

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límite. Separación de poderes

Con sujeción al artículo 189, numeral 11 de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente de la República: “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.” Uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho es la separación de poderes, de modo que a cada autoridad le está asignada una función que debe ejercer dentro de unos límites específicos a los que está ligado; esto es, ha de cumplirla de modo que no haya el peligro de invadir el ámbito de competencias de otros funcionarios. La delimitación estricta de funciones impide la concentración del poder y se erige en una restricción necesaria para garantizar que una sola autoridad no atraiga sobre sí potestades desmedidas. Esta consideración explica la responsabilidad de los funcionarios por extralimitación de sus funciones, como nítidamente se establece en el artículo 6º de la Carta Política y se desarrolla en leyes especiales que regulan la responsabilidad personal y política. Así, la debida separación de los poderes públicos debe impedir que el Presidente de la República asuma funciones legislativas, lo que podría hacer so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, si es que de ese modo asume una competencia reservada al legislador.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6; CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1474 DE 1997 - ARTICULO 24

FACULTAD REGLAMENTARIA - Prohibición de controvertir, modificar, desconocer o repetir el contenido de la Ley / TAUTOLOGIA LEGAL - Definición. Prohibición / NECESIDAD DE LA REGLAMENTACION - Premisa del vacío

La violación de la potestad reglamentaria puede venir de que el Presidente de la República, contraríe la voluntad de la propia ley reglamentada u otra del mismo linaje, lo que acontece cuando la Ley de manera expresa ya se ocupó de la materia, y el Reglamento Presidencial la controvierte, modifica o desconoce su exacto sentido. Desde luego que un decreto reglamentario no podría desconocer los mandatos de la ley reglamentada, pues la actividad del Presidente de la República prevista en el artículo 189 de la Constitución, es complementaria de la ley y no podría contravenir la voluntad del legislador, pues el control de la actividad legislativa corresponde a la Corte Constitucional y el Presidente no podría enmendar la tarea al legislador, si en su momento no hizo la objeción de esa ley por inconstitucionalidad o inconveniencia. Es claro entonces que las potestades legislativa y reglamentaria se expresan en distintos planos, y que el Presidente de la República no puede ir contra la ley reglamentada u otra que exista sobre la materia. Tampoco podría el Presidente de la República saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de regulación por el propio legislador, pues si repite exacto el contenido de las normas reglamentadas, violaría el principio conocido como “prohibición de la tautología legal”. Pero si en lugar de repetir la misma regla puesta por el legislador, contraría su sentido, habría abuso de la potestad reglamentaria, pues de conformidad con el artículo 189, numeral 10º de la Carta Política al Presidente de la República le corresponde “Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento”, lo cual desde luego excluye que pueda desconocer su contenido, o so pretexto de reglamentar una ley, aniquilar sus efectos. Igualmente, el artículo 189 numeral 11 de la Carta

establece la premisa de “necesidad de la reglamentación”, es decir, que haya un vacío normativo que impida la cumplida ejecución de la ley, que por tanto haga imprescindible la provisión de un reglamento por parte del Gobierno.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 3251-05, MP. Tarsicio Cáceres Toro.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1474 DE 1997 - ARTICULO 24

POTESTAD REGLAMENTARIA - Facultad para introducir, retirar o derogar un decreto por cambios normativos o reformas legales / DECRETO 1474 DE 1997 - Legalidad

La cumplida ejecución de las leyes de que trata el numeral 10º del artículo 189 de la Constitución, exige la adaptación de los reglamentos a la variación de las circunstancias. Tal cosa se muestra con mayor énfasis en este evento, si se observa que en materia de seguridad social, ha existido un cambio permanente del marco normativo, especialmente en el periodo de transición, abundancia legislativa que muestra el necesario ejercicio dinámico de la potestad reglamentaria, a fin de que la cumplida ejecución de las leyes tenga cabal realización como manda la Carta Política para inspirar la potestad reglamentaria. Además, si el advenimiento de la Ley 100 de 1993, hacía menester que el Presidente de la República ejerciera de nuevo la potestad reglamentaria, esta vez mediante la derogación expresa de un reglamento precedente, nada habría de inconstitucional o ilegal en ese proceder, si es que resultaba indispensable, a juicio del Gobierno, para atender las nuevas realidades legales sobrevinientes a una reforma, pues, repítese un decreto reglamentario no es inderogable, todo lo cual se dice sin perjuicio de los derechos adquiridos y de las situaciones consolidadas de quienes específicamente se encontraban en régimen de transición del artículo 36 de la citada Ley, mientras la norma derogada tuvo vigencia como complemento y desarrollo de la Ley 71 de 1988. Sería inaceptable que el legislador pudiera derogar esta ley, pero que uno de sus decretos reglamentarios pudiera conservar vigencia, lo cual no descartaría casos para los cuales aquella ley y sus decretos reglamentarios puedan ser aplicados para situaciones consumadas durante el tiempo de su vigencia. En síntesis, así como el Presidente de la República puede proveer un reglamento apoyado en las atribuciones que le otorga el artículo 189 de la Constitución, está facultado para retirarlo del ordenamiento jurídico mediante otro decreto de idéntica jerarquía, de lo cual emerge que no hay exceso de la potestad reglamentaria.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2709 DE 1994 / DECRETO 1474 DE 1997 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1474 DE 1997 - ARTICULO 24

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00132-00(2586-07)

Actor: LUIS ENRIQUE ALVAREZ VARGAS

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Decide la Sala, en única instancia, la acción de simple nulidad, formulada por Luís Enrique Álvarez Vargas contra La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

LA DEMANDA

Luís Enrique Álvarez Vargas, en ejercicio de la acción de **simple nulidad** consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó se invalide la derogación que aparece en el artículo 24 del Decreto No. 1474 de 1997, cuando alude con ese propósito al “ *artículo 6º del Decreto 2709 de 1994*”.

El demandante sustentó las pretensiones en los siguientes hechos:

Mediante el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario No. 1160 de 1989, se creó la pensión de jubilación por aportes para corregir una injusticia evidente del sistema de seguridad social existente en ese entonces, según ello, los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por parte de los empleados oficiales, y a la pensión de vejez por parte de los trabajadores del sector privado eran diferentes, razón por la cual, el cambio de un sector a otro, implicaba partir de cero, sin tener en cuenta los aportes para pensión entregados anteriormente a una caja de previsión social o al Seguro Social.

Con base en estas consideraciones, la Ley 71 de 1988 estableció un nuevo régimen pensional, según el cual tanto los empleados oficiales como los trabajadores particulares que cumplan 60 años o más de edad si son varones, o 55 años o más si son mujeres, pueden obtener la pensión de jubilación acreditando 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo a cajas de previsión del sector público o al Instituto de Seguros Sociales.

Por mandato expreso de la Ley 71 de 1988, mediante el Decreto No 1160 de 1989, el Gobierno Nacional reglamentó íntegramente los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación, así como las cuotas partes que corresponden a las distintas entidades involucradas. Este Decreto a su vez fue parcialmente modificado por el Decreto No. 2709 de 1994, *"Por el cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 71 de 1988"*, derogó los artículos 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28 y 29, dejando vigentes los artículos 22 y 25.

Con el nombre de *"Régimen de transición"*, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció que: *"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley."*

En forma contradictoria, en el inciso tercero del mismo artículo 36, se dispone que el *"ingreso base para liquidar, es decir, para calcular el monto de la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE."*

Entre las diversas imprecisiones y contradicciones en que incurrió el legislador, continúa el demandante, al redactar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está el haber considerado el ingreso base para liquidar la pensión (IBL), como un

elemento ajeno al concepto de "*monto*" de la misma. Cuando se habla de monto de una pensión, necesariamente se entiende que debe existir una base numérica que lo determine, luego, si la norma está garantizando a los beneficiarios del régimen de transición que tienen derecho a la pensión de vejez o de jubilación - como ya lo ha definido la jurisprudencia- bajo las condiciones de edad, tiempo de cotización y monto establecidos en el régimen anterior, resulta incongruente que en la misma norma se cambie, en detrimento de los trabajadores, la forma como se determina el monto de la prestación social cuyo derecho pretende salvaguardar en su integridad el inciso segundo de la misma norma.

El Decreto No. 2709 de 1994 en el artículo 8º, modificó el artículo 25 del Decreto 1160 de 1989 en los siguientes términos:

“Art. 8º. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley”.

Igualmente este Decreto reglamentario modificó el artículo 24 del Decreto No. 1160 de 1989, y dispuso en su lugar lo siguiente:

“ART 6º._ Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, salvo las excepciones contenidas en la ley.”

“Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente”

No obstante que la Ley 100 de 1993 en sus artículos 13, 17 y 18, retomó la idea fundamental de la Ley 71 de 1988, en el sentido de que para tener derecho a las pensiones establecidas en el nuevo sistema, se deben tomar en cuenta las cotizaciones efectuadas con base en el salario devengado, en virtud del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100, la pensión de la Ley 71 continuó siendo un régimen autónomo, al que pueden acogerse las personas cobijadas por el régimen de transición, quienes tienen derecho a que se les aplique el principio de favorabilidad ínsito en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993,

así como el otro principio hermenéutico subyacente en este precepto, como es el de inescindibilidad o aplicación total de la normatividad que se considere más favorable respecto de la Ley 100 de 1993.

Mediante el Decreto No 1474 de 30 de Mayo de 1997, el Gobierno Nacional - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - en uso de la potestad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, derogó, modificó y adicionó algunos artículos del Decreto No. 1748 de 1995 que a su vez habían reglamentado los artículos 15 y siguientes de la Ley 100 de 1993, en materia de Bonos Pensionales, instrumentos estos que deben expedir las entidades pagadoras de pensiones con destino a la conformación del capital necesario para financiar las prestaciones de los afiliados al sistema general.

Efectivamente, la totalidad del Decreto No. 1474 se ocupó de la reglamentación del tema señalado en su enunciado: "Bonos pensionales"; sin embargo, al final del artículo 24 se incluyó arbitrariamente y con abuso del poder, la siguiente frase: " ... *deroga el artículo 6º del Decreto No. 2709 de 1994 ...* ", norma esta que regula el monto de la pensión de jubilación por aportes, y que no tiene relación alguna con el tema reglamentado por el Decreto No. 1474 de 1997.

Evidentemente, lo único que se pretendió con la insólita derogación del artículo 6º del Decreto No. 2709 de 1994, fue modificar el régimen pensional establecido en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, en "*detrimento de los beneficiarios del régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*"

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas la parte demandante cita las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 13, 46, 48, 53, 58, 158,189, numeral 11 y 209.

De la Ley 71 de 1988, el artículo 7º.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 2º, 36 y 288.

Del Decreto 2709 de 1994, el artículo 6º.

La censura reside de modo concreto en que el Decreto No. 1474 de 1997, norma acusada en esta acción de nulidad, derogó, sin explicación alguna, el Decreto No. 2709 de 1994. En el relato de los hechos se hace un esbozo de la problemática jurídica que envuelve la acción impetrada para pedir la anulación parcial del Decreto No. 1474 de 1997; sin embargo, es necesario precisar, dice el demandante, el concepto de violación de normas superiores por parte del Gobierno Nacional, al derogar sin explicación ni motivación alguna el artículo 6º del Decreto No. 2709 de 1994.

Para el demandante la potestad reglamentaria se justifica para realizar la "*cumplida ejecución de estas leyes*", pero no puede ser instrumento para manipularlas arbitrariamente, menos para lesionar los derechos sociales fundamentales consagrados y protegidos por la ley; en este caso, el derecho a la pensión de jubilación por aportes, establecido por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, regulado por el Decreto No. 2709 de 1994 y protegido en su integridad por el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En la expedición del Decreto reglamentario No. 1474 de 1997, el Presidente de la República desbordó la potestad reglamentaria, al derogar el artículo 6º del Decreto No. 2709 de 1994, por que introdujo una modificación sustancial al régimen especial de la pensión de jubilación por aportes establecido en la Ley 71 de 1988 y protegido como régimen de transición por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al monto de dicha prestación social se refiere, con ello también incurrió en violación del artículo 158 de la Constitución Política, aplicable por analogía, por cuanto, si al legislador le está prohibido introducir en un proyecto de ley disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella, es decir, los conocidos como "*micos*", ésta misma norma es aplicable al ejercicio de la facultad reglamentaria por parte del señor Presidente de la República, quien en este caso

introdujo en el Decreto No. 1474 de 1997, una disposición totalmente ajena al tema de las normas reglamentadas.

Todo decreto que desarrolle la potestad reglamentaria no puede abandonar la norma legal que desarrolla y por tanto al Presidente le está vedado introducir normas ajenas al tema. Obrar en sentido contrario implica incurrir en extralimitación de funciones y constituye una invasión en el campo propio del legislador.

En cuanto a la violación de los artículos 13, 46, 48, 53, 58 y 209 de la Constitución, para el demandante en el primero se consagra el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, el cual fue vulnerado porque con la derogación del artículo 6º del Decreto No. 2709 de 1994, se estableció una desigualdad en cuanto a la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para las personas que de acuerdo a lo establecido en el artículo 288 *ibídem*, estimen más favorable la pensión de jubilación por aportes establecida por la Ley 71 de 1988 y el Decreto No. 2709 de 1994, frente a la pensión de vejez prevista en el nuevo régimen de la Ley 100 de 1993.

Igualmente se vulnera el derecho a la seguridad social integral adquirido por estas personas, por cuenta de los artículos 2º , 36 y 288 de la Ley 100 de 1993, respecto del monto de la pensión que les corresponde, toda vez que es más favorable el monto con el 75% del promedio de la devengado durante los últimos diez años de servicio, como lo hace el Instituto de Seguros Sociales, mezclando indebidamente norma propias de la pensión de jubilación por aportes, con las disposiciones relativas a la pensión de vejez contenidas en la Ley 100 de 1993.

Finalmente se consideran violados los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía e imparcialidad que deben informar las actuaciones de las autoridades administrativas, conforme a las disposiciones del artículo 209 del la Constitución Política.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda, lo que hizo con apoyo en los siguientes argumentos:

El artículo 7º de la Ley 71 de 1988, por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, estableció la posibilidad para quienes hubieren prestado sus servicios en el sector público con aportes a entidades de previsión social de carácter oficial de cualquier orden y, en tiempos de servicios cotizados al Instituto de Seguros Sociales- ISS se les pudiera reconocer la pensión de jubilación por aportes. Esto se originó en la ausencia de una norma que permitiera acumular los tiempos públicos con aportes a entidades de previsión social del sector oficial del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y tiempos cotizados en el Instituto de Seguros Sociales - ISS.

A su vez, el artículo 7º consagró la "*Pensión de Jubilación por Acumulación de Aportes*". Según la norma, esta pensión tiene en cuenta sólo los tiempos cotizados en entidades estatales y las cotizaciones del sector privado hechas al I.S.S. En ese sentido, los empleados oficiales y públicos, y los trabajadores particulares que acrediten el cumplimiento del requisitos de edad -55 años si es mujer y 60 años si es varón - y del requisito de tiempo de aportes -20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, con los efectuados ante el I.S.S., tienen derecho a la pensión de jubilación mediante la suma o acumulación de aportes y cotizaciones efectivamente realizadas.

El Presidente de la República mediante el Decreto No. 1160 de 1989 fijó los requisitos para acceder a dicha pensión de jubilación por aportes que a su vez fue modificado mediante Decreto No. 2709 de 1994, "*por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 71 de 1988*", donde se dispone de forma diáfana que los tiempos que se tendrán en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, son los efectivamente cotizados, es decir, aquellos tiempos que se descontaron al trabajador por parte de una caja, fondo, entidad de previsión o la que haga sus veces y en el Instituto de Seguros Sociales-ISS, para constituir un capital que pudiera soportar la contingencia de la vejez. Igualmente, el citado Decreto No. 2709 de 1994, en su artículo 5º , dispone que no se tendrá en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales de todos los órdenes, si no hubo aporte al Sistema de Seguridad Social. Lo anterior sin perjuicio de que el tiempo de servicios sin cotizaciones sea tenido en cuenta para el reconocimiento de otra modalidad de pensión, al tenor de lo previsto en el párrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Como el demandante anuncia una contradicción en la Ley 100 de 1993, para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público esa contradicción es inexistente, pues ha de diferenciarse el monto de la pensión que se regula en el inciso 2º del artículo 36 y otra el ingreso base de liquidación (IBL), regulado en el inciso 3º de la misma norma. Para el Ministerio se trata de dos conceptos distintos, ya que el IBL consiste en el promedio de los salarios que se tendrán en cuenta para posteriormente calcular el monto de la pensión. Por su parte, el monto de la pensión, también llamado "*tasa de reemplazo*" es el porcentaje que se aplica a la pensión sobre el IBL.

Así, como no hay contradicción prosigue el Ministerio de Hacienda, se excluye una posible favorabilidad en el Decreto No. 2409 de 1994, ya que como se mencionó, el artículo 36 establece una transición para unos aspectos (edad, tiempo, monto), mientras que para el IBL aplica una regla especial de transición que comprende el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior y para los demás aspectos, la aplicación de las reglas del Sistema General.

De otro lado, la Ley 71 de 1988 no contempla el monto de la pensión o el IBL, por lo que dichos temas fueron regulados mediante decreto reglamentario por parte del Gobierno en algunas de las normas que ahora se discuten, con fundamento en la expresa autorización contenida en el inciso 2º del mismo artículo 7º. Sin embargo, no puede perderse de vista que posteriormente se expidió de la Ley 100 de 1993, que sí reguló el tema del monto de la pensión y del IBL, por lo que al ser esta norma de rango superior a los decretos reglamentarios (Decreto 1160 de 1989 y Decreto 2709 de 1994) que regulan el monto de la pensión de jubilación, debe ser aplicada de manera preferente sobre aquella reglamentación.

La Ley 71 de 1988, nunca reguló lo relativo al monto de la pensión, tampoco lo del IBL, materia que fue reglamentada en el Decreto No. 1160 de 1989 en su artículo 25, norma modificada por el artículo 8º del Decreto No. 2709 de 1994; de la misma forma, tal Decreto estableció el IBL para dichas pensiones mediante su artículo 6º. A su turno, la Ley 100 de 1993 entró a regir el 1º de abril de 1994, y en su artículo 36, estableció el régimen de transición.

Como se observa, el artículo 36 reguló por separado el monto de la pensión y el IBL para las personas que se sometían al régimen de transición, estableciendo que el primero de estos conceptos, es decir, el monto de la pensión, será el establecido en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado. En lo referente al IBL determinó que para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2º que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior.

De la comparación de las normas transcritas se desprende para el Ministerio que el artículo 36 de la Ley 100 reguló lo concerniente al monto de la pensión y al IBL, al igual que lo hizo el Decreto No. 2709 de 1994. No obstante, no puede perderse de vista el hecho de que la Ley 100 de 1993 es una norma expedida por el Congreso de la República en virtud de su potestad legislativa y el Decreto No. 2709 de 1994 constituye un Decreto Reglamentario del Gobierno, expedido con base en las funciones reglamentarias que le asigna la Carta Política, por lo que a partir del 1º de abril de 1994, la norma aplicable en materia de IBL es el artículo 36 de la Ley 100, precepto de superior jerarquía que regula el mismo tema de los Decretos Nos. 1160 y 2709. De hecho puede decirse que el artículo 6º del Decreto No. 2709 que regula lo relativo al IBL resulta inaplicable, por contravenir una norma de superior jerarquía como el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, resulta lógico que el Gobierno en el artículo 24 del Decreto No. 1474 de 1997, objeto de censura, haya derogado el Decreto No. 2709 de 1994, pues al no ser coherente con el régimen de transición devenía en inaplicable. En últimas, lo que hizo la norma objeto de estudio en esta acción, fue derogar una norma que de por sí ya era inaplicable, al contradecir una de superior jerarquía.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El demandante insiste en la petición de nulidad del Decreto demandado, para lo cual corrobora los argumentos que nutren la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó negar la nulidad del acto acusado, atendiendo las siguientes consideraciones:

Aplicado el Ministerio Fiscal al examen de la norma acusada, encuentra que en ella no hubo exceso de la potestad reglamentaria, porque el Presidente de la República sí actuó dentro de los cauces constitucionales, ya que expidió un decreto reglamentario dentro de la órbita de la competencia asignada por el numeral 11 del artículo 189 superior.

El Presidente de la República no modificó el régimen especial de la pensión de jubilación por aportes previsto en la Ley 71 de 1988, norma que estableció la pensión de jubilación por acumulación de 20 años de aportes y señaló que esa acumulación puede ser en cualquier tiempo y en entidades de previsión de cualquier orden, sean públicas o privadas, para los trabajadores del sector público y particulares que acrediten 60 años de edad si son varones y 55 para las mujeres.

El actor aduce que al derogarse el artículo 6° del Decreto No. 2709 de 1994, se modificó sustancialmente en cuanto a su monto, el régimen especial de la pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988, a lo cual replica el Ministerio Fiscal que ninguna utilidad tenía la norma derogada pues el asunto quedó regulado como manda el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 .

Es preciso destacar –añade el Ministerio Fiscal - , que a través de numerosos decretos reglamentarios (D. 1160/89, 1299/94, 2709/94, 1474/97), y de las demás *“normas objeto de la presente controversia, se replican las previsiones contenidas en la Ley 71 de 1988 y en la Ley 100/93 con el objeto de concretar los aspectos que conforman el salario base de liquidación por aportes y que pretenden además,*

preservar los recursos del sistema pensional. Así, la definición de salario base para trabajadores que cotizaban al ISS, para trabajadores del sector público y trabajadores del sector privado, se define de manera pormenorizada en los decretos señalados, con las variables que constituyen el salario base de cotización para pensión por aportes.”

Agotado el trámite procede la Sala, a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del que enseguida se ocupa la Sala, estriba en determinar si en este caso, el Gobierno Nacional, hizo mal uso de la potestad reglamentaria, al expedir el Decreto No. 1474 de 1997 que derogó el artículo 6º del Decreto No. 2709 de 1994.

1.- La norma jurídica acusada es del siguiente tenor:

“DECRETO 1474 DE 1997

(mayo 30)

Diario Oficial No. 43.056, de 6 de junio de 1997

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Por el cual se derogan, modifican y lo (sic) adicionan (sic) algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia

en uso de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991,

DECRETA:

ARTÍCULO 24. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. *Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación*

(...)

deroga el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 y todas las demás normas que le sean contrarias.”

Como ya se dijo, la acusación reside en haber derogado el artículo 6º del Decreto No. 2709 de 1994, que a juicio del demandante creaba una situación ventajosa para un grupo de pensionados. Por ello, es menester transcribir la norma derogada, que en su texto decía:

“DECRETO 2709 DE 1994

Diciembre 13

Diario Oficial No. 41.635, del 15 de Diciembre de 1994

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 71 de 1988.

El Presidente de la Republica De Colombia,

en uso de sus facultades constitucionales , en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

ARTICULO 6o. SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. ARTÍCULO 6. *El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley. Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificarlo pagando por los citados conceptos durante el periodo correspondiente.”*

2.- Con sujeción al artículo 189, numeral 11 de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente de la República: *“ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”*

Uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho es la separación de poderes, de modo que a cada autoridad le está asignada una función que debe ejercer dentro de unos límites específicos a los que está ligado; esto es, ha de cumplirla de modo que no haya el peligro de invadir el ámbito de competencias de otros funcionarios. La delimitación estricta de funciones impide la concentración del poder y se erige en una restricción necesaria para garantizar que una sola autoridad no atraiga sobre sí potestades desmedidas. Esta consideración explica la responsabilidad de los funcionarios por extralimitación de sus funciones, como nítidamente se establece en el artículo 6º de la Carta Política y se desarrolla en leyes especiales que regulan la responsabilidad personal y política.

Así, la debida separación de los poderes públicos debe impedir que el Presidente de la República asuma funciones legislativas, lo que podría hacer so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, si es que de ese modo asume una competencia reservada al legislador.

Para averiguar si hay riesgo de que el Presidente de la República asuma competencias propias del legislador, es menester acudir a los artículos 151, 152 y 153 de la Constitución, que ilustran sobre el campo reservado exclusivamente al legislador. Hecha la revisión de las normas Constitucionales, en ellas no se advierte que el constituyente haya guardado para el legislador y de modo exclusivo, dictar las reglas sobre la materia que en este caso fue desarrollada por el Presidente de la República.

De otro lado, la violación de la potestad reglamentaria puede venir de que el Presidente de la República, contraríe la voluntad de la propia ley reglamentada u otra del mismo linaje, lo que acontece cuando la Ley de manera expresa ya se ocupó de la materia, y el Reglamento Presidencial la controvierte, modifica o desconoce su exacto sentido. Desde luego que un decreto reglamentario no podría desconocer los mandatos de la ley reglamentada, pues la actividad del Presidente de la República prevista en el artículo 189 de la Constitución, es complementaria de la ley y no podría contravenir la voluntad del legislador, pues el control de la actividad legislativa corresponde a la Corte Constitucional y el Presidente no podría enmendar la tarea al legislador, si en su momento no hizo la objeción de esa ley por inconstitucionalidad o inconveniencia. Es claro entonces que las potestades legislativa y reglamentaria se expresan en distintos planos, y que el Presidente de la República no puede ir contra la ley reglamentada u otra que exista sobre la materia.

Tampoco podría el Presidente de la República saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de regulación por el propio legislador, pues si repite exacto el contenido de las normas reglamentadas, violaría el principio conocido como "*prohibición de la tautología legal*".¹ Pero si en lugar de repetir la misma regla puesta por el legislador, contraría su sentido, habría abuso de la potestad reglamentaria, pues de conformidad con el artículo 189, numeral 10º de la Carta Política al Presidente de la República le corresponde "*Promulgar las leyes,*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "B", Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, Sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-01632-01(3251-05)

obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento”, lo cual desde luego excluye que pueda desconocer su contenido, o so pretexto de reglamentar una ley, aniquilar sus efectos.

Igualmente, el artículo 189 numeral 11 de la Carta establece la premisa de “necesidad de la reglamentación”, es decir, que haya un vacío normativo que impida la cumplida ejecución de la ley, que por tanto haga imprescindible la provisión de un reglamento por parte del Gobierno.

3.- Como premisa inicial debe dejar sentado que los dos Decretos, el No. 2709 de 1994 y el 1474 de 1997, son de la misma naturaleza jurídica, es decir, su esencia es la de ser decretos reglamentarios.

De esta consideración emerge nítidamente que así como la primera vez el Presidente reguló una materia de determinada manera, podía hacerlo después en sentido diferente, de lo cual se sigue que la potestad reglamentaria no se agota por un primer ejercicio, pues si en un primer momento, y frente a unas necesidades precisas el Gobierno expidió un reglamento, el cambio de circunstancias o del marco jurídico global puede justificar su derogación. Por el contrario, si es menester para la cumplida ejecución de las leyes, como manda el artículo 189 numeral 11º de la Constitución, promulgar un nuevo reglamento, puede y debe hacerlo el Presidente de la República, sin que en ello haya transgresión o exceso de la potestad reglamentaria.

Uno de los principios generales establece que en el Derecho las cosas se deshacen como se hacen, de modo que así como el Presidente podía introducir en el ordenamiento una primera regulación, está habilitado de igual modo para retirarla por medio de otra norma posterior, pues resulta inadmisibles el postulado que sugiere el demandante, según el cual una norma reglamentaria sería inderogable por el órgano que la expidió, o que los decretos reglamentarios solo puedan ser abolidos por la ley.

De la identidad de jerarquía de las normas reglamentarias, que el Presidente expide en uso de la potestad que le otorga el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, surge el hecho de que no hay reglamentos superiores a otros de

idéntico linaje; por ello, el órgano competente que los expidió nunca pierde la posibilidad de reformarlos o derogarlos.

La cumplida ejecución de las leyes de que trata el numeral 10º del artículo 189 de la Constitución, exige la adaptación de los reglamentos a la variación de las circunstancias. Tal cosa se muestra con mayor énfasis en este evento, si se observa que en materia de seguridad social, ha existido un cambio permanente del marco normativo, especialmente en el periodo de transición, abundancia legislativa que muestra el necesario ejercicio dinámico de la potestad reglamentaria, a fin de que la cumplida ejecución de las leyes tenga cabal realización como manda la Carta Política para inspirar la potestad reglamentaria.

Además, si el advenimiento de la Ley 100 de 1993, hacía menester que el Presidente de la República ejerciera de nuevo la potestad reglamentaria, esta vez mediante la derogación expresa de un reglamento precedente, nada habría de inconstitucional o ilegal en ese proceder, si es que resultaba indispensable, a juicio del Gobierno, para atender las nuevas realidades legales sobrevinientes a una reforma, pues, repítese un decreto reglamentario no es inderogable, todo lo cual se dice sin perjuicio de los derechos adquiridos y de las situaciones consolidadas de quienes específicamente se encontraban en régimen de transición del artículo 36 de la citada Ley, mientras la norma derogada tuvo vigencia como complemento y desarrollo de la Ley 71 de 1988. Sería inaceptable que el legislador pudiera derogar esta ley, pero que uno de sus decretos reglamentarios pudiera conservar vigencia, lo cual no descartaría casos para los cuales aquella ley y sus decretos reglamentarios puedan ser aplicados para situaciones consumadas durante el tiempo de su vigencia.

En síntesis, así como el Presidente de la República puede proveer un reglamento apoyado en las atribuciones que le otorga el artículo 189 de la Constitución, está facultado para retirarlo del ordenamiento jurídico mediante otro decreto de idéntica jerarquía, de lo cual emerge que no hay exceso de la potestad reglamentaria.

A todo ello se añade que en éste caso sí hay unidad de materia entre el cuerpo del compendio que contiene el precepto y éste mismo, pues todo gira en torno de la regulación de las pensiones y el conjunto de normas que regulan la materia, es decir el Decreto derogado no es ajeno a la materia de que trata el resto de la norma que hizo la derogación.

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

NIEGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad del artículo 24 del Decreto No. 1474 de 1997, que derogó el “ *artículo 6º del Decreto 2709 de 1994*”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y, una vez, en firme el anterior proveído archívese. Cúmplase

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

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1474 DE 1997 - ARTICULO 24