

ACTO GENERAL – Control jurisdiccional / NULIDAD DE ACTO GENERAL – Requisito: Existencia del acto / DEROGATORIA DE ACTO DE CONTENIDO GENERAL – Procede pronunciamiento sobre su legalidad o ilegalidad, pues la norma acusada estaba vigente al momento de impetrarse la demanda / TEORIA DE LA SUSTRACCION DE MATERIA – Sólo se configura cuando el acto administrativo no haya producido efecto alguno

En primer lugar debe señalar la Sala que no obstante que el Decreto demandado fue derogado por el Decreto 3771 del 1º de octubre de 2007, es preciso un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad, pues al momento de instaurarse la demanda en esta Corporación (16 de marzo de 2004) la norma acusada se encontraba vigente, ya que sólo vino a desaparecer de la vida jurídica el 30 de septiembre de 2007, por cuanto el Decreto 3771 de 2007, empezó a regir el 1º de octubre siguiente, día en que fue publicado en el Diario Oficial No. 46768, según lo dispuesto en el artículo 39. Ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación que cuando en el curso del proceso los actos de contenido general acusados son derogados, el juez debe pronunciarse sobre su legalidad o ilegalidad, pues sólo así se logra el propósito de mantener el orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, la que se recobra no con la derogatoria de la norma, sino con el pronunciamiento definitivo del juez contencioso, ya que es éste el que declara su conformidad o no con la normatividad jurídica y es dicho pronunciamiento el que puede incidir sobre los efectos que produjo la norma mientras estuvo vigente. También ha dicho que tal pronunciamiento de mérito sólo puede darse tratándose de actos de contenido general que existan al momento de presentarse la demanda, como quiera que la existencia del acto es presupuesto indispensable para demandar su nulidad; si falta entonces ese presupuesto procesal de la demanda, como es la existencia del acto administrativo, la decisión no puede ser sino inhibitoria, por sustracción de materia, situación que no acontece en la litis, pues la norma acusada sí estaba vigente al momento de impetrarse la demanda. En sentencia del 19 de septiembre de 2002, proferida dentro del proceso No. 255/00, con ponencia del Magistrado NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, esta Sección razonó de la siguiente manera: “(... De ahí que la llamada “sustracción de materia” en el derecho contencioso administrativo, solo se configura cuando el acto administrativo no haya producido efecto alguno, que no es este caso, puesto que la norma acusada sí los produjo a las pensiones de los congresistas desde el 12 de julio de 1993.”).

SEGURIDAD SOCIAL – Naturaleza jurídica / SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – Regímenes que lo constituyen / FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL – Naturaleza jurídica

En la Constitución Política de 1991, a diferencia de la Carta Política de 1886, la seguridad social es reconocida como un derecho inalienable, es así como el artículo 49 de la Constitución la define como un servicio público de carácter obligatorio que será prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Con base en este mandato constitucional se expidió la Ley 100 de 1993, la cual introduce un cambio estructural radical en materia del Sistema General de Pensiones. De conformidad con el artículo 12 de la citada Ley 100 de 1993, dos son los regímenes que constituyen el Sistema General de Pensiones: El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. El artículo 25 creó el Fondo de Solidaridad Pensional, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública y, preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario.

POTESTAD REGLAMENTARIA – Alcance y finalidad / LEYES – Necesidad de reglamentación

Es sabido que la potestad reglamentaria es instrumental y por ello limitada. Su ejercicio tiene como finalidad agregar los procedimientos, ordenes o circunstancias que permiten la cumplida ejecución de las leyes, pero no puede quien la ejerza, so pretexto de tal finalidad, introducir modificaciones a leyes preexistentes o adicionar las leyes sustantivas con situaciones no previstas por el legislador. "...el decreto que se expida en su ejercicio debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente esté comprendido en la ley y, por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. Lo contrario implica extralimitación de funciones y constituye una invasión en el campo propio del legislador." (Auto del 14 de junio de 1963. Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo. Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina, Diccionario Jurídico, Tomo III, páginas 439 y 440). Bien puede decirse, en principio, que toda norma legislativa que implique ejecución puede y debe reglamentarse, máxime si dicha norma compromete en su ejecución al órgano ejecutivo, pues en este caso la generalidad de la ley le impone a la administración la obligación de proveer a su debida ejecución. Ciertamente, si la ley en sí misma contiene todos los pormenores necesarios para su ejecución, no nace para el ejecutivo el imperativo del reglamento; pero si, en cambio, apenas fija pautas o directrices al gobierno, surge la necesidad de la reglamentación, máxime cuando la misma ley ha dejado en manos del Gobierno Nacional la precisión de determinados temas. De suerte que el Presidente de la República al ejercer la atribución conferida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política no puede exceder los lineamientos, ni el alcance de la ley que reglamenta, so pena de incurrir en abuso de atribuciones, circunstancia que hace anulable el precepto reglamentario.

POTESTAD REGLAMENTARIA – Extralimitación al exigir requisitos para ser beneficiario de los subsidios de la subcuenta de solidaridad / BENEFICIARIOS DEL SUBSIDIO DE LA SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD – Exceso en la potestad reglamentaria al exigir un mínimo de semanas cotizadas / FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL – Exceso de la facultad reglamentaria al fijar mínimo de semanas cotizadas para obtener el subsidio / SUBSIDIO DE LA SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD – Extralimitación de la potestad reglamentaria al exigir mínimo de semanas cotizadas / EXTRALIMITACION DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Fijación de requisitos para obtener subsidio / NULIDAD DEL DECRETO 569 DE 2004 ARTICULO 9, NUMERAL 1 – Procedente por extralimitación de la facultad reglamentaria

En ejercicio de la facultad extraordinaria otorgada al Presidente de la República se expidió el Decreto 569 de 2004, por el cual se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional, cuyo artículo 9º señaló: (...). Según el demandante el aparte demandado contradice directamente el mandato de la ley porque el reglamento desbordó la potestad reglamentaria al exigir requisitos no señalados en la ley, ya que ésta en parte alguna señala que para ser beneficiario del subsidio de la subcuenta de solidaridad se tenga un mínimo de semanas cotizadas. Esta Corporación ha reiterado que la facultad reglamentaria del Gobierno no se agota por la sola existencia de normas legales que regulan determinada actividad, ya que es la esencia del reglamento propender por la cumplida ejecución de las leyes y es por esa razón que bien puede el ejecutivo dictar las medidas necesarias para la cumplida ejecución del mandato legal. En el caso sub judice al confrontar el texto de la norma reglamentada y la norma reglamentaria, se advierte que ésta estableció un requisito para hacerse acreedor al subsidio de la subcuenta de solidaridad no contemplado en el contenido implícito o explícito de aquélla, con lo cual se rebasa la potestad reglamentaria. En efecto, no existe motivo válido para establecer un mínimo de semanas de cotización, pues la intención del legislador al crear el Fondo de Solidaridad Pensional fue ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad

social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados. Por ello no resulta razonable que el decreto reglamentario exija requisitos adicionales, cuando la única condición establecida en la ley es la edad mínima requerida para beneficiarse con el subsidio. La disposición reglamentada, tal como se encuentra redactada, podía ser ejecutada sin necesidad de reglamentación alguna, ya que prescribió de manera expresa los requisitos y el procedimiento para acceder al mencionado subsidio; y aún cuando el decreto 569 de 2004 se expidió por la necesidad de reglamentar la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional y en especial los mecanismos de financiación del programa de auxilios para ancianos indigentes, el Gobierno fue más allá y fijó un requisito adicional para ser beneficiario de la subcuenta de solidaridad, no contemplado y ni siquiera sugerido por la ley. Las razones expuestas son suficientes para acceder a las súplicas de la demanda impetrada, razón por la cual se declarará la nulidad del numeral 1º del artículo 9º del Decreto 569 del 26 de febrero de 2004.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA**

Consejero Ponente: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007)

Radicación No. 11001 03 25 000 2004 00042 01 (0476-2004)

Decretos del Gobierno

Actor: CARLOS ARTURO HURTADO VELEZ

1.- El señor CARLOS ARTURO HURTADO VELEZ, en su condición de abogado titulado, en ejercicio de la **acción pública de nulidad** consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicita a esta Corporación se declare la nulidad parcial del Decreto 569 del 26 de febrero de

2004, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentó la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional creado por la Ley 100 de 1993.

2. El texto de la disposición demandada es el siguiente:

Artículo 9°. Requisitos para ser beneficiario de los subsidios de la subcuenta de solidaridad. Son requisitos para ser beneficiarios de los subsidios de la subcuenta de solidaridad:

1. Tener cotizaciones por seiscientos cincuenta (650) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del Régimen al que pertenezcan.

(...). (texto resaltado en negrilla es la disposición acusada).

3.- Alega el demandante que el decreto reglamentario introdujo un requisito adicional no contemplado ni por la ley 100 de 1993 ni por la ley 797 de 2003, que consiste en acreditar el potencial usuario, seiscientos cincuenta semanas cotizadas al sistema pensional, independientemente del régimen al cual se pertenezca, exigencia extraña que no dispuso el legislador pero que fue incluida por el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria, con extralimitación de la intención del legislador.

4.- La demanda fue contestada por el Ministerio de la Protección Social, por conducto de apoderado, quien se opuso a las pretensiones del libelo.

Manifestó que el Gobierno Nacional mediante el decreto acusado se limitó a darle vida práctica al parágrafo 1º del artículo 8º de la ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 27 de la ley 100 de 1993. Agregó que la razón de ser del

numeral 1º del artículo 9º descansa en la necesidad de hacer eficaz, activa, plenamente operante, detallado y comprensivo su cumplimiento, respetando la letra y el espíritu de la precitada disposición que establece las fuentes de financiación del Fondo de Solidaridad Pensional.

Adujo que resulta difícil precisar a primera vista hasta dónde llega la facultad del legislador para que empiece la del reglamento; que sin embargo esa dificultad desaparece si se tienen en cuenta, conforme a nuestra legislación, los fines de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que constituye una fuente de producción normativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece los medios necesarios para el cumplimiento del mandato legislativo. La facultad reglamentaria consiste precisamente en regular los pormenores de la ejecución de la ley.

Concluyó que el decreto reglamentario del fondo de solidaridad pensional introdujo el requisito de semanas cotizadas previas para acceder al subsidio, con el ánimo de mejorar la probabilidad de “pensionamiento”, teniendo en cuenta que se trata de personas próximas a acceder a una pensión y que ya han realizado un esfuerzo importante para lograrlo.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación solicita que se despachen en forma favorable las pretensiones de la demanda. Manifiesta que la facultad del Presidente de la República para reglamentar la ley

está dada por el artículo 189, numeral 11, de la C.P. y con base en dicha prerrogativa el ejecutivo puede expedir decretos con el único fin de agilizar los mecanismos correspondientes para la debida ejecución u operatividad de la ley reglamentada, pero no puede, so pretexto de hacer más expedita la norma reglamentada, ir más allá de lo previsto en la norma constitucional, como ocurrió en el caso sub lite, donde se observa con meridiana claridad que se extralimitó en dicho ejercicio, por cuanto no se ajustó a lo dicho en los considerandos del acto acusado, en cuanto a señalar los lineamientos necesarios para la debida administración y funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional, sino que estableció unos requisitos adicionales no contemplados en la ley.

Agotado el trámite procesal, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En primer lugar debe señalar la Sala que no obstante que el Decreto demandado fue derogado por el Decreto 3771 del 1º de octubre de 2007, es preciso un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad, pues al momento de instaurarse la demanda en esta Corporación (16 de marzo de 2004) la norma acusada se encontraba vigente, ya que sólo vino a desaparecer de la vida jurídica el 30 de septiembre de 2007, por cuanto el Decreto 3771 de 2007, empezó a regir el 1º de octubre siguiente, día en que fue publicado en el Diario Oficial No. 46768, según lo dispuesto en el artículo 39:

“Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, y deroga los Decretos 1127 de 1994, 1858 de 1995, 569 de 2004 y las demás normas que le sean contrarias”.

Ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación que cuando en el curso del proceso los actos de contenido general acusados son derogados, el juez debe pronunciarse sobre su legalidad o ilegalidad, pues sólo así se logra el propósito de mantener el orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, la que se recobra no con la derogatoria de la norma, sino con el pronunciamiento definitivo del juez contencioso, ya que es éste el que declara su conformidad o no con la normatividad jurídica y es dicho pronunciamiento el que puede incidir sobre los efectos que produjo la norma mientras estuvo vigente.

También ha dicho que tal pronunciamiento de mérito sólo puede darse tratándose de actos de contenido general que existan al momento de presentarse la demanda, como quiera que la existencia del acto es presupuesto indispensable para demandar su nulidad; si falta entonces ese presupuesto procesal de la demanda, como es la existencia del acto administrativo, la decisión no puede ser sino inhibitoria, por sustracción de materia, situación que no acontece en la litis, pues la norma acusada sí estaba vigente al momento de impetrarse la demanda.

En sentencia del 19 de septiembre de 2002, proferida dentro del proceso No. 255/00, con ponencia del Magistrado NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, esta Sección razonó de la siguiente manera:

"1. A juicio de la Sala no les asiste razón al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio Público, quienes estiman que la norma acusada fue derogada por la ley 100 de 1993 y en tales condiciones no puede ser objeto de impugnación, por las siguientes razones: primero, porque el decreto 1359 de 1993, como toda norma jurídica, aun después de ser derogada, produce efectos respecto de las situaciones que se consumaron bajo su vigencia, precisamente porque las normas posteriores por no tener efectos retroactivos no pueden gobernar situaciones pasadas; además, por mandato del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a las personas que se encuentran bajo sus previsiones, se les aplican las normas anteriores a ella, en este caso a los congresistas y los presuntos beneficiarios de derechos pensionales sometidos al régimen de transición, y porque aunque haya dejado de producir efectos hacia el futuro, vale decir, que hubiera sido derogada, la nulidad de los actos administrativos es eficaz ex tunc, desde entonces, desde la expedición del acto.

De ahí que la llamada "sustracción de materia" en el derecho contencioso administrativo, solo se configura cuando el acto administrativo no haya producido efecto alguno, que no es este caso, puesto que la norma acusada sí los produjo a las pensiones de los congresistas desde el 12 de julio de 1993."

Precisado lo anterior, la Sala estudiará el fondo del asunto.

Un cargo, en esencia, le endilga el demandante al decreto acusado: violación de la ley por exceso en la potestad reglamentaria, por exigir la norma requisitos no contemplados en la ley.

En la Constitución Política de 1991, a diferencia de la Carta Política de 1886, la seguridad social es reconocida como un derecho inalienable, es así como el artículo 49 de la Constitución la define como un servicio público de carácter obligatorio que será prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

Con base en este mandato constitucional se expidió la Ley 100 de 1993, la cual introduce un cambio estructural radical en materia del Sistema General de Pensiones.

De conformidad con el artículo 12 de la citada Ley 100 de 1993, dos son los regímenes que constituyen el Sistema General de Pensiones: El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El artículo 25 creó el **Fondo de Solidaridad Pensional**, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública y, preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario.

El PARÁGRAFO de la citada norma dispuso:

“El Gobierno Nacional reglamentará la administración, el funcionamiento y la destinación de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley”.

El artículo 26 señaló:

Objeto del Fondo. El Fondo de Solidaridad Pensional tiene por objeto subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y

sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

El subsidio se concederá parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización. El Gobierno Nacional reglamentará la proporción del subsidio de que trata este inciso.

Los beneficiarios de estos subsidios podrán escoger entre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero en el evento de seleccionar esta última opción, sólo podrán afiliarse a fondos que administren las sociedades administradoras que pertenezcan al sector social solidario, siempre y cuando su rentabilidad real sea por lo menos igual al promedio de los demás fondos de pensiones de conformidad con lo establecido en la presente ley.

Para hacerse acreedor al subsidio el trabajador deberá acreditar su condición de afiliado del Régimen General de Seguridad Social en Salud, y pagar la porción del aporte que allí le corresponda.

Estos subsidios se otorgan a partir del 1o. de enero de 1.995.

PARÁGRAFO. No podrán ser beneficiarios de este subsidio los trabajadores que tengan una cuenta de ahorro pensional voluntario de que trata la presente ley, ni aquellos a quienes se les compruebe que pueden pagar la totalidad del aporte.

Por su parte el artículo 27, modificado por el artículo 8 de la Ley 797 de 2003, estableció:

“Recursos. El fondo de solidaridad pensional tendrá las siguientes fuentes de recursos:

1. Subcuenta de solidaridad

- a) El cincuenta por ciento (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;
- b) Los recursos que aporten las entidades territoriales para planes de extensión de cobertura en sus respectivos territorios, o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados;

- c) Las donaciones que reciba, los rendimientos financieros de sus recursos, y en general los demás recursos que reciba a cualquier título, y
- d) Las multas a que se refieren los artículos 111 y 271 de la Ley 100 de 1993.

2. Subcuenta de Subsistencia

- a) Los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional de que trata la presente ley;
- b) El cincuenta (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes;
- c) Los aportes del presupuesto nacional. Estos no podrán ser inferiores a los recaudados anualmente por los conceptos enumerados en los literales a) y b) anteriores, y se liquidarán con base en lo reportado por el fondo en la vigencia del año inmediatamente anterior, actualizados con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE;
- d) Los pensionados que devenguen una mesada superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta veinte (20) contribuirán para el Fondo de Solidaridad Pensional para la subcuenta de subsistencia en un 1%, y los que devenguen más de veinte (20) salarios mínimos contribuirán en un 2% para la misma cuenta.

PARÁGRAFO 1o. Para ser beneficiario del subsidio a los aportes, los afiliados al ISS, deberán ser mayores de 55 años y los vinculados a los fondos de pensiones deberán ser mayores de 58, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima.

PARÁGRAFO 2o. Cuando quiera que los recursos que se asignan a la subcuenta de solidaridad no sean suficientes para atender los subsidios que hayan sido otorgados a la entrada en vigencia de esta ley, se destinará el porcentaje adicional que sea necesario de la cotización del uno por ciento que deben realizar quienes tengan ingresos iguales o superiores a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales”.

En ejercicio de la facultad extraordinaria otorgada al Presidente de la República se expidió el Decreto 569 de 2004, por el cual se reglamenta la

administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional, cuyo artículo 9º señaló:

“Requisitos para ser beneficiario de los subsidios de la subcuenta de solidaridad. Son requisitos para ser beneficiarios de los subsidios de la subcuenta de solidaridad:

1. Tener cotizaciones por seiscientos cincuenta (650) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del Régimen al que pertenezcan.

2. Ser mayores de 55 años si se encuentran afiliados al ISS.

3. Ser mayores de 58 años si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima.

Parágrafo. Los beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional afiliados antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003, con edad inferior a la prevista en el presente artículo, continuarán recibiendo el subsidio en las mismas condiciones y durante el tiempo que se les había establecido antes de entrar en vigencia la citada ley, siempre y cuando no incurran en causal de pérdida del subsidio”.

Según el demandante el aparte demandado contradice directamente el mandato de la ley porque el reglamento desbordó la potestad reglamentaria al exigir requisitos no señalados en la ley, ya que ésta en parte alguna señala que para ser beneficiario del subsidio de la subcuenta de solidaridad se tenga un mínimo de semanas cotizadas.

Esta Corporación ha reiterado que la facultad reglamentaria del Gobierno no se agota por la sola existencia de normas legales que regulan determinada actividad, ya que es la esencia del reglamento propender por la cumplida ejecución de las leyes y es por esa razón que bien puede el ejecutivo dictar las medidas necesarias para la cumplida ejecución del mandato legal.

Es de anotar que la potestad reglamentaria que tiene el Presidente de la República es de raigambre constitucional; por ello, el artículo 189 – 11 dispone:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa:

....

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los Decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Es sabido que la potestad reglamentaria es instrumental y por ello limitada. Su ejercicio tiene como finalidad agregar los procedimientos, ordenes o circunstancias que permiten la cumplida ejecución de las leyes, pero no puede quien la ejerza, so pretexto de tal finalidad, introducir modificaciones a leyes preexistentes o adicionar las leyes sustantivas con situaciones no previstas por el legislador. “...el decreto que se expida en su ejercicio debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente esté comprendido en la ley y, por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. Lo contrario implica extralimitación de funciones y constituye una invasión en el campo propio del legislador.” (Auto del 14 de junio de 1963. Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo. Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina, Diccionario Jurídico, Tomo III, páginas 439 y 440).

Bien puede decirse, en principio, que toda norma legislativa que implique ejecución puede y debe reglamentarse, máxime si dicha norma compromete en su ejecución al órgano ejecutivo, pues en este caso la generalidad de la ley le impone a la administración la obligación de proveer a su debida ejecución. Ciertamente, si la ley en sí misma contiene todos los pormenores necesarios para su ejecución, no nace para el ejecutivo el imperativo del reglamento; pero si, en cambio, apenas fija pautas o directrices al gobierno, surge la necesidad de la reglamentación, máxime cuando la misma

ley ha dejado en manos del Gobierno Nacional la precisión de determinados temas.

De suerte que el Presidente de la República al ejercer la atribución conferida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política no puede exceder los lineamientos, ni el alcance de la ley que reglamenta, so pena de incurrir en abuso de atribuciones, circunstancia que hace anulable el precepto reglamentario.

En el caso sub judice al confrontar el texto de la norma reglamentada y la norma reglamentaria, se advierte que ésta estableció un requisito para hacerse acreedor al subsidio de la subcuenta de solidaridad no contemplado en el contenido implícito o explícito de aquélla, con lo cual se rebasa la potestad reglamentaria.

En efecto, no existe motivo válido para establecer un mínimo de semanas de cotización, pues la intención del legislador al crear el Fondo de Solidaridad Pensional fue ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados. Por ello no resulta razonable que el decreto reglamentario exija requisitos adicionales, cuando la única condición establecida en la ley es la edad mínima requerida para beneficiarse con el subsidio.

La disposición reglamentada, tal como se encuentra redactada, podía ser ejecutada sin necesidad de reglamentación alguna, ya que prescribió de manera expresa los requisitos y el procedimiento para acceder al mencionado subsidio; y aún cuando el decreto 569 de 2004 se expidió por la necesidad de reglamentar la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional y en especial los mecanismos de financiación del programa de auxilios para ancianos indigentes, el Gobierno fue más allá y fijó un requisito adicional para ser beneficiario de la subcuenta de solidaridad, no contemplado y ni siquiera sugerido por la ley.

Tal como lo señala el señor Agente del Ministerio Público, es claro que el Gobierno Nacional al determinar un nuevo requisito, confundió la potestad específica de reglamentar la ley con la genérica y amplia facultad de expedir actos administrativos de carácter general.

Las razones expuestas son suficientes para acceder a las súplicas de la demanda impetrada, razón por la cual se declarará la nulidad del numeral 1º del artículo 9º del Decreto 569 del 26 de febrero de 2004.

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

FALLA

DECLÁRASE LA NULIDAD del numeral 1º del artículo 9º del Decreto 569 del 26 de febrero de 2004, expedido por el Gobierno Nacional.

Archívese el expediente.

CÓPIESE , NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE y CUMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCIA

JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

Rad. No. 11001 03 25 000 2004 00042 01 (0476-2004). Actor: CARLOS ARTURO HURTADO VELEZ