance de la intervención económica en materia de estacionamientos que pueden abordar las autoridades distritales (Concejo de Bogotá y Alcalde Mayor)?

3. ¿Las autoridades distritales pueden, con base en actos propios (Decretos o Acuerdos), definir los criterios, factores, métodos y procedimientos del cálculo para fijar tarifas de estacionamiento?
4. ¿Las facultades de las autoridades municipales y distritales para fijar tarifas de estacionamientos, incluyen también los asociados a un uso como centros comerciales, terminales de transporte, clínicas, centros de recreación y restaurantes?
5. ¿El alcance de la regulación expedida por las autoridades locales incluye la facultad de regulación del precio del contrato de depósito que celebran los particulares que dejan su vehículo en un estacionamiento?"

Indica que la consulta se origina en los diversos cuestionamientos que ha tenido el Distrito Capital sobre su competencia para intervenir en la actividad económica de los parqueaderos y fijar las tarifas que pueden cobrar por los servicios que prestan a los usuarios de vehículos.

Señala que *actualmente el artículo 118 del Acuerdo Distrital 79 de 2003* (Código de Policía de Bogotá), que en ese aspecto desarrolla lo dispuesto en la Ley 7ª de 1943 y los Decretos Nacionales 1855 de 1971¹¹⁶⁷ y 2876 de 1984¹¹⁶⁸, le asigna al Gobierno Distrital la función fijar la tarifa máxima de los parqueaderos, a cuyo efecto se expidieron el Acuerdo 356 de 2008 (establece los parámetros para fijar las tarifas) y el Decreto Distrital 268 de 2009 (fija la tarifa máxima por minuto).

Que los prestadores de estos servicios defienden la libertad de tarifas y el derecho de autorregulación, lo que conlleva la necesidad de determinar las facultades del distrito en esta materia, dada la importancia del servicio de parqueaderos para la organización de la ciudad y los programas de movilidad (al punto que la Ley 1083 de 2006 ordena adoptar un Plan Maestro de Parqueaderos).

CONSIDERACIONES

1. La Sala observa que la consulta se dirige a determinar si las autoridades distritales tienen competencia o no para fijar las tarifas de parqueaderos de la ciudad.

2. De otra parte encuentra que la facultad de fijar las tarifas de los parqueaderos en el Distrito Capital se deriva principalmente del Numeral 3 del artículo 118 del Código de Policía de Bogotá (Acuerdo 79 de 2003) que dispone:

ARTICULO 118.- APARCADEROS. *Son aparcaderos las construcciones realizadas en el suelo o en el subsuelo de locales o predios urbanos destinados al arrendamiento de espacios para estacionar y cuidar vehículos,*

El servicio de aparcaderos será prestado por personas naturales o jurídicas debidamente inscritas en la Cámara de Comercio de Bogotá, cuyo objeto comercial contemple la prestación de este servicio, en los cuales se deben observar los siguientes comportamientos:

1167 Por el cual se fijan disposiciones sobre control de precios de parqueaderos.

1168 Sobre control de precios.

3. **Cobrar únicamente la tarifa fijada por el Gobierno Distrital**, con la asesoría del Departamento de Planeación Distrital, teniendo en cuenta las características particulares de cada aparcadero, la cual debe permanecer expuesta a la vista de los usuarios¹¹⁶⁹.

3. De acuerdo con el sistema de información de la Rama Judicial y con datos suministrados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala ha verificado que actualmente cursa una demanda de nulidad contra el citado numeral 3 del artículo 118 del Acuerdo 79 de 2003, en la que se discute, precisamente, la falta de competencia del Distrito Capital para intervenir en la actividad económica de los parqueaderos y fijar las tarifas que éstos pueden cobrar por sus servicios. A juicio del demandante se viola la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad de autorregulación.

4. La referida demanda fue fallada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Sentencia del 4 de junio de 2009, siendo objeto de su decisión la revisión e interpretación de las competencias del distrito capital derivadas de las normas citadas por la entidad consultante (Constitución Política, Ley 7 de 1943, Decreto 1855 de 1971, Decreto Ley 1421 de 1993, entre otras).

5. La anterior sentencia se encuentra apelada ante el Consejo de Estado, donde aún está pendiente resolver el respectivo recurso.

6. Visto lo anterior, observa la Sala que el objeto de la consulta está siendo debatido actualmente a través de un proceso judicial que no ha finalizado, lo que impide a la Sala pronunciarse sobre el particular, para no interferir en la decisión que corresponde tomar a la autoridad judicial competente de acuerdo con la Constitución y la Ley.

Al respecto, la Sala ha entendido que “no es procedente pronunciarse en asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas, a aquellos que estén sometidos a una decisión jurisdiccional, pues la controversia debe resolverse mediante sentencia que habrá de cumplirse con efectos de cosa juzgada.”¹¹⁷⁰

CON BASE EN LO ANTERIOR:

La Sala se declara inhibida para conocer del asunto, debido a que actualmente cursan ante el Consejo de Estado un recurso de apelación en el que se discute en lo esencial la materia que es objeto de la consulta.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

1169 Numeral modificado por el artículo 1 del Acuerdo 139 de 2004.

1170 Cfr. Concepto del 19 de mayo de 2005. Radicado No. 1645, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Concepto del 15 de febrero de 2006. Radicado No. 1714, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Auto del 11 de marzo de 2010, Consulta 1991, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

6. Falta absoluta del gobernador del Valle del Cauca. La falta absoluta se presenta a partir de la fecha en que se ejecute el fallo definitivo del proceso disciplinario. Necesidad de convocatoria a elección de nuevo Gobernador para el tiempo que resta del período constitucional

Radicado 2037

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Fecha: 2010/08/12

Levantamiento de la reserva mediante oficio No. Ofi10-41925-GAA-0422 del 8 de noviembre de 2010

El doctor Germán Vargas Lleras, Ministro del Interior y de Justicia, formula a la Sala una consulta referente a la fecha en que se produjo la falta absoluta del doctor Juan Carlos Abadía Campo en el cargo de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, a efecto de determinar el sentido en que se debe dar aplicación al artículo 303 de la Constitución Política.

1. Interrogante

El señor Ministro propone el siguiente interrogante:

“¿La falta absoluta en el cargo del Gobernador del Departamento del Valle del Cauca se considera que ocurrió a más de dieciocho (18) meses para la terminación del período, y por lo tanto, hay lugar a convocar elecciones para suplir la vacancia o, por el contrario, dada la suspensión de los efectos del fallo que destituía al mandatario seccional en virtud de la decisión de tutela, se debe interpretar que la falta absoluta ocurrió a menos de dieciocho (18) meses y en consecuencia, se debe designar a un ciudadano para el resto del período constitucional de terna del mismo partido político de acuerdo con lo estipulado en el artículo 303 de la CP?”.

2. El problema jurídico

El Ministerio necesita precisar, teniendo en cuenta los hechos que más adelante se exponen, la fecha a partir de la cual ocurrió la falta absoluta del doctor Juan Carlos Abadía Campo en el cargo de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, con el objeto de determinar si hay lugar o no a la convocatoria de elecciones.

La disposición constitucional que enmarca esta cuestión dice en lo pertinente:

Artículo 303 de la Constitución Política, modificado por el A.L. N° 2 de 2002, artículo 1º.

... Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.

3. Antecedentes

1. La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública de la Procuraduría General de la Nación, mediante fallo del 5 de mayo de 2010, confir-

mado el 25 de mayo de 2010 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, impuso al doctor Juan Carlos Abadía Campo, Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, la sanción de destitución del cargo e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por el término de diez (10) años. El Gobierno Nacional hizo efectiva dicha sanción disciplinaria mediante decreto N° 2061 del 8 de junio de 2010.

2. El Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca, mediante sentencia de tutela T-059 del 23 de junio de 2010, decidió conceder el amparo constitucional de tutela al doctor Abadía Campo por vulneración a su derecho constitucional fundamental al debido proceso en el proceso disciplinario que le siguió la Procuraduría General de la Nación, y ordenó suspender los efectos jurídicos de los fallos que la Procuraduría en su contra profirió, hasta tanto se dicte la decisión definitiva sobre su legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, el Gobierno Nacional procedió, mediante decreto N° 2272 de 2010, a ordenar que cesaran los efectos del decreto N° 2061 del 8 de junio de 2010.

3. La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante fallo del 28 de julio de 2010, revocó la sentencia de tutela de primera instancia y dispuso dejar sin efectos todas aquellas actuaciones que se hubiesen proferido con ocasión del fallo original de tutela. Esta decisión quedó ejecutoriada el 2 de agosto de 2010. En obediencia a lo dispuesto, el Gobierno Nacional expidió el decreto N° 2925 del 5 de agosto de 2010, por medio del cual cesaron los efectos del decreto N° 2272 de 2010 y, por consiguiente, revivió los efectos jurídicos del decreto N° 2061 del 8 de junio de 2010.

4. La consulta

La consulta elevada por el señor Ministro del Interior y de Justicia se puede resumir, para mayor claridad, en la siguiente pregunta:

¿A partir de cuál fecha se considera que ocurrió la falta absoluta en el cargo de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca para efectos de determinar si hay lugar o no a la convocatoria de elecciones?

La respuesta a esta pregunta suscita dos posibles soluciones:

- a. La falta absoluta se concretó a partir del fallo de tutela definitivo, esto es, desde el 2 de agosto de 2010. De ser así, la falta absoluta se habría causado faltando menos de 18 meses para la terminación del período constitucional y, en consecuencia, el Gobierno Nacional deberá designar a un ciudadano para el resto del período.
- b. La falta absoluta en el cargo se produjo cuando quedó en firme y se ejecutó la sanción de destitución, dado que la decisión del proceso de tutela en segunda instancia revocó el fallo de primera instancia y ordenó dejar sin efectos todas las actuaciones que se hubiesen proferido con ocasión de esta providencia. Por este motivo es razonable colegir que recobra pleno efecto jurídico la sanción disciplinaria de destitución impuesta el 25 de mayo de 2010, con todas sus consecuencias, entre ellas el retiro efectivo del doctor Juan Carlos Abadía Campo del cargo de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca mediante decreto 2061 del 8 de junio de 2010.

5. Consideraciones

El centro focal del presente análisis es, sin duda, la resolución adoptada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con fecha 28 de julio de 2010, mediante la cual revocó la sentencia de tutela de primera instancia y dispuso dejar sin efectos todas aquellas actuaciones que se hubiesen proferido con ocasión del fallo original de tutela.

Dicha providencia revoca, es decir, deja sin efecto ni validez alguna las determinaciones del fallador de primera instancia en sede de tutela y, por consiguiente, suprime todas las repercusiones que dicha resolución inicialmente produjo en el mundo jurídico.

Puesto que la decisión final del proceso de tutela revoca la decisión precedente, esto es, la invalida, y expresamente ordena que no tenga efecto alguno, ello obliga a auscultar sobre los efectos que tuvo la providencia revocada, cuestión de relevancia, dado que dichos efectos desaparecen, esto es, nunca debieron ocurrir. Por tanto, para ajustar la situación a Derecho, si dichos efectos alcanzaron a producirse en el pasado, es necesario proceder en el presente como si nunca antes hubieran existido.

La parte resolutive de la sentencia de tutela revocada, que deja de tener efecto o validez, ordenó en su momento “suspender los efectos jurídicos” de los fallos emitidos por la Procuraduría, mediante los cuales se impuso la sanción de destitución, uno de los cuales fue la expedición del decreto N° 2061 del 8 de junio de 2010, mediante el cual se hizo efectiva la sanción disciplinaria de destitución.

Ahora bien, la decisión mediante la cual la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura revoca la providencia precedente, y que por consiguiente invalida lo decidido en esta por ser contraria a Derecho, obliga a volver la vista hacia el pasado, no sólo para hacer efectiva en su raíz cronológica la invalidación de lo entonces resuelto, sino para, a partir de ese preciso momento, retrotraer las cosas a su estado original, que no de otra manera la última providencia tendría debida aplicación. En virtud de la decisión final del proceso de tutela, por tanto, recobra pleno efecto jurídico la sanción disciplinaria de destitución hecha efectiva por el Gobierno Nacional mediante decreto 2061 del 8 de junio de 2010.

En conclusión, la falta absoluta del doctor Juan Carlos Abadía Campo en el cargo de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca se concretó el 8 de junio de 2010, fecha a partir de la cual se hizo efectiva la sanción de destitución, pues es en ese preciso momento cuando el doctor Abadía Campo dejó de ser Gobernador del Departamento. Esto es así porque, entre otras razones, el artículo tercero del decreto 2061 expedido por el Gobierno Nacional en esa fecha dispuso: “El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y contra él no procede recurso alguno de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo”.

LA SALA RESPONDE:

La falta absoluta del doctor Juan Carlos Abadía Campo en el cargo de Gobernador del Departamento del Valle del Cauca se produjo a partir de la fecha en que la sanción de destitución que le impuso la Procuraduría quedó en firme y se hizo efectiva por parte del Gobierno Nacional, esto es, a partir del 8 de junio de 2010. Por consiguiente, el Gobierno

Nacional deberá convocar a elección de nuevo Gobernador del Valle del Cauca para el tiempo que resta del período constitucional.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala

7. Inhabilidades de los alcaldes para inscribirse a cargos de elección popular

Radicado 2039

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Fecha: 2010/10/28

Levantamiento de la reserva mediante oficio No 425979 del 3 de diciembre de 2010

El señor Ministro del Interior y de Justicia, Dr. Germán Vargas Lleras, solicita a la Sala emitir concepto sobre las incompatibilidades de un alcalde para su aspiración a una gobernación.

Manifiesta la consulta que se requiere precisar algunas situaciones jurídicas referidas a las posibilidades para que un alcalde que actualmente se encuentra en ejercicio del cargo, pueda inscribirse como aspirante al cargo de gobernador de departamento, considerando que el *“El Alcalde fue elegido popularmente para el período comprendido entre el 1 de Enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011”*, y se ha planteado la posibilidad de que el *“Alcalde renuncie y se postule como aspirante al cargo de Gobernador del Departamento en las elecciones que se llevarán a cabo en el año 2011”*.

Dada la situación planteada, se formula a la Sala la siguiente consulta:

“1. Un alcalde municipal electo para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre del 2011, actualmente en ejercicio del empleo, podría inscribirse como candidato a gobernador del departamento al que pertenece el municipio donde ejerce, previa presentación y aceptación de la renuncia?”

“2. En el evento de presentar renuncia al cargo de alcalde municipal, para inscribirse como candidato a gobernador del departamento, con qué antelación debe presentar su dimisión y que la misma le sea aceptada?”

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Inhabilidades de los alcaldes para ser elegidos gobernadores

El asunto consultado debe estudiarse desde la perspectiva de las inhabilidades para ser elegido gobernador, materia de la cual trata, de manera especial, el artículo 30 de la ley 617 de 2000. Suscita especial interés, en el presente caso, dilucidar la extensión del plazo durante el cual quien haya sido alcalde está sujeto a inhabilidad para aspirar a ser elegido gobernador. En relación con esta materia se presentan para los alcaldes que aspiren a la gobernación de un departamento dos situaciones que se analizarán a continuación, pues

ocurre que en unos casos el plazo es de doce (12) meses, y en otros es de veinticuatro (24) meses.

2. Reglas generales

En relación con las inhabilidades a las que están sujetos quienes aspiren a ser elegidos gobernadores, el artículo 30 de la ley 617 de 2000 dispone, en cuanto podría relacionarse con quienes han sido alcaldes, lo siguiente:

ARTICULO 30. DE LAS INHABILIDADES DE LOS GOBERNADORES. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador: (...)

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. (...)

7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional.

Al aplicar las anteriores prescripciones a quien haya ejercido o esté ejerciendo el cargo de alcalde y aspire a ser gobernador, se obtienen las siguientes conclusiones:

1. Prescribe el artículo 30 de la ley 617 que no podrá ser elegido gobernador... “3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento...”

De la disposición citada se desprende que, en ningún caso, podrá ser elegido gobernador quien hubiere ejercido el cargo de alcalde (cargo que implica el ejercicio de autoridad política, civil y administrativa) en el respectivo departamento dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

2 El numeral 7 del mismo artículo 30 extiende la inhabilidad para ser elegido gobernador a quienes “un año antes de la elección” hubieren desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional, entre los cuales figura el cargo de alcalde. La lectura integral de estas disposiciones, la legal y la constitucional, permite deducir que tampoco puede aspirar a ser elegido gobernador quien hubiere ejercido el cargo de alcalde “un año antes de la elección”. De este segundo numeral se desprende que, quien sea o hubiere sido alcalde “un año antes de la elección” de gobernadores, no solo queda impedido para aspirar a ser elegido gobernador en el respectivo departamento (numeral 3) sino en todos los demás departamentos del país (numeral 7).

En las dos hipótesis indicadas, quien hubiere sido alcalde podrá aspirar a ser elegido gobernador si, con anticipación no inferior a los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección, cesa en el cargo de alcalde, bien sea por vencimiento del periodo constitucional o por renuncia.

3. Regla especial

La misma ley 617 de 2000, cuando pasa de las inhabilidades para la elección de gobernadores (artículo 30) a las incompatibilidades de los alcaldes, introduce reglas especiales de inhabilidad en los artículos 38 y 39 que repercuten en el régimen de inhabilidades establecido en el artículo 30 para la elección de gobernadores. En la medida en que las disposiciones de los artículos 38 y 39 tengan incidencia en las reglas para la elección de gobernadores, deben enmarcarse en el estatuto de inhabilidades para la elección de gobernadores porque, al fin y al cabo, de lo que se trata en la consulta es de establecer cómo está organizada en la ley la elección de gobernadores y no la elección de los alcaldes. En otras palabras, de lo que se trata es de aclarar cuál es el régimen de inhabilidades en materia de elección de gobernadores cuando quien aspire a ser elegido gobernador sea o haya sido alcalde.

Se observa entonces que el artículo 38, sobre “Incompatibilidades de los alcaldes”, impone a los alcaldes en ejercicio una inhabilidad absoluta en los siguientes términos:

“Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán: (...)

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.”

Es claro, por consiguiente, que todo alcalde, “durante el periodo para el cual fue elegido”, está impedido para inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular. Al conjugar esta regla de inhabilidad con las anteriores, se tiene que:

3.1 Partiendo del marco constitucional, quien esté ejerciendo el cargo de alcalde no puede inscribir su candidatura para ninguna elección (a los empleados del Estado “les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas”, salvo las excepciones que consagre la ley estatutaria, conforme al artículo 127 de la Constitución, régimen dentro del cual están incluidos los alcaldes en ejercicio).

3.2 Ningún alcalde podrá inscribir su candidatura para ninguna elección “durante el periodo para el cual fue elegido” (artículo 38 numeral 7 de la ley 617 de 2000).

3.3 La inhabilidad de un alcalde para ser elegido gobernador de su departamento se extiende por doce meses contados a partir de la fecha en que hubiere cesado en el ejercicio del cargo, por vencimiento del periodo o por renuncia. En los mismos términos se aplica esta inhabilidad a los alcaldes que aspiren a ser elegidos como gobernadores en otras circunscripciones (artículo 30 numerales 3 y 7 de la ley 617 de 2000, este último en concordancia con el artículo 197 de la Constitución).

Ahora bien, el artículo 39 de la misma ley 617 de 2000 modifica el término de doce (12) meses establecido en el régimen general de inhabilidades para la elección de gobernadores (artículo 30), en atención al caso específico y expreso de los alcaldes municipales y distritales. Para estos la inhabilidad que se proyecta hacia el futuro, luego del vencimiento de su periodo constitucional o de la fecha de la aceptación de su renuncia, es no de doce (12) meses sino de veinticuatro (24) meses. Dice así la norma:

“ARTÍCULO 39. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE MUNICIPAL DISTRITAL. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán

vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. **En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción**¹¹⁷¹.

En el caso de la “incompatibilidad” a que se refiere el numeral 7 del artículo 38 (Los alcaldes no pueden inscribirse como candidatos a ningún cargo de elección popular durante el período para los cuales fueron elegidos), el término que debe correr después del vencimiento del periodo constitucional o de la aceptación de la renuncia, para poder inscribirse a cualquier cargo de elección popular es de veinticuatro (24) meses, si se trata de una elección “en la respectiva circunscripción”. La expresión “en la respectiva circunscripción” debe entenderse en el contexto del régimen de inhabilidades para ser gobernador que, de conformidad con las disposiciones de la ley 617 de 2000 significa que un alcalde aspire a ser gobernador en la misma circunscripción departamental del municipio donde ha sido alcalde, esto es, en el respectivo departamento. Esta expresión es, en el artículo 39, una directa remisión al numeral 3 del artículo 30, que prohíbe elegir gobernador a quien hubiere ejercido autoridad política, civil y administrativa, “en el respectivo departamento”, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

De lo anterior se desprenden dos importantes reglas sobre el tiempo de extensión de la inhabilidad¹¹⁷² luego de haber cesado el alcalde en el ejercicio de sus funciones, a saber:

- i. Cuando el alcalde aspire a ser elegido gobernador en “la respectiva circunscripción”, esto es, en “el respectivo departamento”, como con mayor precisión indica de manera perentoria y general para la elección de gobernadores el numeral 3 del artículo 30 de la ley 617 de 2000, el término no es el de doce (12) meses allí indicado, sino el especial de veinticuatro (24) que emerge del artículo 39 de la misma ley.
- ii. Cuando el alcalde aspire a ser elegido gobernador no en “la respectiva circunscripción”, esto es, no en “el respectivo departamento” sino en otro diferente, la regla es la general de doce (12) meses establecida por doble partida en los numerales 3 y 7 del artículo 30, este último en concordancia con el artículo 197 de la Constitución Nacional.

1171 No sobra agregar que mediante sentencia C- 540 de 2001, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del artículo 39 de la ley 617 declarándolo exequible bajo el siguiente condicionamiento:

“...Décimo Primero. Declarar la exequibilidad condicionada del artículo 39 de la Ley 617 de 2000, en el sentido que la incompatibilidad especial de 24 meses que allí se establece no se aplica al alcalde municipal o distrital que se inscriba como candidato a Presidente de la República por ser una situación ya regulada en el artículo 197 de la Constitución Política”.

1172 Criterio compartido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, cuando afirmó:“... es válido y aplicable al texto vigente de los artículos mencionados porque los supuestos de hecho a que se refirió siguen siendo los mismos. En consecuencia, los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en cuanto prohíben la inscripción como candidato a alcalde de quienes hayan ejercido dicho cargo dentro de los 24 meses posteriores a su desvinculación, constituye materialmente una causal de inhabilidad para ser elegido”. Sentencia del treinta y uno (31) de julio de 2009. Expediente: 760012331000200701477-02. Actor: Daisy Narcisca Mancilla Angulo. Demandado: Alcalde de Yumbo. Proceso Electoral Fallo de segunda Instancia., Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón. No sobra mencionar que la Corte Constitucional compartió dicho criterio, al revisarse la acción de tutela interpuesta por un alcalde cuya nulidad fue declarada con base en la precitada sentencia del Consejo de Estado, en sentencia T – 343 del 11 de mayo de 2010.

Con base en las anteriores consideraciones, LA SALA RESPONDE

1. “Un alcalde municipal electo para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre del 2011, actualmente en ejercicio del empleo, podría inscribirse como candidato a gobernador del departamento al que pertenece el municipio donde ejerce, previa presentación y aceptación de la renuncia?”

No, comoquiera que se encuentra incurso en la prohibición especial prevista en los artículos 38, numeral 7, y 39 de la ley 617 de 2000, y la aceptación de la renuncia sólo produce efectos en los términos de la respuesta siguiente.

2. “En el evento de presentar renuncia al cargo de alcalde municipal, para inscribirse como candidato a gobernador del departamento, con qué antelación debe presentar su dimisión y que la misma le sea aceptada?”

La aceptación de la renuncia debe verificarse con una antelación no menor de 24 meses a la inscripción como candidato a un cargo de elección popular en el respectivo departamento de conformidad con en los artículos 38, numeral 7, y 39 de la ley 617 de 2000, según lo expuesto en la parte motiva de este concepto.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. Presidente de la Sala. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Consejero. AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA. Consejero. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Consejero. JENNY GALINDO HUERTAS. Secretaria de la Sala.

A

Acciones estatales: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*
 Actividad de policía: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 Actividades fundamentales del Estado: *Rad. 1735 (p.343 tomo I)*
 Activos estatales: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*
 Acto administrativo: *Rad. 1989 (p.244. tomo I), Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 Acto discrecional: *Rad. 1992 (p.488. tomo I)*
 Acto reglado: *Rad. 1992 (p.488. tomo I)*
 Acto terrorista: *Rad. 1792 (p.365. tomo I)*
 Actos de trámite: *Rad. 2043 (p.137. tomo I)*
 Actuación administrativa: *Rad. 1989 (p.244. tomo I)*
 Adenda de convención colectiva: *Rad. 1707 (p.23. tomo II)*
 Administraciones cooperativas: *Rad. 1972 (p.85. tomo I)*
 Afrocolombianos: *Rad. 1754 (p.201. tomo I)*
 Agencia nacional de hidrocarburos: *Rad. 2010-2035 (p.367. tomo II)*
 Alcalde: *Rad. 2039 (p.477. tomo II)*
 Anticipo: *Rad. 1773 (p.259. tomo I)*
 Área metropolitana: *Rad. 1982 (p.460. tomo I)*
 Asambleas departamentales: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 Asignación de retiro: *Rad.1935 (p.134. tomo II)*
 Asociación entre entidades pública: *Rad. 1982 (p.460. tomo I), Rad. 2011 (p.506. tomo I)*
 Autoridades de policía: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 Auxilio de cesantía: *Rad. 1777 (p.74. tomo I)*

B

Banco Agrario de Colombia: *Rad. 1761 (p.66 tomo I)*
 Bien de uso público: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Bienes del Estado: *Rad. 1852 A (p.388 tomo I)*
 Bogotá D.C.: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 Bonificación por recreación: *Rad. 1761 (p.66 tomo I)*

C

Cámaras de comercio: *Rad. 1992 (p.488. tomo I)*
 Campaña presidencial: *Rad. 1985 (p.193. tomo II)*
 Campañas electorales: *Rad. 1717 (p.43. tomo II)*
 Cargos públicos: *Rad. 2036 (p.242. tomo II)*
 Carrera administrativa: *Rad. 1976 (p.185 tomo II)*
 Caso fortuito: *Rad. 1792 (p.365. tomo I)*
 CEADS: *Rad. 1981 (p.112. tomo I)*
 Cesantías: *Rad. 1777 (p.74. tomo II), Rad. 1935 (p.134. tomo II)*
 Cesantías anualizadas con intereses: *Rad. 1777 (p.74. tomo II)*
 Cesantías retroactivas: *Rad. 1777 (p.74. tomo II)*
 CISA: *Rad. 1852 A (p.388 tomo I)*
 Ciudadela universitaria del Atlántico: *Rad. 1996 (p.330. tomo II)*
 Clausula de reversión: *Rad. 1792 (p.365. tomo I)*
 Cobro coactivo: *Rad. 1882 (p.401. tomo II)*
 Código de Policía de Bogotá: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 Código Nacional de Policía: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 COLDEPORTES: *Rad. 1734 (p.55. tomo I)*
 COLPENSIONES: *Rad. 1985 A (p.99. tomo II)*
 Comisario de Familia: *Rad. 1915 A (p.126. tomo II)*
 Comisión Consultiva de Alto Nivel: *Rad. 1754 (p.201. tomo I)*
 Comisión Nacional de Televisión: *Rad. 1966A (p.466. tomo I)*
 Comisiones demarcadoras de límites departamentales del Senado: *Rad. 1722 (p.443. tomo II)*
 Comisiones intersectoriales: *Rad. 1969 (p.74. tomo I)*
 Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas: *Rad. 1969 (p.74. tomo I)*
 Comunidad negra: *Rad. 1754 (201. tomo I)*
 Concesión de televisión: *Rad. 1966A (p.466. tomo I)*
 Concesionario: *Rad. 1792 (p.365. tomo I)*
 Concurso de méritos: *Rad. 1976 (p.185 tomo II)*
 Conflicto de intereses de congresistas: *Rad. 2042 (p.184. tomo I)*
 Conflicto de intereses de ministros: *Rad. 1822 (p.214. tomo I)*
 Consejo de ministros: *Rad. 1822 (p.214. tomo I)*

Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud: *Rad. 1794 (p.320. tomo II)*
 Consejo Profesional de Ingeniería Química: *Rad. 1730 (p.43. tomo I)*
 Consejo Superior Universitario o Directivo: *Rad. 1987 (p.463. tomo II)*
 Consejos comunitarios: *Rad. 1754 (201. tomo I)*
 Consejos profesionales: *Rad. 1730 (p.43. tomo I)*
 Consejos superiores de la administración: *Rad. 1969 (p.74. tomo I)*
 Consulta popular: *Rad. 1722 (p.443. tomo II)*
 Contralor General de la República: *Rad. 2004 (p.177. tomo I)*
 Contraloría General de la República: *Rad. 1882 (p.401. tomo II)*
 Contralorías departamentales: *Rad. 2003 (p.432. tomo II)*
 Contratación directa: *Rad. 1712A (p.341. tomo I)*
 Contratista del Estado: *Rad. 1992 (p.488. tomo I)*
 Contrato de concesión: *Rad. 1674 (p.301. tomo II), Rad. 1984 (p.474. tomo I)*
 Contrato de concesión de obra pública: *Rad. 1792 (p.365. tomo I)*
 Contrato de prestación de servicios: *Rad. 2003 (p.432. tomo II)*
 Contrato de transporte: *Rad. 1735 (p.343. tomo I)*
 Contrato de transporte de cosas: *Rad. 1735 (p.343. tomo I)*
 Contrato de transporte público automotor de carga: *Rad. 1735 (p.343. tomo I)*
 Contrato de vinculación de equipos automotores de carga: *Rad. 1735 (p.343. tomo I)*
 Contrato estatal: *Rad. 1674 (p.301. tomo II), Rad. 1792 (p.365. tomo I), Rad. 1966A (p.466. tomo I), Rad. 1984 (p.474. tomo I), Rad. 2040 (p.515. tomo I)*
 Contrato interadministrativo: *Rad. 1982 (p.460. tomo I)*
 Convención colectiva: *Rad. 1707 (p.23. tomo II)*
 Convenio interadministrativo de cooperación: *Rad. 1982 (p.460. tomo I)*
 Convocatoria a concurso de meritos: *Rad. 1976 (p.185 tomo II)*
 CORMAGDALENA: *Rad. 1755 (p.249. tomo II)*
 Corporación Autónoma Regional: *Rad. 1755 (p.249. tomo II)*
 Corporaciones Autónomas Regionales: *Rad. 1983 (p.454. tomo II)*
 Corporaciones públicas de elección popular: *Rad. 1975 (p.152. tomo II)*

D

Daño patrimonial al Estado: *Rad. 1852 A (p.388 tomo I)*
 DAS: *Rad. 1790 (p.103. tomo II)*
 Decretos del Presidente de la República: *Rad. 1958 (p.223. tomo II)*
 Defensor de Familia: *Rad. 1915 A (p.126. tomo II)*
 Defensor del Pueblo: *Rad. 1969 (p.74. tomo I)*
 Delegación: *Rad. 1987 (p.463. tomo II)*
 Democratización de la propiedad estatal: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*
 Departamento del Atlántico: *Rad. 1996 (p.330. tomo II)*
 Departamento del Quindío: *Rad. 2012 (p.220. tomo II)*
 Departamentos: *Rad. 2001 (p.347. tomo II)*
 Deporte: *Rad. 1734 (p.55. tomo I)*
 Deporte asociado: *Rad. 1734 (p.55. tomo I)*
 Derecho de propiedad de hidrocarburos: *Rad. 1775 (p.256. tomo II)*
 Derecho fundamental a ocupar cargos públicos: *Rad. 2036 (p.242. tomo II)*
 Derechos hereditarios: *Rad.1935 (p.134. tomo II)*
 Derechos universales: *Rad.1935 (p.134. tomo II)*
 Desplazamiento forzado interno: *Rad. 1969 (p.74. tomo I)*
 Destitución: *Rad.1935 (p.134. tomo II)*
 Detectives del DAS: *Rad. 1790 (p.103. tomo II)*
 Distrito Capital de Bogotá: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 Docentes universitarios: *Rad. 2001 (p.347. tomo II)*
 Documento electrónico: *Rad. 1989 (p.244. tomo I)*

E

ECOSALUD: *Rad. 1984 (p.474. tomo I)*
 Edad de retiro forzoso: *Rad. 1997 (p.168. tomo I)*
 Educación: *Rad. 2012 (p.220. tomo II)*
 Educación Superior: *Rad. 2026 (p.286. tomo I)*
 Efecto general inmediato de la ley: *Rad. 1734 (p.55. tomo I)*

Elección de autoridades: *Rad. 2043 (p.137. tomo I)*
 Elección del Fiscal General de la Nación: *Rad. 2043 (p.137. tomo I)*
 Elecciones por corporaciones de elección popular: *Rad. 2043 (p.137. tomo I)*
 Elecciones por corporaciones judiciales: *Rad. 2043 (p.137. tomo I)*
 Empleados del Congreso de la República: *Rad. 1997 (p.168. tomo I)*
 Empleados públicos: *Rad. 1761 (p.66 tomo I), Rad. 1777 (p.74. tomo II)*
 Empleo público: *Rad. 1777 (p.74. tomo II)*
 Empresas industriales del Estado: *Rad. 1761 (p.66 tomo I)*
 Enajenación de activos estatales: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*
 Enajenación de bienes de entidades públicas: *Rad. 1982 (p.460. tomo I)*
 Enajenación de la propiedad accionaria estatal: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*
 Enajenación de la propiedad estatal: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*
 Entidades públicas: *Rad. 1778 (p.290 tomo II), Rad.1996 (p.330. tomo II), Rad: 2011 (p.506. tomo I).*
 Entidades territoriales: *Rad. 2010-2035 (p.367. tomo II), Rad: 2011 (p.506. tomo I)*
 Entidades vinculadas: *Rad. 1972 (p.85. tomo I)*
 Equivalencia funcional: *Rad. 1989 (p.244. tomo I)*
 Establecimiento público: *Rad. 1987 (p. 463. tomo II)*
 Estado: *Rad. 2010-2035 (p.367. tomo II)*
 Estampillas: *Rad. 1996 (p.330. tomo II)*
 Estatuto de contratación: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*
 Excepción de inconstitucionalidad: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*

F

Falta absoluta de gobernador: *Rad. 2037 (p.474. tomo II)*
 Federaciones deportivas: *Rad. 1734 (p.55. tomo I)*
 Ferrovías: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Financiación de partidos y movimientos políticos: *Rad. 1975 (p.152. tomo I)*
 Fiscal General de la Nación: *Rad. 2043 (p.137. tomo I)*
 Fiscalía General de la Nación: *Rad. 1976 (p.185 tomo II)*
 FODESEP: *Rad. 1972 (p.85. tomo I)*
 FONADE: *Rad. 1773 (p.259. tomo II)*
 Fondo de Programas Especiales para La Paz: *Rad. 1712A (p.341. tomo I)*
 Fondo Nacional de Regalías: *Rad. 2010-2035 (p.367. tomo II)*
 FONPET: *Rad. 2010-2035 (p.367. tomo II)*
 FOSYGA: *Rad. 1794 (p.320. tomo II)*
 Fuerza mayor: *Rad. 1792 (p.365. tomo I)*
 Fuerza pública: *Rad.1935 (p.134. tomo II)*
 Fuerzas militares: *Rad.1935 (p.134. tomo II)*
 Función consultiva: *Rad. 1984 (p. 474. tomo I), Rad. 2006 (p.471. tomo II), Rad. 1765 (p.453. tomo II), Rad. 1775 (p.256. tomo II), Rad. 1931 (p.151. tomo I)*
 Función de policía: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 Función pública: *Rad. 1735 (p.343.tomo I), Rad. 2036 (p.242. tomo II)*
 Función reguladora de la Constitución Política: *Rad. 1735 (p.343. tomo I)*

G

Gastos de funcionamiento: *Rad. 2001 (p.347. tomo II)*
 Gobernador: *Rad. 2039 (p.477. tomo II)*
 Gobierno en Línea: *Rad. 1989 (p.244. tomo I)*

H

Hecho del príncipe: *Rad. 1792 (p.365. tomo I)*
 Herencia: *Rad.1935 (p.134. tomo I)*
 Hidrocarburos: *Rad. 1775 (p.256. tomo II)*

I

ICETEX: *Rad. 1972 (p.85. tomo I)*
 Impedimento de ministros: *Rad. 1822 (p.214. tomo I)*
 Impuesto de Timbre: *Rad. 1755 (p.249. tomo II)*

Impuesto Predial: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Indignidad para suceder: *Rad. 1935 (p.134. tomo II)*
 Infraestructura ferroviaria: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Ingreso base de cotización: *Rad. 1688 (p.14. tomo II)*
 Ingresos por estampillas: *Rad. 1996 (p.330. tomo II)*
 Inhabilidad sobreviniente: *Rad. 1915 A (p.126. tomo II), Rad.1935 (p.134. tomo II)*
 Inhabilidades para acceder a cargos públicos: *Rad. 1935 (p.134. tomo II)*
 INPEC: *Rad. 1993 (p.206. tomo II)*
 Institución de educación superior oficial: *Rad. 1987 (p. 463. tomo II)*
 Instituciones de educación superior no universidades: *Rad. 1987 (p. 463. tomo II)*
 Interés particular: *Rad. 2042 (p.184. tomo I)*
 Intereses: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Intermediación de bienes y servicios: *Rad. 1982 (p.460. tomo I)*
 Inventario de pasivos en liquidación de entidad pública: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*

J

Juegos de suerte y azar: *Rad. 1984 (p. 474. tomo I)*

L

Ley Anual de Presupuesto: *Rad. 1773 (p.259. tomo II)*
 Ley de Garantías Electorales: *Rad. 1712A (p.341. tomo I), Rad. 1717 (p.43. tomo II), Rad. 1985 (p.193. tomo II), Rad. 1985A (p.99. tomo II), Rad.1993 (p.206. tomo II), Rad. 2011 (p.506. tomo I)*
 Ley de Justicia y Paz: *Rad. 2009 (p.214. tomo II)*
 Ley Estatutaria: *Rad. 1975 (p.152. tomo I)*
 Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial: *Rad 1722 (p.443. tomo II)*
 Licitación: *Rad. 1992 (p.488. tomo I)*
 Límites departamentales: *Rad 1722 (p.443. tomo II)*
 Límites intermunicipales: *Rad 1722 (p.443. tomo II)*
 Liquidación de entidades públicas: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Liquidación de Ferrovías: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Liquidación de personas jurídicas privadas: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Liquidación forzosa de sociedades de carácter financiero: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Liquidación obligatoria de sociedades: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Liquidación obligatoria de sociedades comerciales: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Liquidación voluntaria de personas jurídicas privadas: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Liquidación obligatoria de personas jurídicas privadas: *Rad. 1778 (p.290 tomo II)*
 Lista de elegibles: *Rad. 1976 (p.185 tomo II)*

M

Magistrados de Justicia y Paz: *Rad. 2009 (p.214. tomo II)*
 Masa sucesoral: *Rad. 1935 (p.134. tomo II)*
 Medidas correctivas de policía: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*
 Mensajes de datos: *Rad. 1989 (p.244. tomo I)*
 Ministerio de Educación Nacional: *Rad. 1981 (p.112.tomo I)*
 Ministerio de la Protección Social: *Rad. 1794 (p.320.tomo II)*
 Ministerio de Relaciones Exteriores: *Rad. 1749 (p.49.tomo II)*
 Ministerio de Transporte: *Rad. 1735 (p.343.tomo I)*
 Ministros: *Rad. 1822 (p.214. tomo I)*
 Monopolio rentístico: *Rad. 1984 (p. 474. tomo I)*
 Multas en contrato estatal: *Rad. 2040 (p.515.tomo I)*

N

Nombramiento de empleado público: *Rad. 1777 (p.74.tomo II)*
 Notificación de acto administrativo: *Rad. 1989 (p.244. tomo I)*
 Notificación electrónica: *Rad. 1989 (p.244. tomo I)*
 Notificación personal: *Rad. 1989 (p.244. tomo I)*
 Notificación personal de acto administrativo: *Rad. 1989 (p.244. tomo I)*

Nuevas elecciones: *Rad. 2037 (p.474.tomo II)*

O

Obra pública: *Rad. 1792 (p.365. tomo I)*

Oferta: *Rad. 1992 (p.488. tomo I)*

Orden público: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*

Organismos consultivos o coordinadores: *Rad. 1969 (p.74. tomo I)*

Organismos de control: *Rad. 1882 (p.401.tomo II)*

Organismos intersectoriales: *Rad. 1969 (p.74. tomo I)*

Órganos autónomos e independientes: *Rad. 1755 (p.249.tomo II)*

P

Parlamento Andino: *Rad. 2015 (p.231.tomo II)*

Partidos y movimientos políticos: *Rad. 1975 (p.152. tomo I)*

Patrimonio: *Rad. 1935 (p.134. tomo II)*

Pensión de jubilación: *Rad. 1935 (p.134. tomo II)*

Periodo de los congresistas: *Rad. 2018 (p.181. tomo II)*

Personal administrativo de educación: *Rad. 2012 (p.220. tomo II)*

Personal civil del sector defensa: *Rad. 1935 (p.134. tomo II)*

Personas jurídicas privadas: *Rad. 1778 (p. 290 tomo II)*

Pliego de condiciones: *Rad. 1992 (p. 488. tomo I)*

Poder de policía: *Rad. 1999 (p. 259. tomo I)*

Poder de regulación: *Rad. 1735 (p.343. tomo I)*

Policía: *Rad. 1999 (p.259. tomo I)*

Policía Nacional: *Rad. 1935 (p.134. tomo II)*

P.O.S: *Rad. 1794 (p.320. tomo II)*

Potestad reglamentaria: *Rad. 1735 (p.343. tomo I)*

Pozo de petróleo: *Rad. 1775 (p.256. tomo II)*

Presupuesto general de la Nación: *Rad. 1773 (p.259. tomo II)*

Pago anticipado: *Rad. 1773 (p.259. tomo II)*

Prima de servicios: *Rad. 2012 (p.220. tomo II)*

Principio de concurrencia: *Rad. 1966A (p.466. tomo I)*

Principio de imparcialidad: *Rad. 1822 (p.214. tomo I)*

Principio de verdad sabida y buena fe guardada: *Rad. 1822 (p.214. tomo I)*

Privatización: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*

Privatizaciones nacionales: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*

Procedimiento de selección del contratista: *Rad. 1992 (p.488. tomo I)*

Proceso de responsabilidad fiscal: *Rad. 1882 (p.401. tomo II)*

Proceso ordinario de indignidad para suceder: *Rad. 1935 (p.134. tomo II)*

Programas de educación superior: *Rad. 2026 (p. 286. tomo I)*

Programas de pregrado: *Rad. 2036 (p. 242. tomo II)*

Propiedad accionaria estatal: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*

Propiedad estatal: *Rad. 2002 (p.357. tomo II)*

Proponente único: *Rad. 1966A (p. 466. tomo I)*

Prórroga automática: *Rad. 1984 (p. 474. tomo I)*

Provincia: *Rad. 1983 (p. 454. tomo II)*

Proyecto de Ley de Víctimas: *Rad. 2042 (p. 184. tomo I)*

Proyectos elegibles: *Rad. 2010-2035 (p. 367. tomo II)*

R

Rama Ejecutiva: *Rad. 1778 (p. 290 tomo II)*

Rama Judicial: *Rad. 1688 (p. 14. tomo II)*

Recursos de capital: *Rad. 1773 (p. 259. tomo II)*

Rendimientos financieros: *Rad. 1773 (p. 259. tomo II)*

Recursos de la Nación: *Rad. 1773 (p. 259. tomo II)*

Recursos naturales no renovables: *Rad. 2010-2035 (p. 367. tomo II)*

Recusaciones de ministros: *Rad. 1822 (p. 214. tomo I)*

Reforma política de 2009: *Rad. 1975 (p. 152. tomo I)*

Regalías: *Rad. 2001 (p.347. tomo II), Rad. 2010-2035 (p.367. tomo II)*

Regalías directas: *Rad. 2010-2035 (p.367. tomo II)*

Regímenes prestacionales especiales: *Rad. 1935 (p.134. tomo II)*

Región: *Rad. 1983 (p. 454. tomo II)*

Registro Calificado de Programas de Educación Superior: *Rad. 2026 (p. 286. tomo I)*

Registro Único de Oferentes: *Rad. 1966A (p. 466. tomo I)*

Registro Único de Proponentes: *Rad. 1992 (p. 488. tomo I)*

Reglamento de policía: *Rad. 1999 (p. 259. tomo I)*

Regulación: *Rad. 1735 (p. 343. tomo I)*

Reliquidación de pensiones: *Rad. 1749 (p. 49. tomo II)*

Rendimientos financieros de recursos de la Nación: *Rad. 1773 (p. 259. tomo II)*

Renuncia: *Rad.1993 (p. 206. tomo II)*

Renuncia de congresistas: *Rad. 1975 (p. 152. tomo I)*

Requisitos habilitantes: *Rad. 1992 (p. 488. tomo I)*

Reserva legal: *Rad. 1735 (p. 343. tomo I)*

Retiro del servicio activo de las fuerzas militares: *Rad.1935 (p. 134. tomo II)*

S

Sector administrativo: *Rad. 1969 (p. 74. tomo I)*

Sector defensa: *Rad.1935 (p. 134. tomo II)*

Sector del transporte: *Rad. 1735 (p. 343. tomo I)*

SENA: *Rad. 2026 (p. 286. tomo I)*

Senado de la República: *Rad 1722 (p. 443. tomo II), Rad. 2004 (p.177. tomo I)*

Servicio de transporte automotor de carga: *Rad. 1735 (p. 343. tomo I)*

Servicio público de transporte automotor de carga: *Rad. 1735 (p. 343. tomo I)*

Servidores públicos: *Rad. 1761 (p. 66 tomo I), Rad. 1822 (p. 214. tomo II)*

Sesiones del Congreso: *Rad. 2018 (p. 181. tomo II)*

Sesiones extraordinarias del Congreso: *Rad. 2018 (p. 181. tomo II)*

Sistema de alertas tempranas: *Rad. 1969 (p. 74. tomo I)*

Sistema de notificación en línea: *Rad. 1989 (p. 244. tomo I)*

Sistema General de Seguridad Social en Salud: *Rad. 1794 (p. 320. tomo II), Rad.1935 (p. 134. tomo II)*

Sistema nacional de atención integral a la población desplazada por la violencia: *Rad. 1969 (p. 74. tomo I)*

Sistema nacional de información de la educación superior: *Rad. 2026 (p. 286. tomo I)*

Sistema nacional del deporte: *Rad. 1734 (p. 55. tomo I)*

Sociedades: *Rad. 1778 (p. 290 tomo II)*

Sociedades comerciales: *Rad. 1778 (p. 290 tomo II)*

Sociedades de carácter financiero: *Rad. 1778 (p. 290 tomo II)*

Sociedades de economía mixta: *Rad. 1761 (p. 66 tomo I)*

Subasta inversa: *Rad. 1966A (p. 466. tomo I)*

Subsidio familiar: *Rad.1935 (p. 134. tomo II)*

Subsuelo petrolífero: *Rad. 1775 (p. 256. tomo II)*

Suplencia: *Rad. 1987 (p. 463. tomo II)*

T

Televisión: *Rad. 1966A (p. 466. tomo I)*

Teoría de la imprevisión: *Rad. 1792 (p. 365. tomo I)*

Tercer canal nacional de televisión privada: *Rad. 1966A (p. 466. tomo I)*

Terna para Fiscal General de la Nación: *Rad. 2043 (p. 137. tomo I)*

Título académico: *Rad. 2036 (p. 242. tomo II)*

Título Honoris Causa: *Rad. 2036 (p. 242. tomo II)*

Título profesional: *Rad. 2036 (p. 242. tomo II)*

Trabajadores oficiales: *Rad. 1761 (p. 66 tomo I)*

U

Unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social: *Rad. 1985 (p.193. tomo II)*

Unidades docentes: *Rad. 1981 (p. 112. tomo I)*

Universidad de la Guajira: *Rad. 2001 (p. 347. tomo II)*

Universidad del Atlántico: *Rad. 1996 (p. 330. tomo II)*

Universidades públicas: *Rad. 1996 (p. 330. tomo II), Rad. 2001 (p. 347. tomo II)*

V

Vacaciones: *Rad. 1761 (p. 66 tomo I)*

Víctima: *Rad. 2042 (p. 184. tomo I)*

Y

Yacimiento de petróleo: *Rad. 1775 (p. 256. tomo II)*

