

POTESTAD REGLAMENTARIA – Facultad del ejecutivo para expedir decretos, resoluciones y órdenes

El artículo 189-11 de la C.P. es el fundamento de la potestad reglamentaria, según la cual el Ejecutivo está revestido de la facultad para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. Esta competencia, por ende, está dirigida a determinar reglas específicas para que los distintos organismos del Estado cumplan adecuadamente con las disposiciones legislativas. Esta facultad está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que al reglamentar no es dado ampliar, restringir o modificar el contenido legal, es decir, las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva, y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella. El ejercicio del poder reglamentario obliga al Gobierno a desarrollar no solo el texto de la ley, sino también su contenido implícito, su finalidad específica, para que cumpla de la mejor manera con sus objetivos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189-11

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1584 DE 2002 (31 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTÍCULO 5 (No Anulado)

PASIVOS PENSIONALES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Antecedentes legislativos de la Ley 549 de 1999 / INGRESOS CORRIENTES DE LIBRE DESTINACION – Son todos los ingresos que no tengan destinación específica. No se excedió la facultad reglamentaria al definirlos pues así lo establece la ley 549 de 1999 / IMPUESTO DE REGISTRO – No excede la facultad reglamentaria ni es una mayor carga su inclusión en los ingresos corrientes de libre destinación para el pago del pasivo pensional del los entes territoriales

El legislador al establecer los recursos para la financiación de las pensiones a cargo de los entes territoriales dispuso que se destine a ese propósito el veinte por ciento (20%) del producto del impuesto de registro y el diez por ciento (10%) de los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Al señalar estos últimos no excluyó de esos ingresos ningún concepto. En este orden de ideas, la definición que acogió el artículo 5º del Decreto 1584 de 2002 de “Ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos” para que sean “todos los ingresos” que no hayan sido asignados a una finalidad específica, se ciñe a la norma que reglamenta, porque ésta no hizo distinción alguna. Además, esta definición corresponde, en su esencia, a la noción de ingresos corrientes de libre destinación que acogió 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 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”. si bien es cierto que con los cambios introducidos al proyecto de ley que antecedió a la Ley 549 de 1999 se redujo el aporte al FONPET correspondiente al producto del impuesto de registro a un veinte (20%) por ciento (en el proyecto presentado originalmente por el Gobierno dicho porcentaje era del 30%), este no es un argumento válido para afirmar que del diez por ciento (10%), que definió la ley para destinar al FONPET de la partida ingresos corrientes de libre destinación, debía excluirse el ochenta por ciento (80%) del impuesto de registro. Lo anterior, por cuanto, como se desprende de la exposición de motivos, la razón que fundamentó dicha decisión fue: “Dichas reducciones tienen en consideración la difícil situación de las entidades territoriales y buscan conciliar su capacidad financiera con la necesidad de ahorro

para pagar los pasivos pensionales.”, es decir, se disminuyó la partida con destinación específica, en consideración a la situación económica de los entes territoriales, pero se siguió manteniendo en los ingresos corrientes de libre destinación el porcentaje con que concurrirían las entidades del orden departamental. El hecho de que el ochenta por ciento (80%) del producto del impuesto de registro forme parte de los ingresos corrientes de libre destinación, no significa que se esté imponiendo una carga adicional en la participación del ente territorial.

FUENTE FORMAL: LEY 549 DE 1999 - ARTÍCULO 2 / LEY 617 DE 2000 - ARTÍCULO 3

NOTA DE RELATORIA: Sobre el cálculo de los recursos con destino al Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio civil 1933 del 26 de febrero de 2009, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1584 DE 2002 (31 de julio) PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - ARTÍCULO 5 (No Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero Ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá D. C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012)

Referencia numero: 11001-03-27-000-2009-00045-00(17994)

Actor: NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

FALLO

Se decide, en única instancia, la demanda que en ejercicio de la acción de simple nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, interpuso el ciudadano Néstor Humberto Martínez Neira.

I) DEMANDA

La parte actora demandó la nulidad del artículo 5° del Decreto 1584 de 2002, proferido por el Presidente de la República de Colombia, cuyo texto es el siguiente:

“DECRETO 1584 DE 2002

(Julio 31)

"Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 549 de 1999".

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial la que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

(...)

Artículo 5°. *Ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos. Para los efectos del numeral 9 del artículo 2° de la Ley 549 de 1999 se entiende por ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos todos los ingresos corrientes de los departamentos o la porción de los mismos que no hayan sido asignados por la Constitución, la ley o las ordenanzas departamentales a una finalidad específica antes de la entrada en vigencia de la Ley 549 de 1999”.*

Respecto de las normas violadas y el concepto de la violación dijo:

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY 549 DE 1999

La Ley 549 de 1999 estableció la fuente de los recursos que los Departamentos deben destinar al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, en adelante FONPET. Por lo tanto, no le es dable al Gobierno apelar a su facultad reglamentaria para desbordar el mandato del legislador y hacer más gravosa la situación de los entes territoriales.

- Naturaleza de los aportes de los entes territoriales al FONPET

El legislador fijó los recursos que se aportan al FONPET, con sujeción al orden constitucional. En consecuencia, dicha normativa debe interpretarse de acuerdo a su tenor literal, sin que haya lugar a interpretaciones laxas o analógicas.

Las fuentes de financiamiento del pasivo pensional se dividen en nacionales y territoriales, fuentes que a su vez son de aplicación exceptiva y especial. De tal manera que estos recursos solamente pueden ser afectados *“una vez para el recaudo del FONPET, en las estrictas fronteras de la ley, a pesar de que puedan tener una doble naturaleza gravable, todo por motivos de congruencia con la realidad financiera de las entidades, respecto de la autonomía fiscal y su capacidad de inversión.”*

- Violación del numeral 8° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999

De la lectura del párrafo 1° del artículo 3° de la Ley 617 de 2000, se tiene que es ingreso corriente de libre disposición todo aquel que no se encuentre comprometido o afecto a determinado gasto o fin de la entidad territorial. Como el ingreso por el impuesto de registro carece de destinación específica, para efectos del tenor literal de la norma en comento, debe reputarse como un ingreso corriente de libre disposición.

Según el numeral 8° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999 los entes territoriales deben aportar al FONPET a partir del 1° de enero de 2001 el veinte (20%) por ciento del producto del impuesto de registro. Así, esta renta departamental de libre disposición, se afecta en un porcentaje mayor al previsto para los demás ingresos de libre destinación, que se estableció en un diez por ciento (10%).

La correcta interpretación de los numerales 8° y 9° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999, debe ser: *“el diez por ciento (10%) de los ingresos de libre destinación de los Departamentos debe liquidarse sobre las rentas de cada departamento que no hayan sido asignadas por la Constitución, la ley o las ordenanzas departamentales a una finalidad específica, con excepción del impuesto de registro que debe excluirse de esta base, por tratarse de una renta que está llamada a contribuir al FONPET únicamente con el veinte por ciento (20%) de su monto, por mandato especial del numeral 8° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999.”*

A esta conclusión se llega apelando al criterio de especialidad de las leyes, y adoptando una interpretación sistemática de la ley, que no permite que el numeral 9º del artículo 2º de la Ley 549 de 1999 se aplique sin considerar el alcance del numeral 8º *ibídem*.

Si se acude al artículo 27 del Código Civil, según el cual, para interpretar una expresión oscura de la ley, se puede recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en la historia fidedigna de su establecimiento, se llega a la conclusión de que el precepto acusado es nulo, toda vez que al considerarse al impuesto de registro como un ingreso corriente de libre destinación en los términos del artículo 2º numeral 9º de la Ley 549 de 1999, se quebranta el querer del legislador, por cuanto éste buscó conciliar la realidad financiera de las entidades territoriales con la carga del respectivo pasivo pensional; esta afirmación encuentra respaldo en el proceso de formación de la ley, toda vez que el Senado modificó el porcentaje del impuesto de registro pasando del 30 % del proyecto del Gobierno al 20 % (Gacetas del Congreso Nos. 492 y 537 del 30 de noviembre y 10 de diciembre de 1999).

II) OPOSICIÓN

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones del actor con los siguientes argumentos:

El cargo de nulidad de violación directa de la Ley 549 de 1999 está fundado en una interpretación de la norma acusada y de las disposiciones legales aplicables, que no se puede inferir de la simple lectura de la disposición objeto de estudio. La acción de nulidad versaría sobre una tesis hermenéutica y no sobre una norma reglamentaria, lo que desborda el alcance de las sentencias de nulidad en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Además, el Decreto 1584 de 2002 fue expedido en desarrollo de la Ley 549 de 1999 y en vigencia de la Ley 617 de 2000, que establece la forma en que deben pagarse los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales, provisionarse el pasivo pensional y financiarse parcialmente la inversión pública.

El acto acusado utiliza como criterio de definición de los ingresos corrientes de libre destinación justamente el contenido del párrafo 1° del artículo 3° de la Ley 617 *ibídem*, norma de carácter orgánico, y en consecuencia, de obligatorio cumplimiento para el Gobierno e incluso para el legislador ordinario.

El decreto acusado refleja el sentido y alcance de la Ley 549 de 1999: realizar un ahorro obligatorio con cargo a los recursos de libre destinación de las entidades. Pero, además, reitera fielmente la definición de estos ingresos contenida en la norma orgánica de presupuesto que se encontraba vigente al momento de su expedición.

La Sala de Consulta y Servicio Civil en el Concepto 1933 C.P Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, ante la solicitud del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el procedimiento que debe emplearse para la estimación de los ingresos corrientes de libre destinación al FONPET, respondió que para la transferencia de recursos al FONPET por parte de los departamentos, de acuerdo con el numeral 9° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999, debe tenerse en cuenta el saldo del 80% del impuesto de registro que queda después de dar aplicación al numeral 8° de la misma disposición.

III) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y agregó lo siguiente:

La acción de nulidad se sustentó en que la norma reglamentaria (Decreto 1584 de 2010) violó directamente la Ley 549 de 1999, norma en la que debía fundarse, y no en una tesis hermenéutica como lo afirmó la parte demandada.

El acto acusado no guarda correspondencia con el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 617 de 2000. Al respecto puntualizó: “... *el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 617 de 2000 al entender por ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, permite afirmar que serían ingresos corrientes solo aquellos que no han sido destinados a un fin específico y, en caso de ser aplicado en cuanto a los aportes al FONPET generarían el efecto contrario a aquel que produce la norma demandada, pues, precisamente, permitiría la exclusión del saldo del impuesto de registro de la base para liquidación del diez por ciento (10%) de los ingresos corrientes que deben ser aportados al FONPET, por existir una disposición que ha establecido solamente un porcentaje del veinte por ciento (20%) de dicho gravamen como aporte al FONPET.*” (sic)

Advirtió que el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado citado por la parte demandada no es vinculante. Además, dicha autoridad apeló a una rígida aplicación exegética del artículo 2° numeral 9° de la Ley 549 de 1999, y dejó de lado los demás criterios de interpretación de la ley.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda

El Ministerio Público rindió concepto en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta que el aporte de los departamentos al FONPET relacionado con el impuesto de registro está definido en el artículo 2° de la Ley 549 de 1999, el restante 80% de los recursos que por este concepto ingresan a los

departamentos, no debe formar parte de la base general para liquidar el 10% a que se refiere el numeral 9° del referido artículo 2°.

Citó apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C- 1187 de 2000, para concluir que de su lectura no es posible deducir, como lo pretende la parte demandante, que el producto del impuesto de registro, una vez hecho el aporte del 20% al FONPET, en los términos del numeral 8° del artículo 2° de la Ley reguladora, deba tenerse en cuenta para incluirlo en la base para liquidar el 10% al que se refiere el numeral 9° de la misma norma.

Tampoco es de recibo en el presente asunto, el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según el cual *“para la transferencia de recursos al FONPET por parte de los departamentos, de acuerdo al numeral 9° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999, debe tenerse en cuenta el saldo del 80% del impuesto de registro que queda después de dar aplicación al numeral 8° de la misma disposición”*, por cuanto a esta conclusión llegó la Sala con fundamento en la vigencia del artículo 5° del Decreto 1584 de 2002, norma cuya legalidad se analiza en este asunto.

El artículo 5° del Decreto 1584 de 2002 violó los preceptos legales invocados por el actor, pues va más allá del espíritu de la ley al imponer a los departamentos un aporte al FONPET mayor al 20% del producto del impuesto de registro establecido por el legislador.

IV) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a pronunciarse sobre la legalidad del artículo 5° del Decreto 1584 del 31 de julio de 2002, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 549 de 1999.

Se debe determinar si el Ejecutivo desbordó la facultad reglamentaria al expedir el artículo 5° del Decreto 1584 de 2002, norma que define para los efectos del numeral 9° del artículo 2° de la Ley 549 de 1999 como ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos todos sus ingresos corrientes o la porción de los mismos que no hayan sido asignados por la Constitución, la ley o las ordenanzas departamentales a una finalidad específica antes de la entrada en vigencia de la Ley 549 de 1999.

El artículo 189-11 de la C.P. es el fundamento de la potestad reglamentaria, según la cual el Ejecutivo está revestido de la facultad para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. Esta competencia, por ende, está dirigida a determinar reglas específicas para que los distintos organismos del Estado cumplan adecuadamente con las disposiciones legislativas.

Esta facultad está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que al reglamentar no es dado ampliar, restringir o modificar el contenido legal, es decir, las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva, y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella. El ejercicio del poder reglamentario obliga al Gobierno a desarrollar no solo el texto de la ley, sino también su contenido implícito, su finalidad específica, para que cumpla de la mejor manera con sus objetivos.

Ahora bien, en uso de la potestad reglamentaria (numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política), el ejecutivo expidió el Decreto 1584 de 2002, reglamentario de la Ley 549 de 1999, 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.

Para la Sala, con la expedición de la norma acusada el ejecutivo no excedió su facultad reglamentaria por las siguientes razones:

La Ley 549 de 1999 tuvo como fin atender uno de los problemas fiscales más graves que ha afrontado el país, el endeudamiento por pasivos pensionales de las

entidades territoriales. En los antecedentes legislativos que dieron origen a esta norma se dijo:

“(...) la gran mayoría de las entidades territoriales no ha constituido reservas suficientes porque le han dado prioridad a la atención de toda clase de pagos inmediatos, sin tener en cuenta las graves consecuencias que genera el olvidar la necesidad de ahorrar para atender pasivos pensionales.

(...)La inexistencia de reservas, la insuficiente asignación de recursos presupuestales y el elevado número de pensionados ha dado lugar a que muchas entidades territoriales hayan dejado de pagar oportunamente sus mesadas pensionales.

(...) Esta situación no solo afecta la estabilidad y viabilidad de las entidades territoriales, sino que además atenta contra los derechos fundamentales de los trabajadores y pensionados de las entidades territoriales, quienes ven en peligro el pago de sus derechos pensionales.

(...)Con el fin de asegurar el adecuado financiamiento y pago de los pasivos pensionales, el proyecto de Ley prevé la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en el cual cada una de las entidades territoriales tendrán cuentas individuales en las que se conservarán los recursos destinados a pagar los pasivos pensionales de las entidades territoriales y sus descentralizadas.

Para financiar las cuentas de las diferentes entidades el proyecto establece la obligación para las entidades territoriales de destinar una serie de recursos, a los que agrega la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a financiar el pasivo pensional.

De esta manera se realiza un esfuerzo conjunto entre las entidades territoriales y la Nación para resolver esta crisis estructural, asegurando el futuro de las entidades territoriales, los derechos de los pensionados y la estabilidad de la misma Nación.

(...) Es importante insistir en que la obligación de destinar rentas territoriales no implica que las entidades territoriales se vean privadas de la propiedad de sus recursos, sino que se impone una obligación de ahorro para atender obligaciones a cargo de las mismas entidades; por ello los recursos correspondientes se mantendrán en las cuentas de cada una de ellas..”¹

El artículo 2º de la Ley 549 de 1999 señaló cuáles son los recursos con los que concurren la Nación y los entes territoriales para financiar el pasivo pensional:

¹ (FI 77) – Gaceta del Congreso- Ponencia para segundo debate al proyecto de Ley No. 62 de 1999 senado, 181 de 1999 Cámara.

"Artículo 2°. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos:

1. Los nuevos recursos que sean transferidos a los departamentos y distritos por concepto de situado fiscal originado en los recursos recaudados por razón del impuesto a las transacciones financieras a que se refiere el artículo 117 de la ley del Plan de Desarrollo, los cuales se destinarán a atender pasivos pensionales territoriales de las áreas de salud y educación, y se repartirán entre dichas áreas y entre departamentos y distritos, en la misma proporción en que se distribuya entre los sectores y entidades mencionadas el situado fiscal en el respectivo año.

2. Los que se produzcan por razón del incremento porcentual en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, que se realice a partir del año 2000, incluido este último, de acuerdo con el parágrafo del artículo 357 de la Constitución Política, que se distribuirá entre las cuentas de las entidades territoriales en la misma forma en que se distribuyan las participaciones en los ingresos de la Nación.

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.

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.

5. Un monto equivalente al diez por ciento (10%) de los recursos que los particulares inviertan en entidades con participación accionaria mayoritaria de la Nación a título de capitalización, en los términos del artículo 132 del Plan Nacional de Desarrollo.

De igual forma se incluirá un equivalente al diez por ciento (10%) de los recursos que los particulares invirtieron en entidades con participación mayoritaria de la Nación en capitalizaciones en empresas públicas eléctricas en los últimos tres años anteriores a la vigencia de esta ley.

Estos recursos se incorporarán en el Presupuesto General de la Nación de la siguiente manera:

a) Cuando se trate de capitalizaciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 508 de 1999, se distribuirá entre los presupuestos de la Nación correspondientes a las tres vigencias fiscales posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley;

b) Cuando se trate de capitalizaciones posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 508, se distribuirán entre los presupuestos de la Nación correspondientes a las tres vigencias fiscales siguientes a la capitalización.

6. A partir del 1° de enero del año 2000, el veinte por ciento (20%) de los bienes cuyo dominio se extinga a favor de la Nación, en virtud de la aplicación de la Ley 333 de 1997 y las normas que la complementen o adicionen. Dichos bienes continuarán siendo administrados por las autoridades previstas en las disposiciones vigentes, con la participación del Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, y deberán ser enajenados para que con su producto y el de su administración se incremente el valor del Fondo.

7. A partir del 1° de enero del año 2000, el 15% de los ingresos producto de la enajenación al sector privado de acciones o activos de las entidades territoriales.

8. A partir del 1° de enero del año 2001, el 20% del producto del impuesto de registro.

9. A partir del año 2001, el 5% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento. Dicho porcentaje se incrementará anualmente en un punto porcentual, de tal manera que a partir del año 2006, inclusive, se destine al Fondo el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial.

10. Los ingresos que se obtengan por la explotación del Loto Único Nacional, el cual organizará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Dichos recursos se destinarán a atender el pasivo pensional del sector salud en las entidades territoriales. Inicialmente los recursos tendrán por objeto cubrir la responsabilidad de financiamiento de dicho pasivo prevista en la ley 60 de 1993, para lo cual la asignación de los recursos se distribuirá entre la Nación y las entidades territoriales en la misma proporción en que deben financiarse estos pasivos pensionales, prevista por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y las disposiciones que la adicionen o reformen. Una vez cubierta la responsabilidad de financiamiento compartida de acuerdo con la mencionada ley, el producto del Loto se destinará a financiar el resto del pasivo pensional del sector salud, de las entidades territoriales.

11. A partir del año 2001, el 70% del producto del impuesto de timbre nacional.

El legislador al establecer los recursos para la financiación de las pensiones a cargo de los entes territoriales dispuso que se destine a ese propósito el veinte por ciento (20%) del producto del impuesto de registro y el diez por ciento (10%) de los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Al señalar estos últimos no excluyó de esos ingresos ningún concepto.

En este orden de ideas, la definición que acogió el artículo 5° del Decreto 1584 de 2002 de *“Ingresos corrientes de libre destinación de los departamentos”* para que sean *“todos los ingresos”* que no hayan sido asignados a una finalidad específica, se ciñe a la norma que reglamenta, porque ésta no hizo distinción alguna.

Además, esta definición corresponde, en su esencia, a la noción de ingresos corrientes de libre destinación que acogió el artículo 3° 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 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”, norma que es del siguiente tenor:

“Artículo 3°. 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 prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas.

Parágrafo 1°. 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 administrativo 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.”

Así mismo, si se tiene en cuenta que la Ley 549 de 1999 buscó aunar recursos del orden nacional y territorial con el propósito de resolver la crisis estructural del pasivo pensional; permitir, como lo propone el actor, que se excluya el 80% del producto del impuesto de registro de los ingresos corrientes de libre destinación, iría en contra de una interpretación finalista, que es la más acorde con la norma superior y que salvaguarda los derechos fundamentales de los pensionados de las entidades territoriales.

Esta interpretación finalista fue la que acogió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en el Concepto 1933 del 26 de febrero de 2009², al responder la consulta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público “sobre el cálculo de los recursos con destino al Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET.” Al respecto puntualizó:

“En síntesis, es claro que el impuesto de registro es un ingreso tributario. De su recaudo el 20% va directamente al FONPET. El 80 % restante no tiene destinación específica, salvo las excepciones contempladas en el artículo 5º del decreto 1584 de 2002; por lo tanto, tal como lo disponen las normas transcritas, entra a formar parte de los ingresos corrientes de libre destinación.

² C.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo

En consecuencia, el cálculo del 10% a que hace referencia el numeral 9 del artículo 2º de la ley 549 de 1999, debe hacerse sobre la totalidad de los ingresos de libre destinación de la entidad territorial, que están definidos en el artículo 3º de la ley 617 de 2000, sin que se autorice por la ley hacer deducción alguna.

La anterior argumentación se refuerza con los antecedentes de la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional transcritas, según las cuales se buscaba con la ley 549 de 1999, los mayores ingresos posibles al Fonpet con el fin de garantizar las pensiones de las entidades territoriales, de manera que la interpretación que acaba de darse es la que mejor encaja en la finalidad querida por la ley.”

De otra parte, no es de recibo para la Sala, siguiendo lo afirmado por el demandante, la grave situación que se generaría para la entidad territorial al tener el 80% del impuesto de registro restante como ingreso corriente de libre destinación, porque en primer lugar, dicha afirmación no se encuentra demostrada y además, lo que se busca con la disposición de recursos para el FONPET es precisamente que la entidad supere el déficit en que se encuentra en relación con el pasivo pensional a su cargo, como se anotó en la exposición de motivos de la Ley 549 de 1999.

Como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-1187 de 2000, con la Ley 549 de 1999 se busca articular los intereses de la Nación con los de los entes territoriales. Al respecto dijo:

La Corte parte de la premisa constitucional, según la cual, la ley 549 de 1999 constituye un desarrollo técnico de los artículos constitucionales que gobiernan los principios de la descentralización administrativa dentro de un Estado Social de Derecho, vale decir, donde las competencias de los distintos entes territoriales en un Estado Unitario, son ejercidas bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, tal y como lo dispone el artículo 288 constitucional, para armonizar las complejas relaciones en que puede desenvolverse la vida institucional, económica y fiscal, así como la planeación entre la Nación y las entidades territoriales, bajo el entendido que los intereses territoriales son articulables y no enfrentados, como una premisa política en un Estado Unitario.

(...)

De todo lo anterior se deduce que, si bien es cierto que la Constitución de 1991 estructuró la autonomía de las entidades territoriales dentro del modelo moderno de la descentralización, en ningún momento se alejó del concepto de unidad que armoniza los intereses nacionales con los de las entidades territoriales, que se encuentran limitadas por las regulaciones de orden constitucional y legal en lo que respecta a la distribución y manejo de los recursos, que deben tener en cuenta aquellas pautas generales encaminadas a satisfacer las verdaderas necesidades de las regiones, departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas.”

Ahora, si bien es cierto que con los cambios introducidos al proyecto de ley que antecedió a la Ley 549 de 1999 se redujo el aporte al FONPET correspondiente al producto del impuesto de registro a un veinte (20%) por ciento (en el proyecto presentado originalmente por el Gobierno dicho porcentaje era del 30%), este no es un argumento válido para afirmar que del diez por ciento (10%), que definió la ley para destinar al FONPET de la partida ingresos corrientes de libre destinación, debía excluirse el ochenta por ciento (80%) del impuesto de registro.

Lo anterior, por cuanto, como se desprende de la exposición de motivos, la razón que fundamentó dicha decisión fue: *“Dichas reducciones tienen en consideración la difícil situación de las entidades territoriales y buscan conciliar su capacidad financiera con la necesidad de ahorro para pagar los pasivos pensionales.”*, es decir, se **disminuyó la partida con destinación específica**, en consideración a la situación económica de los entes territoriales, pero se siguió manteniendo en los ingresos corrientes de libre destinación el porcentaje con que concurrirían las entidades del orden departamental. El hecho de que el ochenta por ciento (80%) del producto del impuesto de registro forme parte de los ingresos corrientes de libre destinación, no significa que se esté imponiendo una carga adicional en la participación del ente territorial.

En consecuencia, el ejecutivo, al expedir el artículo 5º del Decreto 1584 de 2002 respetó los contenidos y criterios legales de carácter general prefijados por el legislador.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO