

AMORTIZACION Y PAGO DEL CALCULO ACTUARIAL POR EMPRESAS PRIVADAS DE AVIACION AL REGIMEN PRIVADO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Facultad Reglamentaria. Unidad de materia

La Sala no observa el desbordamiento del decreto acusado, 2210 de 2004, porque, si bien, esta regla contiene especificidades no contempladas en la ley reglamentada, como son el pago anticipado, la forma como debe pagarse, su imputación contable y la prelación del crédito en caso de disolución de las empresas responsables del pago del cálculo actuarial, tal regulación está referida al mismo tema, la amortización y pago del cálculo actuarial de pensionados, es decir, se ciñe en un todo a la materia regulada. Así las cosas, los cargos formulados tendientes a la anulación de la totalidad del Decreto acusado deben desestimarse, se repite, porque las normas fueron proferidas bajo las competencias otorgadas al Presidente de la República y dentro del marco regulatorio, a él deferido conforme al artículo 189-11 de la Carta Política

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004 (8 DE JULIO) – GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

PAGO DEL CALCULO ACTUARIAL POR EMPRESAS PRIVADAS DE AVIACION AL REGIMEN PRIVADO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Pago total. Procedencia

En cuanto a los demás cargos de anulación propuestos, en contra del artículo 1º., que corresponden a las expresiones “podrán”, “la totalidad del valor”, y, “en forma anticipada frente a los plazos previstos por dicha disposición legal” y del artículo 3º, la expresión “anticipado”, del Decreto 2210 de 2004, que le otorgan la potestad a las Cajas, Fondos o Entidades de Seguridad Social del Sector Privado, encargados de la administración del Régimen de Prima Media con prestación definida, de recibir la totalidad del valor del cálculo actuarial de manera anticipada, y para estos fines fija las condiciones en que se puede realizar dicha transferencia. Para la Sala, no existe un desbordamiento del ejecutivo al autorizar, de manera potestativa, que el cálculo actuarial, que es la masa de dineros requeridos para el pago de las obligaciones pensionales contraídas por las empresas, se sufrague de manera anticipada. Autorizado por el legislador el pago o transferencia, de manera gradual de las obligaciones pensionales a cargo de la entidad administradora del régimen de transición de los aviadores civiles definido en el Decreto 1282 de 1994, lo mismo que del régimen de pensiones especiales transitorias contenido en el artículo 6 de dicho decreto, esto es, la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, ACDAC, denominada "CAXDAC" (artículo 3º de la Ley 860 de 2003), a las administradoras generales de pensiones, así sea de manera gradual, también resultaba procedente el pago del cálculo actuarial de forma total.

CALCULO ACTUARIAL POR EMPRESAS PRIVADAS DE AVIACION AL REGIMEN PRIVADO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Pago total al momento de su liquidación

En criterio de la Sala la situación anómala de disolución de la empresa encargada de trasladar el cálculo actuarial, está dentro de las potestades reglamentarias del Gobierno Nacional, pues, regla la misma materia, el traslado de los dineros necesarios para la pensión de los afiliados a CAXDAC al régimen general de pensiones, bajo la modalidad de prima media definida, es decir, no está usurpando

las funciones del legislador señaladas como violadas por los demandantes previstas en el artículo 150, numerales 12 y 19, de la Carta Política. Esta hipótesis no prevista por el legislador se justifica, como también se indicó al momento de resolver las suspensiones provisionales porque “resulta razonable que una empresa en disolución deba sufragar el costo del cálculo actuarial dentro del proceso de liquidación y no esperar los plazos normales porque en este último evento se corre un mayor riesgo de que la obligación quede insoluble y, por consiguiente, desprotegidos, en mayor proporción, los derechos pensionales que garantizan las transferencias financieras que se deben efectuar por ese concepto.”.

FUENTE FORMAL: LEY 860 DE 2003 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 154 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 19

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004 (8 DE JULIO) – GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00223-01(4649-04); 11001-03-25-000-2005-00076-00(3216-05)

Actor: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ; FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

DECRETO DEL GOBIERNO.- **ACUMULADO**

Procede la Sala a dictar sentencia en la Acción Pública de Nulidad formulada por el ciudadano Luis Javier Moreno Ortiz y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia cuya acumulación fue concedida por auto del 31 de mayo de 2006 (Folio 85), quienes solicitaron la nulidad del Decreto 2210 de 2004 expedido por el Presidente de la República, y suscrito por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social que reglamentó parcialmente el artículo 3 de la Ley 860 de 2003.

DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad el ciudadano Luís Javier Moreno Ortiz y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, presentaron demanda contra la totalidad del Decreto 2210 de 2004 expedido por el Gobierno Nacional que reglamentó parcialmente el artículo 3 de la Ley 860 de 2003 y, subsidiariamente, solicitaron la nulidad parcial de las expresiones que más adelante se precisarán de los artículos 1, 3 y 5 del Decreto 2210 de 2004 (Folios 2 a 18) (Folios 23 a 48).

Al fundamentar fácticamente la pretensión de nulidad, el ciudadano Luís Javier Moreno Ortiz expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

La Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, CAXDAC, fue creada por el Decreto Legislativo 1015 de 1956 y Ley 32 de 1961 para Administrar las pensiones y otras prestaciones de los aviadores civiles.

Este mandato legal se hizo efectivo en virtud de una subrogación de las obligaciones pensionales a cargo de las Empresas Nacionales de Transporte Aéreo pero, las empresas beneficiarias con esta subrogación debían contribuir a la financiación de CAXDAC.

Estas contribuciones tenían carácter parafiscal y no podían ser tenidas como pagos de obligaciones pensionales, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional. Además, se concebían como pagos mensuales de aportes calculados sobre liquidaciones que CAXDAC presentaba a la Aeronáutica Civil.

El Decreto 60 de 1973, reglamentario de la Ley 32 de 1961, determinó que el Gobierno fijaría anualmente el aporte que correspondía pagar a las empresas (art. 12), con fundamento en estudios actuariales de CAXDAC (art. 13) y que se pagarían mensualmente (art. 15).

La Ley 100 de 1993, otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para armonizar y ajustar las normas que sobre pensiones rigen para los aviadores civiles.

En uso de esas facultades, el Presidente de la República expidió los Decretos 1282 de 1994 que estableció los regímenes pensionales aplicables a los aviadores civiles entre los que estaba el régimen de transición para aviadores con 10 o más años de

cotización o de servicios al 1 de abril de 1994 y quienes se pensionaban de conformidad con el Decreto 60 de 1973 y 1283 de 1994, que determinó el estatuto jurídico, administrativo y financiero de CAXDAC. Este decreto, en su artículo 3-b dispuso: “el monto de las reservas por pagar de las empresas o empleadores a CAXDAC, o déficit actuarial”, está destinado al pago de las pensiones de jubilación generadas antes de la vigencia del decreto; al pago de las nuevas pensiones de jubilación y por ende, hace parte de las reservas pensionales de CAXDAC.

Las empresas que a la fecha del Decreto 1283 de 1994, eran empleadoras de los pensionados de CAXDAC, o los aviadores con derecho a pensión, o los beneficiarios del régimen de transición, debían completar la totalidad de su cálculo actuarial en la forma prevista en el artículo 7 de este Decreto.

Este artículo, era la sede del procedimiento que el decreto acusado pretendía reglamentar y que contemplaba, entre otras: que la amortización sería gradual, con aumento anual de la provisión para pensiones, pago anual previo descuento de lo efectivamente trasferido y que los pagos se extenderían por un término de 11 años, hasta el 2005, fecha en la cual debería estar armonizado el 100% del déficit actuarial.

Este artículo 7 del Decreto 1283 de 1994, fue subrogado por el artículo 3 de la Ley 860 de 2003, norma superior violada por el decreto cuya nulidad se demanda. Este nuevo artículo, mantuvo los rasgos fundamentales del artículo derogado, como el modo gradual de amortización que implicaba, pagos escalonados (mensuales en lugar de anuales) y en un plazo ampliado del 2005 al 2023.

NORMAS VIOLADAS

En los procesos acumulados se citan como disposiciones violadas los siguientes artículos: artículos 150-19, literal e) y 189-11 de la Constitución Política; 3 de la Ley 860 de 2003; 9 y 10 del Decreto Legislativo 1015 de 1956; 1 y 3 de la Ley 32 de 1961; 242 y 246 del Código de Comercio; 2488 y ss del Código Civil y 36 de la Ley 50 de 1990.

Los demandantes de los procesos acumulados expusieron, en resumen, las siguientes razones para sustentar la anulabilidad del precepto acusado:

- Proceso No. 4649-2004: (Folios 2 a 19)

Con el propósito de atender las prestaciones de los aviadores civiles, dentro del Sistema de Seguridad Social del País, se creó una entidad privada, sin ánimo de lucro, denominada Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, CAXDAC la que reemplazó a las empresas de aviación en sus obligaciones prestacionales con los aviadores, asumiéndola con cargo a su patrimonio. Esta empresa cambió radicalmente las condiciones existentes, pues alteró el titular de la obligación de pagar las pensiones de jubilación y transformó la obligación pensional de las empresas en obligación parafiscal de entregar unos aportes a CAXDAC.

La Ley 100 de 1993, incluyó dentro del sistema general de pensiones a los aviadores, pero hacia el futuro. El problema se centra en los que se encuentran en régimen de transición, los cuales, no han adquirido el derecho a su pensión pero que tienen la expectativa de lograrlo una vez cumplan los requisitos; las obligaciones pensionales sólo serán tales a partir de la consolidación de los respectivos derechos.

CAXDAC, que es la obligada al pago de las pensiones de jubilación de los aviadores en régimen de transición, sólo está obligada a dicho pago, cuando se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos. La gradualidad natural e inevitable de la consolidación de los respectivos derechos en el tiempo, y por ende su exigibilidad, origina, igualmente, la gradualidad en los pagos de las prestaciones económicas de esos derechos.

Los aportes de las empresas a CAXDAC, deberían ser graduales, negar esa gradualidad en la consolidación de los derechos, en el pago de las pensiones o en la realización de los aportes sería un despropósito con graves consecuencias como que el pago total de los aportes, sin que haya necesidad de ello, resulte insuficiente para cubrir las obligaciones y, de dónde cubriría CAXDAC la diferencia?, o cuando ese pago exceda el monto de las obligaciones, a quién corresponde ese saldo?.

La Ley 860 de 2003 reglamentó la gradualidad temporal, esto es, los pasos que deben cumplirse de acuerdo a factores objetivos, reconocidos razonablemente. En cambio, la inmediatez consagrada por el decreto, además de contrariar el mandato legal, se opone a la realidad dada por la ley anterior, pues, desconoce su

funcionamiento, precipitando de manera subjetiva en el tiempo, casi ad hoc, y sin fundamento razonable, los plazos que se tornan, de un día para otro, de vencimiento inmediato.

1. La reglamentación en perspectiva histórica.

El artículo 3 de la Ley 860 de 2003 dispuso, entre otras cosas, que las empresas mencionadas en los Decretos 1282 y 1283 de 1994, transfirieran obligatoriamente los valores del cálculo actuarial a las Cajas o entidades similares, de manera gradual, en forma lineal y, por mensualidades.

Tanto las normas previstas en la Ley 100 de 1993, como la legislación posterior, coinciden en la exigencia de un método de amortización gradual y en la fijación de un plazo para ello.

2. Discrepancia entre el Decreto 2210 de 2004 y la Ley 860 de 2003 en cuanto a modo y plazo.

El decreto demandado, en su artículo 1, utiliza un modo facultativo cuando aborda el tema del método para amortizar el cálculo actuarial cuando dice que las empresas podrán transferir a las Cajas que administren el régimen de prima media con prestación definida la totalidad del valor del cálculo actuarial en forma anticipada a los plazos previstos en la ley.

Al presentar el pago total y anticipado como una mera facultad, el decreto se mantuvo dentro de la ley protegiéndose de acusaciones de ilegalidad. A pesar de esto, existe una contradicción entre la disposición legal reglamentada y el decreto que la reglamenta. Si bien una deuda privada puede ser cancelada de manera anticipada cuando las partes lo acepten, el artículo 3 de la Ley 860 de 2003 no contempló esa posibilidad e implícitamente la descartó al establecer un sistema de pagos parciales a futuro así: “el porcentaje no amortizado del cálculo actuarial se transferirá gradualmente en forma lineal”.

La pregunta es si ésta es una diferencia que no puede ser franqueada o, si por el contrario, lo que hace el decreto es postular una forma diferente pero válida de amortizar el cálculo actuarial.

El artículo 1649 del Código Civil postula la regla del pago total salvo por convención en contrario o por lo que dispongan las leyes en casos especiales. Esta última excepción al principio general del pago total es precisamente la que rige el caso de la deuda que asumen las empresas ante CAXDAC. Las leyes sucesivas (art. 4, Ley 32 de 1961; art. 7, Decreto Ley 1283 de 1994; art. 3, Ley 860 de 2003) determinaron que el pago del cálculo actuarial se haría de manera paulatina y sometido a un plazo o término final de cumplimientos periódicos (pagos mensuales y cálculos anuales).

La ley estableció en este caso, una obligación de pagar a plazos como el artículo 1651 del C.C., pero, en lugar de dejar abierta la fecha de cumplimiento definitivo, sometió el pago gradual a un término final, que es de la esencia de la obligación en la medida en que constituye el referente obligado del cumplimiento de la misma. (sic)

De las normas que rigen el tema de la obligatoriedad de los plazos se infiere que para la legislación Colombiana las obligaciones nacen por regla general sin plazos pero, por convención o por ley pueden ser sometidas a un término y que las diferencias de las obligaciones de cumplimiento inmediato sin que puedan fungir unas por otras (sic). Por esta razón, la diferencia entre las dos modalidades de cumplimiento no puede ser salvada y la fórmula de la Ley 860 de 2003 (pago gradual, lineal y sometido a plazo final) no es susceptible de ser reemplazada por la fórmula que trae el decreto impugnado (pago anticipado y total).

La discrepancia mencionada, debe conducir a la declaratoria de nulidad del Decreto 2210 de 2004.

3. El artículo 1 del Decreto 2210 de 2004 es violatorio del artículo 3 de la Ley 860 de 2003 y del artículo 189-11 de la Constitución Política.

Para la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, los decretos reglamentarios están sometidos a la ley que reglamentan. La primera, en sentencia del 27 de marzo de 1942 expresó “cuando el reglamento administrativo extralimita la ley y entra a regular cuestiones no contenidas en el estatuto legal respectivo, extralimita igualmente esa competencia constitucional y equivale entonces a una nueva ley, lo cual contraría nuestra organización institucional sobre limitación e interdependencia de los órganos del poder público y normal ejercicio de la potestad reglamentaria”.

El sistema de amortización propuesto por el Decreto 2210 de 2004 es una solución violatoria del texto legal, porque adopta un modo opuesto a la norma superior y, en consecuencia, abroga el plazo que la Ley 860 de 2003 concede para el pago del déficit.

4. La expresión “anticipado” en el artículo 3 del Decreto 2210 de 2004.

La anticipación del pago, que comporta la desaparición o aceleración del plazo, es, junto con el pago total, la anomalía que se le endilga al Decreto 2210 de 2004. Por ello, debe ser retirada la expresión “anticipado” referida al pago, ya que constituye la reiteración de lo expresado en el inciso 1 del artículo 1 que como se vio, contradice el texto de la Ley.

5. El artículo 5 del Decreto 2210 de 2004 quebranta el artículo 3 de la Ley 860 de 2003.

Este artículo se aparta del tenor permisivo de los artículos precedentes y, para el caso de empresas en estado de disolución, manda que el cálculo se pague “dentro del proceso de liquidación en la forma prevista en la ley, con la preferencia que le corresponde como obligación pensional” desconociendo el texto y el sentido del artículo 3 de la Ley 860 de 2003, porque atañe a un tema no contemplado en la norma superior.

El artículo 5 introduce la hipótesis de la disolución que afecte a “una de las empresas a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 860 de 2003”. Si se revisa el texto del artículo 3, no se encuentra mención alguna a la situación de disolución de una empresa privada de aviación civil obligada a aportar a CAXDAC.

El tema de las empresas en estado de disolución no está implícito en el texto del artículo 3 de la Ley 860 de 2003. Por el contrario, la ley fija un plazo final hasta el año 2023, lo cual da a entender que uno de sus presupuestos es la supervivencia de las empresas obligadas y, por ende, el fortalecimiento de la reserva de CAXDAC.

El Consejo de Estado expresó que en la relación existente entre un decreto reglamentario y la ley que pretende hacerla efectiva, el decreto no puede “ir más allá” de su ley, ni variarla o modificarla y éste, es el caso presente, el artículo 5, va más allá del texto de la ley reglamentada y, por ende, la modifica.

El criterio de competencia adoptado por el Consejo de Estado para fijar los límites de la potestad reglamentaria, impide al Presidente de la República “crear una nueva norma”, que es precisamente lo que hizo el Ejecutivo al tratar en el artículo 5 del Decreto 2210 de 2004 el tema de la amortización, que en su criterio, debía hacerse cuando las empresas se encontraran en estado de disolución.

Concluyó diciendo que la expresión “en cualquier evento en que se produzca la disolución de una de las empresas a las que se refiere el artículo 3º de la Ley 860 de 2003” es susceptible de ser anulada por violación tanto de la Ley reglamentada como del artículo 189-11 de la C.P. Igual destino se predica del fragmento del artículo en cuestión que ordena pagar el cálculo “dentro del proceso de liquidación”, por ser un agregado que no fue contemplado en el artículo 30 de la Ley 860 de 2003, con el agravante de postular un nuevo plazo final (aquel de la liquidación), que puede diferir del término legal, el cual se extiende desde la fecha de promulgación de la Ley 860 de 2003 hasta el año 2023.

6. El artículo 5 del Decreto 2210 de 2004 desconoce el carácter parafiscal de los aportes empresariales.

Este artículo se refiere al pago del cálculo actuarial como una “obligación pensional”; tal interpretación constituye un error de fondo que hace caso omiso de las leyes rectoras de CAXDAC. El pago de las pensiones de los aviadores civiles está sometido a una legislación especial que se caracteriza por los siguientes rasgos:

i) Se apoya en una subrogación de obligaciones pensionales que operó por ministerio de la ley (artículo 9 del Decreto Legislativo 1015 de 1956 y artículo 3, Ley 32 de 1961) y que consistió en la asunción por parte de CAXDAC de las pensiones de los aviadores civiles que previamente estaban a cargo de las Empresas Nacionales de Transporte Aéreo, ii) El legislador dispuso que estas empresas contribuirían permanentemente al sostenimiento de CAXDAC con aportes establecidos por el Gobierno Nacional, iii) Estos aportes han sido considerados jurisprudencialmente como contribuciones parafiscales, por consiguiente, su naturaleza no es “pensional”, iv) Lo anterior hace que la Caja adopte el carácter de entidad obligada para efectos pensionales y acreedor fiscal ante las empresas obligadas a los aportes; v) Puede decirse que desde 1961, los empresarios del transporte aéreo se liberaron de las obligaciones pensionales y, vi) La legislación

previa a la Ley 100 de 1993, está vigente, toda vez que las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República, lo fueron para “armonizar y ajustar las normas” y no para derogarlas ni subsumirlas en una regulación ulterior.

Concluyó que la expresión “como obligación pensional” debe ser anulada, pues contradice normas superiores como los artículos 9 y 10 del Decreto 1015 de 1956, 1 y 3 de la Ley 32 de 1961, 3 de la Ley 860 de 2003 y 189-11 de la C.N.

- Proceso No. 3216-2005 (Folios 23 a 48):

En este proceso, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, expuso similares argumentos del ciudadano Luis Javier Moreno Ortiz e insistió en los siguientes aspectos:

El artículo 3 de la Ley 860 de 2003, se refiere, de manera exclusiva, al procedimiento y términos para transferir, que iban desde la promulgación de la ley hasta el año 2023, la cual no regulaba la posibilidad de que dicho pago fuera de contado, ni establecía un procedimiento para tal efecto.

En cuanto a la violación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, éste se extralimitó en sus funciones al ejercerla cuando expidió el Decreto 2210 de 2004, que dice reglamentar el artículo 3 de la Ley 860 de 2003, ya que reguló una materia diferente, y como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, “no puede el Presidente de la República so pretexto de ejercer la facultad de reglamentar la ley, introducir aspectos no contenidos en la ley que reglamenta”.

Consideró que el decreto acusado viola el artículo 189-11 de la C.N. y como consecuencia, el artículo 3 de la Ley 860 de 2003, pues la inexistencia del reglamento acusado no conduce a que la voluntad del legislador resulte ilusoria, ya que, el pago diferido en forma lineal puede operar perfectamente sin necesidad de este decreto. La ley reglamentada no se ocupó del pago anticipado, por lo que, tampoco podía hacerlo el decreto reglamentario.

El Decreto 2210 de 2004 reguló la misma materia que la ley, pero sobre aspectos diferentes; esto es, mientras la ley regula la transferencia diferida del cálculo actuarial pensional de las empresas privadas a las entidades de seguridad social del

mismo sector, el decreto acusado, so pretexto de reglamentarla, regula, aún cuando en forma facultativa, la transferencia anticipada del mismo cálculo actuarial, lo cual no fue objeto de la ley reglamentada. De esta manera, el decreto adicionó la ley.

Igualmente, el decreto acusado regula en su artículo 5, entre otros aspectos, el pago del cálculo actuarial de las empresas en disolución, con un plazo (a pesar de ser un asunto regulado por el artículo 242 del C. de Co.) y que el pago se hará con la preferencia que le corresponde como obligación pensional, desconociendo que ésta es una materia regulada por la ley y no por el poder reglamentario situaciones que no contemplaba la ley reglamentaria.

La materia que reglamenta la norma acusada es de naturaleza legislativa y, en consecuencia, ha debido ser regulada por la ley, de la misma manera como lo fue el pago diferido. En estricto sentido, el reglamento del artículo 3 de la Ley 860 de 2003 debió limitarse únicamente a regular los detalles de la norma legal reglamentada, pero no ocuparse de materia diferente.

La ley regula la amortización del pago del cálculo actuarial, la cual se difiere hasta el año 2023, no el pago anticipado, que debió ser previsto y regulado por otra norma de la misma jerarquía.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Las partes obrantes dentro del proceso, contestaron la demanda, mediante escritos sintetizados así:

La Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de apoderada en el proceso No. 4649 de 2004, contestó la demanda en escrito que corre de folios 44 a 57 del proceso principal. Expresó:

1. No existe violación de la potestad reglamentaria.

Transcribió el artículo 3 de la Ley 860 de 2003 donde resaltó que la expresión “hasta el año 2023” quería decir que las empresas podían utilizar un término menor del tiempo establecido. Entonces, si no se prohibió la renuncia del plazo, y dicha

renuncia no causa perjuicios al acreedor, es claro que la misma es posible; por consiguiente, si la ley previó un plazo máximo para efectuar el pago y contempló la forma como deberían calcularse los pagos anuales teniendo en cuenta ese plazo máximo, es claro que había un supuesto que el legislador no desarrolló, y que resulta de la propia ley y es el pago anticipado.

En este caso, se trata de hacer explícito aquello que puede estar implícito en la ley, se trata de hacer operativo algo que la misma ley contempla teniendo en cuenta los principios que ella consagra; es decir, corresponde al desarrollo normal de la potestad reglamentaria que consiste en que el Gobierno precise todos aquellos aspectos no contemplados expresamente en la ley, pero que son necesarios para su debida ejecución. En este sentido se ha pronunciado esta Corporación en sentencias de 3 de octubre de 2002, 17 de abril de 1991 y 21 de junio de 2001.

El Gobierno en el decreto que se acusa, dictó todas las disposiciones que a su juicio eran necesarias para asegurar que en caso de pago anticipado se preservara el propósito de la ley, tomando como base las reglas que la propia ley establece para los casos en que el pago se hace tomando la totalidad del plazo autorizado.

Si se examina con cuidado la ley, se encuentra que en ella, además de contemplar el plazo de pago, establece que se deben hacer pagos mensuales y determina cómo se calculan tales pagos "de tal manera que permita atender las mesadas pensionales corrientes para cada vigencia fiscal". Igualmente establece el pago de los intereses de mora por las sumas no pagadas y dispone que no se puede disminuir el cálculo actuarial.

Por su parte, el decreto acusado regula en su artículo 1, la posibilidad del pago o transferencia anticipada, la cual resulta reglamentada de la propia ley y del Código Civil. Para ello, la norma contempla la tasa sobre la cuál debe realizarse el cálculo que no es otro que la tasa de conmutación, precisión que por lo demás no está contemplada en la ley y por ello debía determinarse (la tasa de conmutación pensional es la que se usa para determinar el cálculo actuarial en los casos de conmutación con el ISS o una aseguradora y ha sido establecida buscando prever cualquier contingencia con el fin de asegurar que el capital entregado sea siempre suficiente para atender el pago de las mesadas a los pensionados).

Así mismo, establece que deben incluirse los intereses moratorios, lo cual es concordante con la ley que contempla el pago de tales intereses.

Además, precisa que debe incluirse en el cálculo el valor de la comisión de administración. Lo anterior porque la ley no precisó tal punto y si los recursos son administrados por alguien distinto a las empresas obligadas al pago de la pensión, dicha labor debe ser remunerada (regla que es congruente con los principios que rigen la materia). Finalmente, el párrafo aclara que si no se ha incluido el reajuste para el pago de cotización de salud, el mismo debe incluirse asegurando así que se dé cumplimiento en esta materia a la regla consagrada en la Ley 100 de 1993.

El artículo 2 del Decreto precisó las formas de pago que deben emplearse, pues la ley no lo hacía. Recordó que el artículo 882 del C. de Co. prevé la posibilidad de que el pago de una obligación se haga mediante la entrega de títulos valores de contenido crediticio, lo cual reconoce el decreto reglamentario; por consiguiente, así no se mencionara explícitamente esta posibilidad, ella existía. El decreto en esta materia hace una precisión que resulta del propio régimen de la entidad administradora y es que en tal caso, los títulos que se entreguen para hacer el pago correspondiente o anticipado deben corresponder a inversiones admisibles de la respectiva administradora del Régimen de Prima Media. En efecto, no es posible para la administradora poseer títulos que no correspondan a tales inversiones.

Precisa igualmente, que con las sumas que se reciban por concepto de capital e intereses de tales títulos se "asegure la atención de las obligaciones pensionales corrientes para cada vigencia fiscal". Entonces, esta regla hace compatible una disposición del Código de Comercio (sic) que prevé el pago de obligaciones con títulos valores con el propósito de la ley, que buscaba asegurar que se recibieran sumas liquidas que permitieran atender el pago de las mesadas pensionales. En efecto la ley reglamentada dispone que el valor mensual de los pagos debe ser calculado "de tal manera que permita atender las mesadas pensionales corrientes para cada vigencia fiscal".

El artículo 3 del Decreto, establece una serie de reglas para asegurarse que la entrega de valores para efectuar el pago del cálculo actuarial se haga en condiciones que aseguren su solidez jurídica y la protección de las personas incluidas en dicho cálculo actuarial. Es así como, i) Exige la autorización de los órganos competentes, ii) Pide una garantía de una entidad administradora que cubra una serie de

contingencias que pueden presentarse y que pueden ser particularmente graves en caso de pago anticipado como son que el cálculo actuarial contenga errores, que los títulos no permitan atender el pago de las mesadas o que el capital o los rendimientos no se reciban para atender el pago. Estos requisitos, lo que buscan, es que en los casos de pago anticipado se preserve la finalidad de la ley y no se llegue a situaciones en las cuales se deje de atender el pago de unas mesadas pensionales que se hubiese realizado si no se acudiera a un pago anticipado. Se trata, nuevamente, de preservar el propósito claramente expresado en la ley y es que las sumas que se reciban mensualmente permitan atender el pago de mesadas pensionales.

El artículo 4, se limita a hacer unas precisiones en materia de contabilidad con el fin de que se reflejen las contingencias correspondientes en los estados financieros.

El artículo 5 del decreto, se refiere a las empresas que se declaran disueltas; si bien la ley establece el pago de los pasivos actuariales hasta un plazo, no precisa qué debería suceder si las empresas se liquidan.

Un proceso de liquidación tiene precisamente por objeto realizar el pago de los pasivos, lo cual implica que en tal caso, el pago no se haría en el plazo máximo previsto por la ley, sino de manera anticipada; así lo prevén los artículos 244 y 246 del C. de Co. cuando contemplan, en el caso de pensiones, el pago total de la obligación, bien sea directamente al pensionado o a una compañía de seguros para que asuma el riesgo.

En el presente caso, en la medida en que la ley había establecido que el pagador de la pensión debía ser CAXDAC, es claro que el pago total a que alude el Código de Comercio tiene que hacerse a esta entidad.

El decreto reglamentario sólo señaló que el pago se haría dentro del proceso liquidatorio y con la preferencia propia de las obligaciones pensionales. En esto, no hay cambio alguno pues, es a la ley a quien le compete establecer cuál es la preferencia de las obligaciones pensionales.

En efecto, en esta materia, la obligación pensional es de la empresa aportante y ella sólo se libera de su obligación en materia pensional pagando la totalidad de su aporte a CAXDAC y así lo prevé el artículo 8 del Decreto 1283 de 1994.

Los recursos que entrega la empresa a CAXDAC, constituyen la forma de pagar su obligación en relación con los pensionados, y por ello, es claro que se trata de una obligación pensional. Es también evidente que de no mantenerse dicha preferencia, las obligaciones pensionales quedarían subordinadas al pago de otras acreencias dentro del proceso liquidatorio, en desmedro de la especialísima prerrogativa que le han conferido las leyes y la jurisprudencia constitucional.

Consideró que las disposiciones legales preveían un plazo máximo para el pago del cálculo actuarial, lo que de suyo implica la posibilidad de un pago anticipado; pero, como quiera que el legislador no reguló en detalle cómo podría hacerse este aspecto, le correspondía al Gobierno.

Igualmente y dado que la ley mercantil prevé la posibilidad de pagos con títulos valores de contenido crediticio, correspondía al Gobierno regular dicha materia con el fin de asegurar el pago de las mesadas pensionales en la forma como quería el legislador. Igualmente el Gobierno debía precisar cómo se efectuaría el pago en caso de liquidación, pues en tal evento, el pago no podía realizarse tomando el plazo máximo previsto por el legislador.

En todo caso, se trata de una serie de materias que surgen de la ley que se reglamenta y que justifican el ejercicio de la potestad reglamentaria. Se trata de asegurar que se logre el propósito de la ley, es decir, su cumplida ejecución, y se realice el pago oportuno de las mesadas pensionales.

2. No existió una subrogación legal de las obligaciones de las empresas por CAXDAC en la forma que pretende el actor.

El actor señaló, que existió una subrogación legal de las obligaciones de las empresas por parte de CAXDAC. Si se examinan con cuidado las normas, se llega a la conclusión que tal subrogación no se produce en la forma que pretende el actor, porque, las empresas sólo quedan liberadas de sus obligaciones en esta materia cuando hayan pagado la totalidad del pasivo actuarial a CAXDAC y así quedó establecido en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 32 de 1961.

De estos artículos se desprende que CAXDAC (que antes se denominaba ACDAC) sólo iría asumiendo el pago de las prestaciones, de acuerdo con lo que dispusieran las normas reglamentarias, y en esta medida, es decir, en cuanto CAXDAC asumiera

el pago, las empresas de aviación quedarían exentas de pagar las pensiones de jubilación.

Dicha ley fue objeto de reglamentación por el Decreto 60 de 1973 que en su artículo 12 estableció: "El Gobierno fijará cada año y con anterioridad al 1 de mayo, la cuantía de los aportes, con los que deben contribuir a la financiación de CAXDAC las Empresas aportantes teniendo en cuenta los cálculos actuariales correspondientes".

Si bien CAXDAC, estaba llamada a asumir el pago de las obligaciones pensionales, ello no significaba que se liberaban automáticamente las empresas de aviación, pues, para que ello ocurriera, era necesario que las empresas realizaran los aportes que fijara el Gobierno para la contribución a la financiación de CAXDAC, aportes que podían ser revisados cada año en función de las variaciones de los cálculos actuariales.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de julio de 1983, M.P. Dr. Juan Hernández Sáenz, expresó que CAXDAC es un delegado para pagar las pensiones de las empresas de aviación civil, y es por ello que los aviadores que después desarrollaban otras actividades en tales empresas no tenían derecho a una nueva pensión.

A partir de la Ley 100 de 1993, el legislador conservó un esquema análogo al que existía con anterioridad y de acuerdo con el cual, la responsabilidad de las empresas sólo podía desaparecer si las mismas habían transferido a CAXDAC la totalidad del cálculo actuarial.

Por consiguiente, mientras no se efectúe el pago total no existe el efecto subrogatorio que alega el demandante. Entenderlo de otra forma implicaría transferir al delegado para el pago (CAXDAC) una responsabilidad jurídica que la ley no le ha asignado, mientras no haya recibido la totalidad de los recursos necesarios para cumplir con su encargo.

Situación diferente se presenta cuando ha recibido el total de los recursos, puesto que a partir de ese momento opera por ley la subrogación que se discute y cesa la responsabilidad de la empresa aportante, pues, en la práctica, se da una conmutación pensional.

3. El hecho de que los aportes a CAXDAC se consideren aportes parafiscales no las priva de su carácter de obligaciones pensionales.

Si se examina el desarrollo histórico de CAXDAC, se aprecia que a dicha Caja se le encomendó el pago de las pensiones con los fondos que les entregaban las empresas; esos dineros, eran la forma como dichas empresas atendían su obligación pensional y estaban destinados a pagar pensiones.

Si la empresa pagara directamente al pensionado, dicho pago correspondería a una obligación pensional. Tal circunstancia no se puede ver afectada por el hecho de que no se haga el pago directamente sino por intermedio de otra persona designada por la ley.

En la medida en que se trata claramente de obligaciones pensionales, el decreto reglamentario en manera alguna está violando la reserva legal en materia de prelación de créditos. Reiteró que el decreto no fija una prelación sino que ordena aplicar la que corresponde por ley para las obligaciones pensionales, pues de otra forma CAXDAC, en su condición de delegado para el pago de la obligación pensional de las empresas de aviación, tendría que concurrir con otros acreedores en el mismo nivel de los créditos de la liquidación y vería en entredicho la posibilidad de atender sus pasivos pensionales que la ley y la jurisprudencia constitucional han calificado de prioritarios.

- Dentro del mismo proceso No. 4649-2004, el Ministerio de la Protección Social, a través de apoderada, presentó escrito de contestación de la demanda (folios 69 a 79), el cual argumentó así:

Uno de los elementos fundamentales del Estado Social de Derecho, es la realización material de los derechos contemplados en la Carta Política, entre estos la Seguridad Social, y en éstas, las Pensiones. Para la realización de estos fines necesariamente debe proveer de manera anticipada y dentro de razonables y justificados parámetros de mecanismos que viabilicen el recaudo del cálculo actuarial procedente de las obligaciones patronales que aún se encuentran pendientes de su pago, por ende, en el caso concreto, deben asegurarse los recursos económicos destinados al pago de las mesadas pensionales de sus ex

trabajadores, y garantizar, igualmente, el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Con el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Carta Política, y dadas las incertidumbres económicas del Estado Colombiano, se contó con mecanismos que permitieran acceder a otras alternativas que no tuvieran otra finalidad que la de asegurar la disponibilidad, oportunidad y continuidad de unos recursos que permitieran el acceso a una pensión y que, especialmente tratándose de aquellas de jubilación o vejez, su incumplimiento pusiera en entredicho la protección de los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad como es su mínimo vital y el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Igualmente la Organización Internacional del Trabajo O.I.T. en relación a la Seguridad Social expresó que ésta es un sistema conjunto que comprende una serie de medidas oficiales, cuyo fin es proteger a gran parte de la población contra las consecuencias de los diversos riesgos sociales, como la enfermedad, el desempleo, accidentes de trabajo, entre otros.

La potestad reglamentaria está establecida en el artículo 189-11 de la Constitución Política, y es el mecanismo por el cual se operativiza la ley a fin de que la misma tenga una realización material, como en efecto se dio con la expedición del Decreto 2210 de 2004.

Señaló que la Ley 860 de 2003, en su artículo 3, se refería a la amortización y pago del cálculo actuarial, obligación ésta que se encontraba en cabeza de las empresas aéreas privadas las cuales son empleadoras de los aviadores civiles (Decretos Ley 1282 y 1283 de 1994); el Decreto 1283 de 2004 en su artículo 6 (refiriéndose a la integración del cálculo actuarial), estableció que dichas empresas deberían completar la totalidad del cálculo actuarial de todas aquellas personas cuya pensión correspondía administrar a CAXDAC; y el artículo 7 literal b) del mencionado decreto, determinó el procedimiento mediante el cuál se efectuaría dicha amortización, señalando que dichas empresas deberían, dentro de los próximos once (11) años, hacer un incremento al porcentaje del cálculo y así al cierre del año 2005 “el cálculo actuarial debería encontrarse amortizado en el 100%”.

Consideró que si las empresas aéreas empleadoras de los aviadores civiles, pensionados por CAXDAC, hubieran dado cabal cumplimiento al Decreto 1283 de 1994, a la fecha de expedición del Decreto 2210 de 2004, habrían amortizado aproximadamente un 90% del cálculo actuarial de los pasivos pensionales a su cargo y transferido los recursos correspondientes a CAXDAC, quedando, por lo tanto, sólo un 10% pendiente por calcular y transferir.

Entonces, el Decreto 2210 de 2004, ejerció su vocación reglamentaria parcialmente dentro de los parámetros de la Ley 860 de 2003, toda vez que por el contrario de lo aseverado por el actor, en ningún momento se “abroga” (sic) facultades de la ley como la de expedir las normas sustanciales relativas al tema pensional; de otra parte, lo previsto por la ley era que el cálculo actuarial sería pagado “hasta” el año 2023, lo cual indicaba que de manera facultativa, las empresas aéreas privadas tenían la posibilidad, si contaban con los recursos, de pagar el total del cálculo actuarial que aún estuviera pendiente.

Es lógico así que la amortización se realice de manera total y anticipada, y respecto de dicho valor se establezca un interés técnico que incluya el reajuste pensional.

El que se haya utilizado la expresión “hasta”, incluye que dichos obligados patronales podían liberarse de su deuda en un término menor; frente a esta viabilidad, es necesario observar lo dispuesto en el artículo 1554 del Código Civil que señala: "El deudor puede renunciar e/ plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar."

Bajo este marco normativo, el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, podía determinar cómo debía proceder, haciendo explícito aquello que está implícito en la ley, de no hacerse por parte del Gobierno las precisiones o pormenores requeridos, podrían producirse efectos contrarios al propósito previsto por la ley.

Expuso el mismo análisis que el Ministerio de la Protección Social en la contestación de la demanda con algunas precisiones que se resumen así:

Dentro de un proceso liquidatorio de una empresa, el pago del cálculo actuarial se hará dentro de ese proceso, en el cual, precisa el decreto, dentro de éste se observará el privilegio y preferencia propia de las obligaciones pensionales, toda vez que es una obligación patronal y de acuerdo al artículo 345 del C.S. del T., subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, tienen prelación respecto de otros créditos, además, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, el derecho a acceder a una pensión de jubilación se torna de un carácter fundamental cuando el mismo implica derechos de la tercera edad, como su mínimo vital y el de su familia.

Adicionalmente, es claro que en todo caso tiene una justificación razonable y proporcional el ejercicio de la potestad reglamentaria, dado que de lo que se trata es de asegurar que se logre el propósito de la ley, es decir, su cumplida ejecución, y se realice el pago oportuno de las mesadas pensionales a unos trabajadores y, por tanto, se garantizan sus derechos como miembros de la tercera edad e igualmente, y de manera muy importante, garantiza la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Citó la sentencia C-509 de 1999 de la Corte Constitucional, donde concluyó que la potestad reglamentaria materializada en este caso a través del Decreto 2210 de 2004, en ningún momento extralimitó la órbita prevista por la ley, toda vez que no se ocupó de alterar o adicionar las previsiones hechas en materia pensional, únicamente dentro del procedimiento técnico de la amortización gradual y lineal previsto por la ley, se consideró pertinente establecer una especie de alternativa dentro de la cual podía ser viable la manifestación de los obligados patronales a la amortización del cálculo actuarial de manera anticipada y total, lo cual, no es violatorio de las normas constitucionales y legales, por cuanto, de lo que se trata es de viabilizar la ley a partir de los presupuestos ya previstos por la misma y el marco constitucional y legal vigente.

- Inexistencia de la subrogación de las obligaciones patronales en cabeza de las empresas obligadas a aportar a CAXDAC

El actor, reiteradamente señala que existió una subrogación legal de las obligaciones de las empresas por parte de CAXDAC, que esta entidad reemplazó a las empresas de aviación, aseveración que no compartió, por cuanto consideró

que las empresas de aviación, quienes son empleadores, tienen entre otras obligaciones y de acuerdo con el C.S. del T., las de pagar las pensiones de jubilación; otra situación muy diferente es que en virtud del proceso de ajuste de las diversas entidades de previsión, entre otras, las de carácter privado como lo es CAXDAC y en virtud de la ley, asuma el carácter de una Administradora de Pensiones de acuerdo a las previsiones de la Ley 100 de 1993.

No se puede desconocer que los recursos para los pagos de pensiones, es una obligación de las empresas, las cuales sólo quedan liberadas de sus obligaciones en esta materia cuando hayan pagado la totalidad del cálculo actuarial a CAXDAC.

Los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 32 de 1961 y el Decreto 60 de 1973, artículo 12, hacen que CAXDAC asuma progresivamente el pago de las prestaciones, de acuerdo con lo que dispusieran las normas reglamentarias para así las empresas de aviación quedar exentas de pagar las pensiones de jubilación, siempre y cuando cumplieran con su obligación de hacer los respectivos aportes que podían ser revisados cada año en función de las variaciones de los cálculos actuariales.

Entonces, mientras no se efectúe el pago total no existe el efecto subrogatorio pretendido por el demandante, entenderlo de otra forma implicaría transferir al delegado para el pago (CAXDAC) una responsabilidad jurídica que la ley no le ha asignado mientras no haya recibido la totalidad de los recursos necesarios para cumplir con su encargo, a contrario sensu el pago total del cálculo actuarial genera la liberación de las empresas obligadas.

- De los recursos parafiscales.

Es cierto que los aportes realizados a CAXDAC, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional son recursos destinados a satisfacer el derecho prestacional de la Seguridad Social en Pensiones, y es precisamente por estas mismas razones que no compartió como lo esgrimió el actor, que dichas obligaciones pierdan su carácter de obligaciones pensionales, toda vez que son, en primer lugar, obligaciones patronales y de acuerdo a las normas legales sobre la materia, las empresas empleadoras tienen que realizar los aportes, cuya destinación administra CAXDAC, y que tienen como finalidad el pago de las pensiones de jubilación que especialmente se generan en virtud de la aplicación del régimen de transición establecido por la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, los dineros que entregan las empresas son la forma como éstas atienden su obligación pensional y están destinados a pagar pensiones. Por consiguiente, es claro que se trata de obligaciones pensionales.

En la medida en que se trata claramente de obligaciones pensionales, el decreto reglamentario en manera alguna está violando la reserva legal en materia de prelación de créditos. Reiteró que el decreto no fija una prelación sino que ordena aplicar la que corresponde en la ley, la cual, no podía ser otra distinta de la prevista para las obligaciones patronales (artículo 36 de la Ley 50 de 1990), pues de otra forma, CAXDAC, en su condición de delegado para el pago de la obligación pensional, tendría que concurrir con otros acreedores en el mismo nivel dentro del proceso de liquidación, poniéndose seriamente en entredicho el cumplimiento de las obligaciones generadas por el reconocimiento de pensiones de jubilación, que, además de conformidad con la jurisprudencia constitucional, tienen una trascendencia de radical importancia más aún tratándose de un Estado Social de Derecho.

Es de importancia la realización material de la ley y en ese orden de cosas, no es de recibo pretender desconocer que la inexistencia de recursos para el pago de estas pensiones, no solamente vulnera de manera directa y flagrante los derechos de la tercera edad y su especial estado de indefensión sino que además, genera un impacto impredecible en el equilibrio financiero de los recursos del Sistema General de Seguridad Social Integral, que implica un retroceso en la aplicación de principios de universalidad y progresividad que caracterizan los derechos prestacionales.

- En el proceso No. 3216-2005, el Ministerio de la Protección Social, a través de apoderada, presentó escrito de contestación de la demanda de folios 82 a 91, así:

Expuso los mismos argumentos que en el proceso principal, adicionando algunos apartes que se resumirán así:

- De la materia reglamentable.

La Ley 860 de 2003 estableció a favor de los empleados de las diferentes empresas aéreas de carácter privado, el derecho de poder hacer la conmutación pensional pagando el cálculo actuarial a CAXDAC con el fin de liberarse de sus obligaciones patronales hasta el año 2023.

Con el Decreto 2210 de 2004, se reglamentó la anterior ley estableciendo que de manera facultativa la conmutación pensional se satisfaga en un menor tiempo posible.

La aparente diferencia entre estas normas, no es tal, toda vez que la finalidad de la ley y el reglamento es la de viabilizar a través de una metodología, que unos empleadores se liberen de las obligaciones pensionales que tienen a su cargo y, por lo tanto, la transferencia del cálculo actuarial en la ley puede ser hasta el año 2023, mientras que el reglamento contempla igual posibilidad de manera facultativa y en un menor lapso de cumplir, por lo cual, el decreto acusado en ningún momento está reglamentando materias extrañas a la ley.

- De los recursos parafiscales.

Partiendo de la base que los aportes en materia de pensiones a una Caja como se encuentra constituida CAXDAC, son parafiscales y que la determinación de la obligación de realizar aportes parafiscales corresponde a la ley, la cual determina la forma de establecerlo, el hecho generador y el sujeto obligado; es claro que el decreto reglamentario no está definiendo esta materia.

Fue el legislador el que contempló la obligación para las empresas como empleadoras que son, de transferir a la Caja de Aviadores Civiles la totalidad del cálculo actuarial, para efectos de pagar las pensiones que se generaran.

La Ley 860 de 2003 contempla, simplemente, un plazo máximo para efectuar su pago y a tal efecto establece cómo se calcula el pago mensual, pero ello no impide que una empresa haga el pago anticipado, pues como ya se dijo, de la propia redacción de la ley, así como de las reglas del Código Civil, se desprende que esto puede ocurrir.

Por consiguiente, al resultar de los textos legales cuál es la obligación que se debe pagar, quién lo debe hacer y que el pago puede ser anticipado, quedaban

determinados los elementos propios de la obligación. El Gobierno lo único que hizo fue precisar la facultad de realizar el pago anticipado para asegurarse de que el mismo sea conforme a los principios que inspiran la ley.

- Del proceso de disolución y la prelación de créditos.

Reiteró que la ley contempló un plazo máximo para realizar el pago del pasivo actuarial, pero no precisó qué sucede con las empresas que se liquidan. Entonces, una empresa en liquidación no puede esperar simplemente a que se venza el plazo previsto por la ley para la cancelación del pasivo, por lo cual, el Código de Comercio contempla que toda obligación, aún a plazo, puede cancelarse anticipadamente, así como que las obligaciones en materia pensional deben cancelarse mediante el pago a una entidad aseguradora, como era CAXDAC.

Es a la ley a la que corresponde determinar los privilegios de los créditos y el decreto reglamentario no está usurpando la ley, pues allí simplemente se dice que el pago del pasivo se hará con la preferencia reconocida a las obligaciones pensionales, que como obligaciones patronales, tienen preferencia de acuerdo a lo señalado por el artículo 345 del C.S del T., subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

Si los recursos que transfiere la empresa a la Caja son aquellos que debía emplear para pagar la pensión directamente y son la forma como va a lograr liberarse de su obligación, una vez se pague la totalidad del pasivo, es claro que la empresa hace el pago de una obligación pensional, y por consiguiente, el decreto reglamentario en manera alguna introduce disposiciones nuevas violando la reserva legal en esta materia.

Citó la sentencia T-299 de 1997 de la Corte Constitucional que trata este tema.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Segunda Delegada ante esta Corporación, presentó escrito en la acumulación de los procesos de folios 195 a 213, en el que solicitó declarar sólo la nulidad del artículo 5º del Decreto 2210 de 2004 ya que consideró que los artículos 1 y 3 ibidem, no contrariaban las disposiciones señaladas como infringidas.

Citó la sentencia C-179 de 1997 de la Corte Constitucional que trató la naturaleza jurídica de CAXDAC y las obligaciones que en virtud del Decreto 1283 de 1994 tenía respecto del pago de las pensiones de los aviadores civiles para concluir que, conforme a dicha sentencia, el decreto demandado fue expedido en uso de las facultades conferidas al Presidente de la República en el artículo 189-11 de la C.P.

Al confrontar el texto del artículo 3 de la ley (que da un plazo de hasta el año 2023 para transferir el valor de su cálculo actuarial a las cajas) con el artículo 1 del decreto (que contempla la posibilidad de ese pago en forma anticipada), tal estipulación no está viciada de nulidad, como lo entienden los demandantes, pues no se está cambiando la voluntad del legislador, sino que se otorga la posibilidad a las empresas empleadoras de pilotos civiles para que hagan los aportes a CAXDAC con antelación a la fecha fijada (2023).

No hay vulneración de la Carta Política, pues la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República no implica que se repita el contenido de la ley a reglamentar, sino de expedir una regulación que facilite el entendimiento y practicidad de la ley.

En cuanto al artículo 3 del Decreto 2210 de 2004, compartió lo afirmado por la parte demandada y con respecto al artículo 5, consideró que esta ley no se ocupó de las empresas en liquidación ni de las transferencias que las mismas debían hacer del cálculo actuarial, por lo que, consideró, el reglamento excedió no sólo el querer del legislador, sino que lo desplazó en tal función.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURIDICO

Conforme a los antecedentes esbozados el problema jurídico a resolver consiste en establecer si hubo extralimitación en el ejercicio de las facultades otorgadas al Presidente de la República, al expedir el decreto acusado, que reglamentó las formas de amortización y pago del cálculo actuarial de las empresas privadas

dedicadas a la aviación con destino a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

El Gobierno Nacional para expedir el decreto atacado se fundó, según se lee en su encabezado, en los artículos 189-11 de la Constitución Política y en el artículo 3º de la Ley 860 de 2003, normas que prevén:

“ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del 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.”.

“ARTÍCULO 3o. AMORTIZACIÓN Y PAGO DEL CÁLCULO ACTUARIAL DE PENSIONADOS. Las empresas del sector privado, conforme a lo establecido en los Decretos-ley 1282 y 1283 de 1994, deberán transferir el valor de su cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para tal fin tendrán plazo para realizar dichos pagos hasta el año 2023.

El porcentaje no amortizado del cálculo actuarial se transferirá gradualmente en forma lineal.

Los pagos se calcularán anualmente y se pagarán en doce (12) cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, de tal manera que permita atender las mesadas pensionales corrientes para cada vigencia fiscal.

De no pagarse dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, se reconocerá por el deudor el interés de que trata el inciso primero del artículo 23 de la Ley 100 sancionada en 1993.

Los valores que se deben transferir de conformidad con este artículo, incluyen además de las transferencias futuras, todas las sumas de dinero que a la fecha de expedición, de la presente ley no hayan sido transferidas. Para el pago de intereses moratorios que se adeuden sobre las sumas no transferidas a la fecha de la expedición de la presente ley, el plazo será hasta el año 2008, y se pagarán en cuotas mensuales.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de la amortización contable las empresas no podrán disminuir los valores amortizados de sus cálculos actuariales a 31 de diciembre de 2003.

PARÁGRAFO 2o. Las empresas y las entidades de Seguridad Social del sector privado de que trata el presente artículo, ajustarán a los términos establecidos en la presente ley, los acuerdos que en materia de pago hayan suscrito, en un plazo de dos meses contados a partir de su promulgación.

Este artículo deroga expresamente el artículo 7o del Decreto 1283 de 1994, y todas las demás normas que le sean contrarias.”

Las normas cuya nulidad se solicita, corresponden, principalmente a la totalidad del Decreto y en subsidio a la parte destacada del siguiente texto:

**“DECRETO 2210 DE 2004
(Julio 08)**

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 3° de la Ley 860 de 2003.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en uso de sus facultades constitucionales y legales y, en especial, de las que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 3° de la Ley 860 de 2003,

DECRETA:

Artículo 1°. Las empresas a las que se refiere el artículo 3° de la Ley 860 de 2003 **podrán** transferir a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida **la totalidad del valor** del cálculo actuarial **en forma anticipada frente a los plazos previstos por dicha disposición legal.**

Los cálculos actuariales deberán realizarse a la tasa prevista para la conmutación pensional, esto es a una tasa de interés técnico del 4% y deberán incluir los intereses moratorios y la comisión de administración que se pacte, dentro de los límites que señale la Superintendencia Bancaria con base en las normas vigentes. Así mismo deberán transferirse los intereses moratorios correspondientes.

Parágrafo. En el evento en que en el cálculo actuarial no haya sido incluido el reajuste pensional previsto para el pago de la cotización de salud, tal y como lo dispone el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, este deberá incluirse dentro de dicho cálculo.

Artículo 2°. Para efectos de transferir el valor del cálculo actuarial las empresas podrán entregar títulos valores de contenido crediticio, los que llevarán implícita la condición resolutoria del pago de conformidad con el artículo 882 del Código de Comercio, y deberán corresponder a inversiones admisibles de la respectiva administradora del Régimen de Prima Media.

En tal caso, se transfiere el valor del cálculo actuarial cuando las sumas por concepto de pago de capital e intereses que la entidad administradora recibirá por dichos valores correspondan a los pagos que debe hacer por concepto de mesadas pensionales, bonos pensionales, y la comisión de administración que le corresponde recibir a la administradora, de tal manera que asegure la atención de las obligaciones pensionales corrientes para cada vigencia fiscal. Igualmente deberán pagarse los

intereses moratorios correspondientes. En todo caso al realizar el estudio de los flujos deberá considerarse la existencia de una reserva de liquidez equivalente al valor de las mesadas de un año, para atender eventuales variaciones frente al valor de los pagos anuales calculados inicialmente.

Parágrafo. Tanto la administradora como la respectiva empresa deberán reflejar en sus estados financieros lo dispuesto en el inciso anterior a nivel de cuentas de control, conforme a las instrucciones que conjuntamente impartan las superintendencias que ejerzan inspección y vigilancia sobre la entidad administradora y la respectiva empresa.

Artículo 3°. El pago anticipado podrá realizarse a través de la entrega de valores en la forma prevista en el artículo anterior, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la entidad administradora, con la autorización de sus órganos competentes, acepte la entrega de los títulos correspondientes.
2. Que se otorgue una garantía de un tercero a satisfacción de la entidad administradora, que cubra las siguientes contingencias:
 - a) Las derivadas del hecho de que el cálculo actuarial no haya sido elaborado correctamente o con la información correcta y completa y por tanto se generen desviaciones de cobertura del cálculo;
 - b) Las derivadas del hecho de que el producto de los títulos no permita atender el pago de las mesadas pensionales en la cuantía y oportunidad prevista en el cálculo actuarial elaborado en forma correcta;
 - c) Las derivadas de que el capital y los rendimientos de los títulos, o cualquiera de ellos no se reciban, por cualquier causa, en la cuantía y oportunidad previstas.

Parágrafo. Para aceptar la garantía la entidad administradora deberá elaborar un estudio que lleve a concluir que la misma permitirá atender en forma segura y oportuna las contingencias mencionadas en los literales b) y c). Dicho estudio deberá someterse a la Superintendencia Bancaria para su evaluación.

Artículo 4°. La empresa que realice la transferencia deberá en todo caso reflejar en su contabilidad las contingencias a las que se refiere el artículo anterior de conformidad con las instrucciones que imparta la respectiva superintendencia.

En todo caso, si se produce alguna de las contingencias previstas en los literales b) y c) del artículo anterior y la garantía no cubre el faltante oportunamente, la empresa y el garante deberán registrar y pagar, en los plazos previstos por la ley, o inmediatamente si el plazo ya se venció, el saldo que falte para cancelar la totalidad del cálculo actuarial. De igual manera se procederá si se encuentra un error en el cálculo actuarial y la empresa no suministra los recursos correspondientes dentro del plazo de un mes a partir de la comunicación que le envíe la administradora en tal sentido, sin perjuicio de la obligación de elaborar un nuevo cálculo actuarial.

Artículo 5°. En cualquier evento en que se produzca la disolución de una de las empresas a las que se refiere el artículo 3° de la ley 860 de 2003, el cálculo deberá pagarse dentro del proceso de liquidación, en la forma prevista en la ley, con la preferencia que le corresponde como obligación pensional.

Artículo 6°. Las Superintendencias que ejerzan la inspección y vigilancia sobre la administradora del Régimen de Prima Media y las empresas respectivas, deberán verificar el cumplimiento de este decreto y la Ley 860 de 2003.

Artículo 7°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 8 de julio de 2004.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Alberto Carrasquilla Barrera.

El Ministro de la Protección Social,

Diego Palacio Betancourt.

Los demandantes, aducen las normas citadas en el acápite denominado concepto de violación, por haber excedido el Ejecutivo las facultades de reglamentación de la amortización y pago del cálculo actuarial de pensionados establecido por el artículo 3º de la Ley 860 de 2003.

Por medio del Decreto 1282 de 1994, se estableció el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles, en el que los adscribió al Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, con excepción de quienes estén cobijados por el régimen de transición y las normas especiales allí previstas (artículo 1º); de manera que, los aviadores civiles que ingresen con posterioridad al 1o. de abril de 1994, se regirán por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 (artículo 7º).

El mismo decreto, previó como Administradora del régimen de transición previsto en el artículo 3¹ y las pensiones especiales transitorias consagradas en el artículo 6² a la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac-Caxdac, “entidad a la cual sus

¹ “ARTICULO 3o. REGIMEN DE TRANSICION DE LOS AVIADORES CIVILES. Los aviadores civiles, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el presente artículo, siempre que al 1o. de abril de 1994 hayan cumplido cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres;
- b) Haber cotizado o prestado servicios durante diez (10) años o más..”.

² “ARTICULO 6o. PENSIONES ESPECIALES TRANSITORIAS. En aquellos casos en los cuales el aviador no haya cumplido al 1o. de abril de 1994 los diez (10) años de servicios, y por lo tanto, no sea beneficiario del régimen de transición aquí previsto, el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez será el establecido en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993. Sin embargo, la edad para acceder a la pensión de vejez en este caso será de cincuenta y cinco (55) años, que se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Para efectos de estas pensiones los afiliados cotizarán en los términos de la ley 100 de 1993 y las empresas aportarán, además de lo previsto en la ley, cinco (5) puntos adicionales.

Las empresas emitirán el respectivo bono pensional de acuerdo con las normas.”
especiales sobre la materia.

afiliados harán las respectivas cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia.” (artículo 7º).

Por su lado, el Decreto 1283 de 1994, estableció el régimen de la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac, como una entidad de seguridad social de derecho privado y sin ánimo de lucro, creada por medio del Decreto Legislativo número 1015 de 1956 y la Ley 32 de 1961.

En ese mismo decreto, artículo 6, se indicó que las empresas aéreas empleadoras de los aviadores civiles actualmente pensionados por Caxdac, de quienes hayan causado el derecho y de los beneficiarios del régimen de transición, deberán completar la totalidad del cálculo actuarial de aquellos cuya pensión corresponde administrar a Caxdac, pero, para efectos del cumplimiento de esta preceptiva, previó en el artículo 7º,³ la forma cómo se debería sufragar el cálculo actuarial.

Luego, se expidió la Ley 860 de 2003, que en su artículo 3º, arriba transcrito, ordenó que se transfiriera el valor de su cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y les otorgó un plazo para realizar dichos pagos hasta el año 2023, indicó que el porcentaje no amortizado del cálculo actuarial se transferirá gradualmente en forma lineal, calculados de forma anual y pagaderos en doce (12) cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, norma que, además, deroga expresamente, el artículo 7º del Decreto 1283 de 1994, y todas las demás que le sean contrarias; y el Decreto acusado, reglamenta esta última preceptiva.

³ “ARTÍCULO 7. Las empresas de transporte aéreo elaborarán el cálculo actuarial respectivo que deberá ser aprobado por la Superintendencia Bancaria.

Las empresas amortizarán gradualmente el cálculo actuarial respectivo de la siguiente forma:

a) La empresa calculará la diferencia entre el porcentaje que representaba la provisión, si la hubiere y las reservas disponibles por Caxdac, al 1o. de abril de 1994, respecto del cálculo actuarial individual a la misma fecha.

b) Anualmente y dentro de los próximos once (11) años, las empresas deberán incrementar la provisión en el porcentaje que representa la undécima parte de la diferencia anotada en el literal anterior, de suerte que el porcentaje así acumulado se aplique al respectivo cálculo actuarial de cada año. Por lo tanto, al cierre del balance del año 2005 el cálculo actuarial deberá encontrarse amortizado en el 100%.

Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las empresas transferirán íntegramente a Caxdac el valor arrojado en el incremento en el cálculo actuarial correspondiente al año inmediatamente anterior, deducidas las sumas actualizadas ya transferidas a Caxdac.

Si las empresas no dan cumplimiento oportuno a lo previsto en los literales anteriores, incurrirán en mora por las sumas respectivas frente a Caxdac, a la tasa máxima legal vigente.

PARAGRAFO 1o. El monto de las sumas entregadas a Caxdac conforme a lo dispuesto en este artículo, se actualizará para los efectos del cálculo actuarial, a la tasa de rentabilidad obtenida por la inversión de las reservas de Caxdac, verificada por la Superintendencia Bancaria y, en todo caso, a la tasa de rentabilidad mínima exigida para la inversión de tales reservas.

PARAGRAFO 2o. Respecto de las empresas de transporte aéreo que al 1o. de abril de 1994 hayan amortizado el cálculo actuarial a una proporción inferior al 40% del mismo, podrán amortizar el porcentaje del déficit que exceda de dicho porcentaje, en partes iguales durante siete (7) años desde el año 2006”.

1. Revisado el asunto, la Sala no observa el desbordamiento del decreto acusado porque, si bien, esta regla contiene especificidades no contempladas en la ley reglamentada, como son el pago anticipado, la forma como debe pagarse, su imputación contable y la prelación del crédito en caso de disolución de las empresas responsables del pago del cálculo actuarial⁴, tal regulación está referida al mismo tema, la amortización y pago del cálculo actuarial de pensionados, es decir, se ciñe en un todo a la materia regulada.

Ahora bien, como se anticipó en los autos que resolvieron sobre la suspensión provisional (Folios 51 a 64 y 21 a 34) y como lo ha reiterado esta Corporación⁵, la facultad reglamentaria del Presidente otorgada por el artículo 189-11 de la Carta Política, no se debe enmarcar dentro de una réplica del contenido de la ley sino que debe contener unas verdaderas regulaciones que faciliten su aplicación, previendo circunstancias y modalidades no expresadas directamente pero que se deriven de su texto y eso es lo que, en principio, contiene el reglamento demandado.

No se observa extralimitación de las facultades otorgadas al Presidente porque se abstiene de invadir regulaciones propias del legislador, como la de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados o la de establecer contribuciones parafiscales; se insiste, el decreto se limitó a reglar el pago anticipado y otras eventualidades que se puedan presentar en relación con la amortización y pago del cálculo actuarial.

Así las cosas, los cargos formulados tendientes a la anulación de la totalidad del Decreto acusado deben desestimarse, se repite, porque las normas fueron proferidas bajo las competencias otorgadas al Presidente de la República y dentro del marco regulatorio, a él deferido conforme al artículo 189-11 de la Carta Política.

2. En cuanto a los demás cargos de anulación propuestos, en contra del artículo 1º., que corresponden a las expresiones “podrán”, “la totalidad del valor”, y, “en

⁴ El artículo 6º. del Decreto 1282 de 1994, establece: Artículo 6º. Integración del cálculo actuarial. Las empresas aéreas empleadoras de los aviadores civiles actualmente pensionados por Caxdac, de quienes hayan causado el derecho y de los beneficiarios del régimen de transición, deberán completar la totalidad del cálculo actuarial de aquellos cuya pensión corresponde administrar a Caxdac de la forma prevista en el artículo siguiente.

⁵ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 2 de abril de 2009, Expediente No. 9901-05, Referencia: 110010325000200500231 00, Actor: CRISTIAN ALBERT USCÁTEGUI SÁNCHEZ, Magistrado Ponente Dr Gerardo Arenas Monsalve; 3 de marzo de 2005, Expediente No. 110010325000200200262 01 (5427-02), ACTOR: Nixon José Torres Carcamo, Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, entre otras.

forma anticipada frente a los plazos previstos por dicha disposición legal” y del artículo 3º, la expresión “anticipado”, del Decreto 2210 de 2004, que le otorgan la potestad a las Cajas, Fondos o Entidades de Seguridad Social del Sector Privado, encargados de la administración del Régimen de Prima Media con prestación definida, de recibir la totalidad del valor del cálculo actuarial de manera anticipada, y para estos fines fija las condiciones en que se puede realizar dicha transferencia.

Para la Sala, no existe un desbordamiento del ejecutivo al autorizar, de manera potestativa, que el cálculo actuarial, que es la masa de dineros requeridos para el pago de las obligaciones pensionales contraídas por las empresas⁶, se sufrague de manera anticipada.

Empero, autorizado por el legislador el pago o transferencia, de manera gradual de las obligaciones pensionales a cargo de la entidad administradora del régimen de transición de los aviadores civiles definido en el Decreto 1282 de 1994, lo mismo que del régimen de pensiones especiales transitorias contenido en el artículo 6 de dicho decreto, esto es, la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, ACDAC, denominada “CAXDAC” (artículo 3º de la Ley 860 de 2003), a las administradoras generales de pensiones, así sea de manera gradual, también resultaba procedente el pago del cálculo actuarial de forma total.

No existe alguna otra forma que indique que se le pueda dar una lectura distinta, pues si se puede sufragar una prestación de manera gradual, con mayor razón de manera total, porque de lo que se trata es de que las entidades administradoras de pensiones, del régimen general, sustituyan estas obligaciones pensionales de quienes actualmente las vienen administrando.

En otras palabras, lo sustancial es que el legislador autorizó de manera expresa el traslado de dineros de las empresas antes señaladas (artículo 3º de la Ley 860 de 2003), en pagos parciales a las diferentes cajas, fondos o entidades de seguridad social que administren el régimen de prima media, lo demás, es decir que sea en

⁶ El cálculo actuarial se define como “*el cálculo matemático que hacen las empresas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y Bancaria por concepto de reserva para pagar futuras pensiones de jubilación.*”. Fuente: Diccionario Técnico Tributario, BRICEÑO DE VALENCIA Teresa y VERGARA LACOMBE Ramón, Centro Interamericano Jurídico Financiero, Medellín, 2002, págs. 479 y 480.

cuotas o de forma total, son aspectos que puede operativizar el Gobierno Nacional.

Es más, cuando pretenda una entidad administradora de pensiones subrogar una obligación pensional,⁷ debe transferir la totalidad del cálculo actuarial para que opere de pleno la figura, pues si no se transfiere la totalidad de este monto no puede considerarse que ocurrió este fenómeno.⁸

En el mismo sentido, la expresión “hasta el año 2023” contenida en el artículo 3 de la Ley 860 de 2003, como lo indican la entidad acusada y el Ministerio Público, se puede deducir que este es el último plazo, pero que su utilización es facultativo, de manera que, si los obligados quieren y pueden anticipar el pago de ésta preceptiva no se puede deducir una prohibición para que así lo haga.

Así las cosas, los cargos propuestos contra las expresiones antes señaladas, no están llamados a prosperar.

3. En cuanto a la anulabilidad del artículo 5º del Decreto 2210 de 2004, que prevé: “En cualquier evento en que se produzca la disolución de una de las empresas a las que se refiere el artículo 3º de la ley 860 de 2003, el cálculo deberá pagarse dentro del proceso de liquidación, en la forma prevista en la ley, con la preferencia que le corresponde como obligación pensional.”, se tiene:

En la demanda se alega que el artículo se aparta de la materia regulada, en la medida en que contempla la hipótesis de la disolución de una empresa privada de aviación civil obligada a aportar a CAXDAC, tema que, a criterio de los actores, no está implícito en el texto del artículo 3 de la Ley 860 de 2003, es decir que va más allá del texto de la ley reglamentada, modificándola.

⁷ En suma, el legislador autorizó conmutación o normalización pensional definida como los “*mecanismos que tienen la finalidad de permitir a un empleador particular o estatal que tiene obligaciones pensionales a su cargo sustituir esas obligaciones mediante un pago de capital, para que el pago de las pensiones sea asumido por una entidad del sistema de seguridad social*” (Arenas Monsalve, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, p. 417.)

⁸ “*la conmutación pensional es la novación legal del deudor; la empresa o patrono es sustituido por el sistema de seguridad social, el cual asume la obligación a cambio de recibir el valor total de su cálculo actuarial, y releva definitivamente a al empresa de al deuda por pensiones –la que deben serlo en su totalidad-, esto es, frente a todos los trabajadores y por ciento por ciento del monto de las mesadas.*” (López Villegas, Eduardo. La formación y traslado de recursos para el sistema pensional. En: Libro homenaje a María del Rosario Silva y Pedro Manuel Charria. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, p. 47. Citado en Obra antes referida. p. 418.).

En criterio de la Sala la situación anómala de disolución de la empresa encargada de trasladar el cálculo actuarial, está dentro de las potestades reglamentarias del Gobierno Nacional, pues, regla la misma materia, el traslado de los dineros necesarios para la pensión de los afiliados a CAXDAC al régimen general de pensiones, bajo la modalidad de prima media definida, es decir, no está usurpando las funciones del legislador señaladas como violadas por los demandantes previstas en el artículo 150, numerales 12 y 19, de la Carta Política.⁹

En otras palabras, si bien es cierto, el aspecto aludido no aparece de manera expresa, no es ajeno al tema ni contempla situaciones distintas de las que debieran ocuparse las facultades reglamentarias otorgadas al Gobierno Nacional.

Esta hipótesis no prevista por el legislador se justifica, como también se indicó al momento de resolver las suspensiones provisionales porque “resulta razonable que una empresa en disolución deba sufragar el costo del cálculo actuarial dentro del proceso de liquidación y no esperar los plazos normales porque en este último evento se corre un mayor riesgo de que la obligación quede insoluble y, por consiguiente, desprotegidos, en mayor proporción, los derechos pensionales que garantizan las transferencias financieras que se deben efectuar por ese concepto.”.

Empero, es cierto que los aportes y provisiones para atender las pensiones revisten una naturaleza eminentemente parafiscal, cuya destinación es para atender la seguridad social,¹⁰ aspecto que apunta, a términos del artículo 1º de la Ley 100 de 1993, a otorgar una calidad de vida acorde con la dignidad humana, que incorpora aspectos productivos propios de la etapa laboral e improductivos, que es la jubilación, para que a través de los distintos sistemas existentes se atienda de manera eficiente, eficaz y sin interrupciones, las prestaciones pensionales a los que los afiliados aportaron durante su vida productiva, por lo que, normas como éstas que tienden a garantizar estos derechos, máxime en empresas que van a dejar de

⁹ “ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...]12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. [...]”

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: [...] e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.”.

¹⁰ El artículo 1º de la ley 100 de 1993, lo define así: “*El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan. El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro*”.

existir, pueden considerarse dentro de las potestades del Ejecutivo, lo que es armónico con lo dispuesto, no sólo con el artículo 189-11 de la Carta Política, sino también, con su función de inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos (artículo 189-22).

La parte demandante alega que, desconoce el carácter parafiscal de los aportes empresariales; en relación con este tópico la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 1993, precisó los siguientes aspectos:

“Los recursos parafiscales fueron introducidos en Colombia en el año de 1928 al crearse la contribución cafetera. Dichos recursos han sido ya objeto de tres pronunciamientos unánimes de la Corte Constitucional, a propósito del fondo panelero, de las cajas de compensación familiar y del fondo nacional del café, los cuales fueron declarados constitucionales, tal y como se analiza a continuación.

“En efecto, en una ocasión la Corporación afirmó que estos recursos “surgen en Francia -a mediados del presente siglo- cuando el entonces ministro Robert Schuman calificó como parafiscales algunos de los ingresos públicos que, a pesar de ser fruto de la soberanía fiscal del Estado, contaban con ciertas y determinadas características que los diferenciaban claramente de otro tipo de ingresos. Los recursos parafiscales eran aquellos cobrados a una parte de la población, destinados específicamente a cubrir intereses del grupo gravado, que no engrosaban el monto global del presupuesto nacional. Posteriormente la teoría de la hacienda pública ha desarrollado prolíficamente este concepto y aunque las definiciones no son ciertamente unívocas, existe en todas ellas un denominador común: se trata de una técnica de intervención del Estado en la economía, destinada a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional. En suma, una característica esencial de los recursos parafiscales es su especial afectación. La doctrina ha coincidido también en diferenciar claramente a las contribuciones parafiscales de categorías clásicas tales como: los impuestos y las tasas. A diferencia de las tasas, las contribuciones parafiscales son obligatorias y no confieren al ciudadano el derecho a exigir del Estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien. Se diferencian de los impuestos en la medida en que carecen de la generalidad propia de este tipo de gravámenes, tanto en materia de sujeto pasivo del tributo, cuanto que tienen una especial afectación y no se destinan a las arcas generales del tesoro público. La doctrina suele señalar que las contribuciones parafiscales se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias, no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un

gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad."¹

"Igualmente la Corte Constitucional declaró exequibles los recursos parafiscales destinados a las cajas de compensación familiar.² Y con anterioridad a ambos fallos, la Corporación había sostenido que los recursos parafiscales "son extraídos en forma obligatoria de un sector económico para ser invertidos en el propio sector con exclusión del resto de la sociedad".³

"Como anota Restrepo, "la diferencia entre las tasas y los ingresos parafiscales radica en que en las primeras se trata de una remuneración por servicios públicos administrativos prestados por los organismos estatales; en las segundas los ingresos se establecen en provecho de organismos privados o públicos pero no encargados de la prestación de servicios públicos administrativos propiamente dichos. En Colombia tenemos un buen ejemplo de un ingreso parafiscal en la llamada retención cafetera que deben pagar los particulares (exportadores del café) y con el producido de la cual se nutren los recursos del Fondo Nacional del Café".⁴

"A lo anterior habría que agregar que este tipo de recursos se recaudan ora por organismos privados ora por entidades públicas.

"Etimológicamente la noción de parafiscalidad, por la raíz griega para, supone algo paralelo, al lado o al margen de la actividad estatal.

"Ahora bien, la mayoría de la doctrina coincide en afirmar que la cuota parafiscal no debe figurar en el presupuesto general del Estado. Sin embargo algunos sostienen que "preverla como parte del Presupuesto Nacional obedece a su origen legal y a su naturaleza de contribución obligatoria ... ya que sin este apoyo, sería ineficaz su recaudo e iluso el control de su destino"⁵. Sobre el mismo punto otros doctrinantes anotan que "las tasas parafiscales, a pesar de su naturaleza extrapresupuestaria, pueden ser incorporadas a los presupuestos. Sin embargo, para no desvirtuar esa naturaleza, tal incorporación sólo puede operar para efectos de su administración, pero no en cuanto a su origen y destinación".⁶

"Para sistematizar, la Corte observa que los recursos parafiscales tienen tres elementos materiales, a saber:

"1) Obligatoriedad: el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del mencionado recurso, por tanto el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento.

¹ Corte Constitucional. Sentencia N° C-040 del 11 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Págs. 18 a 19.

² Corte Constitucional. Sentencia N° C-575 de octubre 28 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

³ Corte Constitucional. Sentencia No. C-449 de 9 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Pág. 27

⁴ Restrepo, Juan Camilo. Hacienda Pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992. pág. 124

⁵ Documento presentado por Luis Carlos SÁCHICA ante la Corte Constitucional, dentro del proceso D-142.

⁶ Lleras de la Fuente, Carlos et al. Interpretación y Génesis de la Constitución Colombiana. Cámara de Comercio de Bogotá. 1992. Pág. 561

“2) Singularidad: en oposición al impuesto, el recurso parafiscal tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico.

“3) Destinación Sectorial: los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores”.¹¹

Conforme a la definición de los aportes parafiscales, antes señalada, y habida cuenta de que la destinación de estos va a ser la seguridad social, específicamente, la atención de las pensiones de los empleados vinculados a las empresas relacionadas en el artículo 3º de Ley 860 de 2003, cabe decir simplemente, que la norma acusada se limitó a declarar lo evidente, es decir, que en el proceso de disolución de una empresa, para efectos de clasificación de las obligaciones, los dineros que están dentro del denominado cálculo actuarial, tienen una naturaleza pensional.

Es más, conforme a lo antes señalado, los aportes parafiscales tienen una naturaleza extrapresupuestaria y pueden ser incorporadas a los presupuestos, para efectos de su administración y protección. El decreto demandado, realiza la protección de los dineros con los que se cubrirá la seguridad social de los futuros pensionados cuando la empresa entre a disolverse.

En otras palabras, el hecho de que los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales (parafiscales) de los aviadores civiles que previamente estaban a cargo de las Empresas Nacionales de Transporte Aéreo, sean asumidos por CAXDAC o cualquier otra entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, no le quita el carácter de ser y pertenecer al régimen de seguridad social en pensiones, es decir, tienen un carácter pensional, su carácter de parafiscal no le quita su destinación “pensional”.

Finalmente, conviene precisar que un aspecto es la fijación del aporte o tasa parafiscal y otro, muy distinto su calificación y clasificación, estas últimas las da la naturaleza del aporte y, por supuesto, su destinación, por ende, no contradice los artículos 9¹² y 10¹³ del Decreto 1015 de 1956, 1¹⁴ y 3¹⁵ de la Ley 32 de 1961, 3 de la

¹¹ Expediente D-283, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹² Artículo 9º, Las prestaciones que por ley corresponde a los Aviadores Civiles, dejará de estar a cargo de los patronos o empresas de aviación civil, cuando la caja de que trata el artículo anterior, vaya asumiendo el

Ley 860 de 2003, sino que la confirma, porque los recaudos son para el pago de las pensiones.

Tampoco es cierto que el artículo 5º, hubiese modificado el Código de Comercio ni el Civil, que hablan sobre la prelación de los créditos, simplemente, está clarificando que esos aportes están destinados a cubrir obligaciones pensionales y, por ello, debe tenerseles en cuenta bajo esa clasificación, dándole la respectiva prelación, si es del caso.

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

DENIÉGANSE las pretensiones de las demandas que integran el proceso acumulado los que solicitaron la nulidad total del Decreto 2210 de 2004 expedido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social que reglamentó parcialmente el artículo 3 de la Ley 860 de 2003 y de las expresiones demandadas de los artículos 1º y 3º del mencionado decreto.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

riesgo de ellas de acuerdo con sus propios reglamentos y con las normas especiales que al efecto expida el Gobierno.

¹³ “Artículo 10º. A partir de la fecha en que la Caja de que tratan los dos artículos anteriores asuma el pago de todas o una cualquiera de las prestaciones sociales que por ley correspondan a los aviadores civiles, las empresas nacionales de aviación civil que mantengan a su servicio miembros del Escalafón de Reserva de 2ª clase de la Fuerza Aérea contribuirán con sus aportes a la financiación de la referida Caja, en la cuantía y condiciones que determine el Gobierno, previos los estudios actuariales que la Caja le presente

¹⁴ “*Artículo 1º. A partir de la sanción de la presente Ley, las empresas nacionales de aviación civil que tengan a su servicio miembros del Escalafón de Reserva de 2ª clase de la Fuerza Aérea, contribuirán con sus aportes a la financiación de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC) en la cuantía y con las condiciones que determine el Gobierno, previos los estudios actuariales que la entidad beneficiaria le presente.*”

¹⁵ “Artículo 3º. En desarrollo del artículo anterior, a partir de la promulgación de la presente ley, los patronos o empresas de aviación civil que cubran los aportes fijados por el Gobierno, quedan exentas de pagar a los aviadores y navegantes civiles la pensión de jubilación establecida en el Código Sustantivo del Trabajo [...]”.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO