CONSEJO DE ESTADO
COLOMBIA

Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil

Memoria
2018

TOMO II

LA SALA DE CONSULTA

CONFLICTOS DE COMPETENCIA

CONCEPTOS:

IV. CONTRATACIÓN ESTATAL

2. Condonación de capital en acuerdos de pago para créditos otorgados por el Icetex.

Radicado 2329

Fecha: 30/04/2018
Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 3 de diciembre de 2018

La Ministra de Educación consulta sobre la viabilidad legal de condonar capital en los procesos de normalización de cartera del Icetex.

I. ANTECEDENTES

Dice la Ministra que de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1002 de 2005 los actos jurídicos del Icetex pueden sujetarse a la normativa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o a la del derecho privado, según sea el escenario en que la entidad los desarrolle, pero con la precisión de que los dineros con los cuales la entidad desarrolla su actividad son de naturaleza pública.

Anota que los créditos se materializan en contratos de mutuo de los que hace parte el Reglamento de Crédito Educativo.

Explica que para el cumplimiento de su objeto legal, el Decreto 2555 de 2010 creó para el Icetex la figura de capitalización de intereses como un mecanismo de pago que pueden acordar libremente las partes, que consiste en acumular al capital aquellos intereses que se vayan causando durante la duración de los estudios del beneficiario, donde la suma de ambos factores constituye un nuevo capital que genera sus respectivos intereses.

Comoquiera que por las contingencias normales de todo producto crediticio sus beneficiarios pueden incurrir en mora, es pertinente que la entidad implemente políticas de manejo de cartera y ejecute estrategias para su recuperación, inclusive mediante la condonación de intereses.

Es por eso que el Icetex en Acuerdo 022 de 2012 adoptó una política de normalización con la finalidad de lograr la recuperación y normalización de créditos, ofreciendo a los deudores morosos la posibilidad de rebajar intereses corrientes y de mora, según el plan a que se acojan.

Sin embargo, afirma la Ministra, el Icetex carece de una política para condonar parte del capital adeudado, que de implementarse podría generar escenarios de negociación más atractivos para los deudores.

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS:**

"1. ¿Puede legalmente el Icetex, como entidad financiera de naturaleza especial, implementar la política de realizar acuerdos de pago en los cuales se incluya la posibilidad de condonar parte del capital adeudado por los beneficiarios con ocasión del crédito

educativo sustentado en un contrato de mutuo que se rige por la condiciones del derecho privado, entendiendo que se trata de recursos de naturaleza pública?

2. *¿El capital obtenido después de la aplicación de la figura de la capitalización puede ser igualmente objeto de condonación en el escenario del acuerdo de pago antes expuesto?*

3. *En caso de ser afirmativa la respuesta a las preguntas 1 y 2:*

   ¿Existe algún límite para condonar parte del capital adecuado con ocasión del crédito educativo?

   ¿Cuál será ese límite y de que criterio depende?

4. *En caso de ser negativa la respuesta a las preguntas 1 y 2. ¿Qué razones impiden o prohíben adoptar e implementar esa política para la recuperación de la cartera?*

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por la Ministra, la Sala analizará los siguientes puntos: i) Naturaleza del Icetex, ii) Objeto del Icetex, iii) Régimen contractual aplicable al Icetex iv) La connotación de entidad financiera especial, v) La capitalización de intereses, vi) La recuperación de cartera, vii) La realidad de la cartera de difícil cobro del Icetex y viii) caso concreto.

A. Naturaleza jurídica

El Gobierno nacional presentó el proyecto que dio origen a la Ley 1002 de 2005 (289 de 2005 – Senado), con el propósito de *"transformar"* el Icetex. Se afirmó en la exposición de motivos, lo siguiente:

> *"Dada su naturaleza jurídica, el Icetex está sujeto a las restricciones que le impone el ejercicio de programación macroeconómica del ámbito fiscal, planteadas por la estructura de la hacienda pública colombiana, lo cual visto a futuro, se traduce en un crecimiento vegetativo de los créditos como ocurrió a lo largo de la vida del Icetex, frente a una demanda creciente de crédito para la educación superior.*
>
> *Por lo anterior, la transformación del Instituto se presenta como una alternativa efectiva, con el fin de fortalecer financieramente la entidad y canalizar un mayor volumen de recursos al sector educativo, a través de la ampliación del portafolio de productos y servicios, tales como: operaciones de redescuento de crédito educativo para educación superior y el desarrollo de un programa de avales y garantías"*[1]*. (Se subraya).*

1 *Gaceta del Congreso* 272 de 2005.

Al tramitarse el proyecto de ley en primer debate, el informe de ponencia alude al cambio de naturaleza jurídica de establecimiento público a entidad financiera, así: *"La naturaleza especial hacia la que se transforma el Icetex, se debe a que el Instituto ha venido desarrollando operaciones financieras propias de este sector, siendo una entidad pública…"*, y más adelante, en relación con las actividades que adelanta, agrega: *"Actualmente, el Icetex desarrolla una estrategia que contiene tres líneas de financiación: Un sistema de crédito con un componente de subsidio dirigido a los estratos más bajos de la población; un sistema de préstamos que dependen de los ingresos o la capacidad de pago del deudor; y un sistema de crédito directo a las instituciones de educación superior para financiar sus programas de mejoramiento de calidad o ampliación de cobertura con equidad…"*[2].

Bajo este contexto se expidió la Ley 1002 del 30 de diciembre de 2005, *"Por la cual se transforma el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, en una entidad financiera de naturaleza especial y se dictan otras disposiciones"*[3], que en su artículo 1 dispone:

> ***"Artículo 1.*** *Transfórmese el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, creado por el Decreto 2586 de 1950, en una entidad financiera de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, la cual conserva la misma denominación.*
>
> *Los derechos y obligaciones que a la fecha de promulgación de esta ley tenga el Icetex continuarán en favor y a cargo del mismo como entidad financiera de naturaleza especial".* (Subraya la Sala)

Dado lo dispuesto en la norma transcrita, es preciso indicar que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998[4] establece de manera general las entidades que forman parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, entre las que se encuentran *"las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público".* (Numeral 2, literal g)[5]

En concordancia con lo anterior, el artículo 68 de la misma Ley 489 señala que son entidades descentralizadas del orden nacional, además de los establecimientos públicos, las

---

2 Gacetas del Congreso 272 y 338 de 2005, contentivas de la exposición de motivos y el informe ponencia para primer debate, respectivamente.

3 Publicada en el *Diario Oficial* 46.137 del 30 de diciembre de 2005.

4 *"[P]or la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".*

5 "ARTÍCULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:
1. Del Sector Central:
(…)
2. Del Sector descentralizado por servicios:
a) Los establecimientos públicos;
b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
(…)
f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público".

empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, *"las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de* ***actividades*** *industriales* ***o comerciales*** *con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio".*

En cuanto a la locución *"entidad financiera"*, la Sala acude al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al Decreto 2555 de 2010 y algunas resoluciones y circulares proferidas por la extinta Superintendencia Bancaria y la actual Superintendencia Financiera de Colombia, en donde se evidencia desde el punto de vista normativo, la expresión "entidad financiera" es utilizada para denominar a las personas jurídicas, públicas o privadas, autorizadas legalmente para realizar actividades financieras, aseguradoras y otras que implican el manejo, inversión y aprovechamiento de recursos captados del público, las cuales son realizadas por el Icetex, según el análisis de su objeto que se realiza a continuación. No sobra mencionar que la actividad financiera es una especie del genero actividad comercial, por expresa disposición del artículo 20 del Código de Comercio[6].

Conforme a lo anterior, el Icetex es una entidad financiera estatal de naturaleza especial, perteneciente al sector descentralizado por servicios del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, cuyo objeto principal es la realización de actividades financieras (comerciales), en los términos que se explican a continuación.

B. Objeto del Icetex

Sobre el particular, la Ley 1002 de 2005, dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 2. Objeto.*** *El Icetex tendrá por objeto el fomento social de la educación superior, priorizando la población de bajos recursos económicos y aquella con mérito académico en todos los estratos a través de mecanismos financieros que hagan posible el acceso y la permanencia de las personas a la educación superior, la canalización y administración de recursos, becas y otros apoyos de carácter nacional e internacional, con recursos propios o de terceros. El Icetex cumplirá su objeto con criterios de cobertura, calidad y pertinencia educativa, en condiciones de equidad territorial. Igualmente otorgará subsidios para el acceso y permanencia en la educación superior de los estudiantes de estratos 1, 2 y 3.*
>
> *En razón a su naturaleza especial, el Icetex destinará los beneficios, utilidades y excedentes que obtenga, al desarrollo de su objeto. Para tal efecto creará una reserva patrimonial que se destinará de la siguiente forma:*

6 **Artículo 20. Actos, operaciones y empresas mercantiles - concepto.** Son mercantiles para todos los efectos legales:
1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos; //3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés; //5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones; //6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos; //7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos; //8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras; //10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;//16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza; //17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes; //19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

1. El cuarenta por ciento (40%) para la constitución de reservas destinadas a la ampliación de cobertura del crédito y de los servicios del Icetex.

2. El treinta por ciento (30%) para la constitución de reservas destinadas a otorgar subsidios para el acceso y permanencia a la educación superior de estudiantes con bajos recursos económicos y mérito académico.

3. El treinta por ciento (30%) restante se destinará a incrementar el capital de la entidad.

Parágrafo 1. *Adiciónase el artículo 277 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con el siguiente numeral:*

9. El Icetex no está sometido a régimen de encajes ni a inversiones forzosas. Tampoco podrá ser obligado a destinar recursos de su portafolio para adquirir títulos de deuda pública, TES.

Parágrafo 2. *Con el fin de garantizar los subsidios de que trata el presente artículo, el Icetex tendrá el régimen tributario aplicable a los establecimientos públicos.*

Parágrafo 3. *La educación superior comprenderá entre otras, la educación tecnológica, la profesional, las especializaciones, las maestrías y la formación de posgrados en el exterior.*

Parágrafo 4. *El Icetex ofrecerá diferentes modalidades de crédito para garantizar a la población la culminación de sus estudios y en todo caso los intereses serán inferiores a los del mercado financiero". (Subraya la Sala).*

Como puede apreciarse, en la Ley 1002 el objeto del Icetex corresponde principalmente a: i) realizar operaciones de crédito destinadas a la educación superior, y ii) otorgar subsidios para asegurar el acceso y permanencia en la educación superior. Dicho objeto se ve complementado con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1002 de 2005, que prevé:

"Artículo 4º. Operaciones autorizadas. *Además de las funciones previstas en el Decreto ley 3155 de 1968, en la Ley 18 de 1988, en la Ley 30 de 1992, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto ley 663 de 1993 y en el Decreto 276 de 2004, en desarrollo de su objeto social, el Icetex podrá:*

1. Realizar operaciones de descuento y redescuento relacionadas con su objeto social.

2. Realizar las demás actividades financieras que sean necesarias para el cumplimiento de su objeto".

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1002, dispone*: "Fondo de Garantías. Modificase el numeral 6 del artículo 277 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto ley 663 de 1993, el cual quedará así: 6. Se autoriza al Icetex para crear un Fondo con el*

objeto de cubrir los riesgos de los créditos otorgados para el fomento de la educación, fijar las comisiones y los márgenes de cobertura".

Lo expuesto permite sostener que el objeto del Icetex es el desarrollo de actividades financieras (comerciales), a través de diferentes modalidades de crédito, existentes o que llegaren a existir en el mercado financiero, en competencia con las entidades del sector, al punto que ofrece créditos con "intereses inferiores al mercado financiero" (parágrafo 4, artículo 2, Ley 1002).

Ahora, el artículo 4 de la Ley 1002 extiende el objeto del Icetex no solo a lo previsto en esa ley, sino que acoge todas las funciones que le han sido otorgadas desde su creación y las adicionadas por normas posteriores, según pasa a analizarse.

Decreto Ley 3155 de 1968

De conformidad con el artículo 2 de dicho decreto, para el cumplimiento de su objeto[7] el Icetex ejercerá las siguientes funciones:

> *"a)* ***Conceder crédito*** *a estudiantes y profesionales para realizar estudios de nivel superior dentro del país, o en el exterior cuando se justifique por razón de un mayor desarrollo científico, tecnológico y cultural.*
>
> *b) Tramitar oficialmente las solicitudes de asistencia técnica relacionada con becas de estudio y entrenamiento en el exterior, que deseen presentar los organismos públicos nacionales, ante los Gobiernos extranjeros y los organismos internacionales.*
>
> *c) Recibir las ofertas de becas extranjeras que hagan al país, con el fin de divulgar dichos programas y colaborar en la óptima selección de los aspirantes.*
>
> *d) Ofrecer orientación profesional para realizar estudios en el exterior.*
>
> *e) Administrar los fondos públicos destinados a cubrir los gastos de estudios en el exterior de los funcionarios del estado, con las excepciones que el decreto reglamentario determine.*
>
> *f) Administrar fondos de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, destinados a la financiación de estudiantes colombianos tanto dentro del país como en el exterior.*
>
> *g) Autorizar la compra de divisas extranjeras para estudiantes domiciliados en Colombia que deseen realizar en el exterior estudios por cuenta propia, conforme a las reglamentaciones sobre la materia.*
>
> *h) Administrar el programa de becas del Gobierno de Colombia en el exterior para artistas nacionales.*

7 Según dicha norma, el Icetex "tendrá como finalidad fomentar y promover el desarrollo educativo y cultural de la nación, a través de préstamos personales y otras ayudas financieras a los estudiantes y familiares, y la óptima utilización del personal de alto nivel".

i) Administrar los fondos destinados a financiar los programas de becas para estudiantes extranjeros que deseen adelantar estudios en Colombia, y colaborar con éstos en la realización de sus programas.

j) Ejercer supervisión académica sobre los estudiantes que gocen de los servicios de la Institución tanto dentro del país como en el exterior.

k) Coordinar la oferta y demanda de personal especializado en el exterior para satisfacer requerimientos de recursos humanos.

l) Patrocinar la venida al país de personal extranjero altamente calificado que pueda contribuir al desarrollo de la educación nacional.

m) Colaborar en las investigaciones sobre recursos y requerimientos de personal de alto nivel del país.

n) Promover el intercambio estudiantil a nivel internacional.

ñ) Administrar por contrato o delegación los fondos destinados al sostenimiento de becas y préstamos para la educación media y superior no universitaria.

o) Dirigir, organizar y controlar el colegio Mayor Miguel Antonio Caro, con sede en Madrid, España, y los demás programas de bienestar estudiantil que establezca el Gobierno para estudiantes colombianos en el exterior.

Parágrafo. Para el cumplimiento de sus objetivos tendrá como único criterio de selección de los aspirantes a sus servicios, el reconocimiento de la capacidad intelectual y del mérito personal". (Resalta la Sala)

Como puede apreciarse, bajo la citada norma, el Icetex como establecimiento público podía realizar operaciones de crédito y de administración de fondos destinados a financiar becas y préstamos, con la connotación de que tales actividades eran consideradas como el cumplimiento de una *función administrativa* bajo las normas del derecho público en su condición de establecimiento público, por expresa disposición del artículo 5 del Decreto Ley 1050 de 1968, vigente para la época. Si la intención del Gobierno hubiese sido que las actividades del Icetex fueran comerciales lo hubiese reorganizado como empresa industrial y comercial del Estado, sometida a las reglas del derecho privado, en los términos del artículo 6 del Decreto 1050, en concordancia con el 3130 de 1968, vigentes para ese momento,

Ley 18 de 1988 "por la cual se autoriza al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior "Icetex" para captar ahorro interno y se crea un título valor de régimen especial

Dispone la ley que además de las funciones contempladas en el Decreto Ley 3155 de 1968, el Icetex podrá: *"a) Captar Fondos provenientes del ahorro privado y reconocer*

intereses sobre los mismos. b) Administrar directamente los fondos o celebrar contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago a que hubiere lugar". (Artículo 1º).

Por su parte el artículo 2 ibídem, autorizó al Icetex para que *"que directamente o a través de fideicomiso emita, coloque y mantenga en circulación, Títulos de Ahorro Educativo (TAE) hasta por un monto de cinco mil millones de pesos ($5.000.000.000.) M/cte".*[8].

No obstante que el Icetex continuaba con la naturaleza de establecimiento público (funciones administrativas), se observa una tendencia a profundizar la actividad financiera (comercial) de esa entidad a través de operaciones de crédito (captación de recursos del público para su colocación), las cuales estaban sometidas al control de la entonces Superintendencia Bancaria (Parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 18 de 1988). Incluso, a partir de ese momento es evidente el régimen mixto de contratación del Icetex, en parte de derecho público, por ser un establecimiento de esa naturaleza, y de derecho privado para sus actividades financieras por disposición del artículo 5 de la Ley 18.

La mayor intervención del Icetex en actividades propias del sector financiero y su incipiente participación en el mercado fue resaltada por la Sala en el Concepto 1045 de 1997, al sostener que la Ley 18 de 1988 autorizó al Icetex *"para emitir, colocar y mantener en circulación un instrumento que le permite competir en el mercado del ahorro: el título de ahorro educativo (TAE), cuya finalidad se circunscribe al crédito educativo, la financiación de proyectos de desarrollo de las instituciones de educación superior y al mantenimiento de la solidez del fondo que garantiza las obligaciones para con terceros, derivadas de la correspondiente captación de recursos".* (Se resalta).

Ley 30 de 1992 "Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior"

En su Título V *"del régimen estudiantil"*, Capitulo II, en relación con el Icetex, fortaleció el Fondo de Crédito Educativo (artículo 112)[9], creó otro fondo con recursos provenientes del presupuesto nacional para servir de garantía de los préstamos "otorgados por el sector financiero a los estudiantes de Educación Superior de escasos recursos económicos" (artículo 113)[10], y reiteró que los recursos fiscales de la Nación destinados a becas y cré-

8 Según el citado artículo 2, los TAE tienen las siguientes características: "a) son títulos valores que incorporan el derecho a futuro de asegurar a su tenedor, que el Icetex cancelará a su presentación y en cuotas iguales a las pactadas al momento de su suscripción, el valor de los costos de matrícula, de textos y de otros gastos académicos, que el título garantice. b) Son títulos nominativos. c) El vencimiento de estos títulos será hasta de 24 años. Las acciones para el cobro de los intereses y del capital del título prescribirán en cinco años contados desde la fecha de su exigibilidad. d) El valor de cada título podrá ser pagado íntegramente al momento de la suscripción o por instalamentos con plazos entre 12 y 60 meses.

9 "Artículo 112. Para proveer y mantener un adecuado financiamiento de las matrículas y sostenimiento de los estudiantes, se fortalece el fondo de crédito educativo del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex). Este fondo contará con los recursos provenientes de: a) Rentas propias del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex). // b) Aportes del Presupuesto Nacional. // c) Recursos del Ahorro Educativo // d) El producto de las multas a que hace relación el artículo 48 de la presente ley. // e) Líneas de crédito nacional. // f) Líneas de crédito internacional con el aval de la Nación".

10 Artículo 113. El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex), a través de un fondo creado con recursos del Presupuesto Nacional, será garante de los préstamos otorgados por el sector financiero a los estudiantes de Educación Superior de escasos recursos económicos. Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará esta materia y establecerá las comisiones que pueda cobrar el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) por este concepto.
Artículo 114. Los recursos fiscales de la Nación, destinados a becas, o a créditos educativos universitarios en Colombia, deberán ser girados exclusivamente al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex) y a él corresponde su administración. Esta entidad adjudicará los créditos y las becas teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes parámetros: a) Excelencia académica. // b) Escasez de recursos económicos del estudiante. // c) Distribución regional en proporción al número de estudiantes. // d) Distribución adecuada para todas las áreas del conocimiento. Parágrafo. Los recursos, que por cualquier concepto, reciban las distintas entidades del Estado, para ser utilizados como becas, subsidios o créditos educativos, deberán ser trasladados al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el exterior (Icetex), para que éste los adjudique de conformidad a los criterios expresados en este artículo".

ditos educativos serán administrados por el Icetex, entidad que adjudicará tales becas y créditos (artículo 114).

Se observa un fortalecimiento de la capacidad del Icetex para que mediante los fondos que administra incremente su oferta de crédito educativo, a la vez que se le permite interactuar con el sector financiero a través de una actividad típicamente mercantil como es la de ser garante de créditos otorgados por entidades financieras, operaciones que por su naturaleza se rigen por el derecho privado.

Decreto 663 de 1993 "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"

Incluyó en la Parte X la regulación de las *"entidades con regímenes especiales"* y dentro del Capítulo X de ese título, la relacionada con el Icetex. De esta manera, se dispone en el artículo 277 del citado decreto lo siguiente sobre su objeto:

> ***"Artículo 277. Operaciones.***
>
> ***1. Operaciones autorizadas.*** *El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, en desarrollo de su objeto social, podrá realizar, además de las funciones contempladas en su Estatuto Reorgánico, Decreto Ley 3155 de 1968, las siguientes:*
>
> *a. Captar fondos provenientes del ahorro privado y reconocer intereses sobre los mismos, y*
>
> *b. Administrar directamente los fondos o celebrar contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago a que hubiere lugar…".*

Por su parte, el numeral 2 del artículo 277, en su texto original, retomaba la regulación de los Títulos de Ahorro Educativo dispuesta por la Ley 88 de 1988. Dicho numeral fue modificado por el artículo 31 de la Ley 1328 de 2009, y su nuevo texto es el siguiente:

> ***"2. Títulos de Ahorro Educativo.*** *El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex, está autorizado para que directamente o a través de fideicomiso emita, coloque y mantenga en circulación, Títulos de Ahorro Educativo (TAE) con las siguientes características:*
>
> *a) Los Títulos de Ahorro Educativo (TAE), son títulos valores que incorporan el derecho a futuro de asegurar a su tenedor, que el Icetex cancelará a su presentación y en cuotas iguales a las pactadas al momento de su suscripción, el valor de los costos de matrícula, de textos y de otros gastos académicos, que el título garantice.*
>
> *b) Son títulos nominativos.*

c) El vencimiento de estos títulos será hasta de 24 años. Las acciones para el cobro de los intereses y del capital del título prescribirán en cinco (5) años contados desde la fecha de su exigibilidad.

d) El valor de cada título podrá ser pagado íntegramente al momento de la suscripción o por instalamentos con plazos entre 12 y 60 meses.

Parágrafo 1o. *Las emisiones de los títulos a que se refiere el numeral 2 de este artículo requerirán de la autorización de la Junta Directiva del Icetex y el concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

Parágrafo 2o. *El monto total de las emisiones a que se refiere el numeral 2 de este artículo podrá ser hasta de una (1) vez el patrimonio neto del Icetex, determinado por la Superintendencia Financiera de Colombia".*

La modificación sustancial que introduce la norma transcrita consiste en que el monto de la emisión de TAE no está limitada a un valor prefijado (cinco mil millones de pesos, según el artículo 2 de la Ley 18 de 1988), sino que estará en función del patrimonio neto del Icetex deducido bajo las reglas de supervisión de la actividad financiera proferidas por la Superintendencia Financiera, lo que se traduce en cierta flexibilidad para la emisión de tales títulos, en la medida en que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1002 de 2005, el patrimonio del Icetex está conformado, entre otros, por el *"superávit y resultados del ejercicio",* lo que permite deducir que ante una mejor gestión negocial que lleve a aumentar el valor de su patrimonio neto, mayor será el monto de TAE que podrá emitir y, por lo mismo, mayor captación para, a su vez, incrementar la colocación de créditos educativos, lo que redundará en una mayor penetración en el mercado de dichos créditos.

Decreto 276 de 2004 "Por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior "Mariano Ospina Pérez", Icetex, y se dictan otras disposiciones"

Fue proferido por el Presidente de la República con base en las funciones que especialmente le confieren el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política[11] y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

No obstante, el Decreto 276 fue derogado expresamente por el artículo 28 del Decreto 380 de 2007[12] que estableció: "**Artículo 28.***Vigencia*. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias en especial el Decreto 276 de 2004". (Subraya la Sala).

En este sentido el Decreto 380 de 2007 dispone en el artículo 2 sobre las funciones del Presidente del Icetex que, a su vez, es el representante legal, lo siguiente:

11 "Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (…) 16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley…".

12 "Por el cual se establece la estructura del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior "Mariano Ospina Pérez" Icetex y se determinan las funciones de sus dependencias".

*"**Artículo 2°.**Funciones del Despacho de la Presidencia. Son funciones del Despacho de la Presidencia las previstas en el Decreto ley 3155 de 1968, en la Ley 18 de 1988, en la Ley 30 de 1992, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto ley 663 de 1993, en la Ley 1002 del 30 de diciembre de 2005, en las leyes que expresamente se refieran al Icetex, en los estatutos y en el Régimen Especial de Inspección y Vigilancia que expida el Gobierno nacional acorde con su naturaleza de Entidad financiera de carácter especial".*

Como puede apreciarse, el Decreto 380 de 2007 alude a todas las normas analizadas en el presente acápite, las cuales, según se ha explicado, establecen el objeto y funciones del Icetex, razón suficiente para concluir que las modificaciones normativas a lo largo del tiempo tienen como finalidad profundizar la participación del Icetex en el mercado del crédito educativo, a través de diferentes instrumentos financieros, al punto que de ser un establecimiento público que cumplía, por definición, funciones administrativas, pasó a tener la naturaleza jurídica de entidad financiera estatal de carácter especial y, por lo mismo, a desarrollar la actividad financiera (comercial) cuyo objeto es captar recursos provenientes del ahorro del público para colocarlos a través del crédito educativo, la financiación de proyectos de desarrollo de las instituciones de educación superior, la administración de fondos destinados a financiar becas y préstamos educativos y el mantenimiento de la solidez del fondo que garantiza las obligaciones para con terceros, derivadas de la correspondiente captación de recursos mediante el instrumento financiero denominado título de ahorro educativo (TAE) y otros que expresamente se le autoricen. El marcado carácter financiero de la actividad autorizada al Icetex, fue recogido por la Ley 1002 de 2005 al punto de que no cabe duda que se trata de una entidad financiera estatal.

El análisis anterior relacionado con la naturaleza jurídica y objeto del Icetex servirá de base para la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra.

C. Régimen contractual aplicable al Icetex

Como ha quedado dilucidado, el recorrido institucional del Icetex correspondió durante un largo período de tiempo a la naturaleza de establecimiento público que cumplía funciones administrativas, situación que se modificó sustancialmente al entrar en vigencia la Ley 1002 de 2005, a partir de la cual es una entidad financiera estatal de naturaleza especial, perteneciente al sector descentralizado por servicios del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, cuyo objeto es la realización de actividades financieras (comerciales), según se ha explicado.

Corresponde verificar si el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra, se acompasa con las disposiciones especiales que establecieron las señaladas modificaciones.

1. Ley 18 de 1988

Como se recordará, con dicha ley el Icetex fue autorizado para captar recursos del ahorro privado a través del instrumento financiero TAE, con el propósito de colocar los recursos

captados en operaciones activas de crédito educativo y financiación de proyectos de las instituciones de educación superior. Respecto de tales operaciones se dispuso:

> *"Artículo 5. Los contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los títulos autorizados en esta Ley, así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con ellos, se sujetarán a las reglas del derecho privado y a las aquí determinadas".*

Puede deducirse entonces que como establecimiento público los contratos celebrados para esa época por el Icetex se regían de manera general por las normas de derecho público del Decreto - Ley 222 de 1983, vigente en su momento, y solo respecto de los contratos autorizados por la Ley 18 de 1988 se aplicaba el derecho privado por disposición del artículo 5 ibídem.

2. Decreto 2129 de 1992

Fue proferido con base en las facultades del artículo 20 transitorio de la Constitución Política y tuvo por objeto la reestructuración del Icetex. En dicho decreto se estableció que el Icetex "seguiría funcionando como establecimiento público del orden nacional" y cumpliría las funciones asignadas por el Decreto Ley 3155 de 1968 y la Ley 18 de 1988. En cuanto al régimen de sus contratos, el artículo 9 del Decreto 2129 disponía:

> *"Artículo 9º. Contratos. Los contratos que celebre el Icetex se sujetarán a las normas que rigen para los establecimientos públicos, salvo aquellos que la entidad celebre con personas naturales o jurídicas, en virtud de la captación y administración de fondos provenientes del ahorro privado, así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con dichos recursos en desarrollo de las funciones propias del Icetex, que se someterán a las reglas del derecho privado conforme a lo establecido en la Ley 18 de 1988. Se someterán también a las reglas del derecho privado los contratos que celebre la entidad para la administración de los fondos de personas naturales o jurídicas de derecho privado, destinados a la financiación de estudiantes en el país o en el exterior".*

La norma transcrita ratifica lo sostenido por la Sala en el punto precedente, en el sentido de que el Icetex tenía un régimen contractual mixto, de derecho público para su funcionamiento como establecimiento público, y de derecho privado para los contratos regulados expresamente en la disposición bajo estudio.

3. Decreto 663 de 1993

Dicho Decreto que comenzó a regir el 2 de mayo de 1993 (artículo 339), estableció en el numeral 8 del artículo 277: "**8. Régimen de contratación.** Los contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los Títulos de Ahorro Educativo (TAE), así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con ellos, se sujetarán a las reglas del derecho privado y a las aquí determinadas", lo que significa que el régimen de contratación descrito en los numerales anteriores se mantuvo.

Debe reiterarse que las normas transcritas en los tres numerales anteriores daban un tratamiento diferenciado a los contratos que celebra el Icetex para la captación de recursos y la colocación de los mismos a través del crédito educativo, los cuales se someten al derecho privado, de aquellos contratos que celebra para su funcionamiento como establecimiento público, regulados por el derecho público.

4. Ley 80 de 1993[13]

En vigencia de la Ley 80 de 1993 el Icetex como establecimiento público y, por lo mismo, en su carácter de entidad estatal para efectos contractuales, según el artículo 2 de la Ley 80[14], desarrollaba su actividad contractual, por regla general, bajo los mandatos de dicho Estatuto.

Lo anterior, sin perjuicio de que el Icetex celebrara contratos estatales especiales sometidos exclusivamente al **derecho privado**, por expresa disposición de normas especiales como la Ley 18 de 1988, el Decreto 2129 de 1992 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, a saber:

a. Los contratos celebrados con personas naturales o jurídicas, en virtud de la captación y administración de fondos provenientes del ahorro privado, así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con dichos recursos en desarrollo de las funciones propias del Icetex;

b. Los contratos celebrados para la administración de los fondos de personas naturales o jurídicas de derecho privado, destinados a la financiación de estudiantes en el país o en el exterior;

c. Los contratos relativos a la emisión, colocación, administración, fideicomiso y garantía de los Títulos de Ahorro Educativo (TAE), así como los préstamos e inversiones que puedan hacerse con ellos.

5. Ley 1002 de 2005

Como se explicó en el capítulo correspondiente, mediante dicha ley se modificó la naturaleza jurídica del Icetex de establecimiento público a la de una entidad financiera estatal de naturaleza especial. En el trámite del proyecto de ley se manifestó expresamente que el "marco legal" que rige tales establecimientos "en algunas ocasiones limita la innovación en las líneas de crédito y la ampliación de cobertura en educación superior"[15], criterio que tiene pleno respaldo en lo expuesto en el capítulo anterior, pues un establecimiento público tiene por objeto cumplir funciones administrativas y para el

13 Publicada en el *Diario Oficial* 41.094 del 28 de octubre de 1993. La mayoría de sus disposiciones comenzaron a regir el 1 de enero de 1994, por expreso mandato del artículo 81 ibídem.

14 *"Artículo 2. De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley: //1º. Se denominan entidades estatales: //a) La Nación (…); los establecimientos públicos, las empresa industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten en todos los órganos y niveles (…).// b) (…) los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos".* (Resalta la Sala).

15 Gacetas del Congreso 272 y 338 de 2005, contentivas de la exposición de motivos y el informe ponencia para primer debate, respectivamente.

2005 la verdadera actividad del Icetex giraba en torno a la actividad financiera (comercial). Entonces se propuso en el proyecto de ley 289 de 2005 – Senado, la siguiente norma:

> *"Artículo 9. Régimen jurídico. Los actos que realice el Icetex para el desarrollo de sus actividades comerciales o de gestión económica, estarán sujetos a las reglas del derecho privado. Los actos que realice para el cumplimiento de las funciones administrativas que le confían la ley y los estatutos, son actos administrativos.*
>
> *Los contratos y demás actos jurídicos que deba celebrar y otorgar el Icetex como entidad financiera de naturaleza especial, en desarrollo de* ***su objeto y operaciones autorizadas****, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado. Los* ***demás contratos se regirán por el estatuto general de contratación de la administración pública****". (Se resalta).*

Como puede apreciarse, la norma propuesta tenía semejanza material con el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuyo alcance ya fue comentado.

No obstante, en el informe de ponencia para primer debate se sostuvo que acorde con su nueva naturaleza jurídica de entidad financiera de naturaleza especial debía buscarse un Icetex "(…) más competitivo y eficiente, lo que permitirá contar con más recursos para financiar a más colombianos"[16].

En otras palabras, si el Icetex realizaba operaciones propias de las instituciones financieras y se buscaba profundizar su participación en el mercado del crédito educativo debía contar con un régimen jurídico especial que correspondiera con dicha actividad comercial, razón por la cual en el aludido informe de ponencia se cita la sentencia C – 508 de 1997 de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

> *"Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que existen también las que han sido llamadas "entidades de carácter especial". Si bien por razones técnicas y sistemáticas toda la organización administrativa debería concebirse sobre la base de tipos definidos de entidades, la dinámica y las cada vez más crecientes y diversas necesidades del Estado no hacen posible la aplicación de esquemas de organización estrictamente rígidos; en ciertas circunstancias surge la necesidad de crear entidades con características especiales como por ejemplo el Banco de la República o las corporaciones autónomas regionales; y la ley, en repetidas ocasiones, ha creado entidades con régimen especial"*[17].

De esta manera se aprecia una sensible modificación al artículo propuesto en el proyecto de ley 289 de 2005-Senado en relación con el régimen jurídico del Icetex en materia contractual, así:

> *"Artículo 8. Régimen Jurídico. Los actos que realice el Icetex para el desarrollo de sus actividades comerciales o de gestión económica y financiera estarán sujetos a las disposiciones del derecho privado. Los actos que expida para el cumplimiento de las*

16 *Gaceta del Congreso* 338 de 2005.
17 Ibídem.

funciones administrativas que le confían la ley y los estatutos se sujetan a las reglas previstas en el Código Contencioso Administrativo.

Los contratos y demás actos jurídicos que deba celebrar y otorgar el Icetex como entidad financiera de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto y operaciones autorizadas, ***se sujetarán a las disposiciones del derecho privado****". (Resalta la Sala)*

Como se observa, la ponencia elimina la mención al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, debido a que el Icetex en su nuevo carácter de entidad financiera estatal de naturaleza especial, realiza actividades financieras (comerciales) y participa en un mercado competitivo como es el del crédito educativo, por lo que en su actividad contractual debe estar en **igualdad** de condiciones al de las instituciones financieras privadas con las que compite, las cuales están sometidas al derecho privado, sin perjuicio de las legales y reglamentarias que regulan la actividad financiera (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). De igual manera, las becas no constituyen una prestación económica exigible constitucionalmente, según lo ha señalado la Corte Constitucional.

"Sin duda, las becas son uno de los principales medios a través de los cuales el Estado y los particulares promueven la educación entre la población colombiana. En muchos casos las becas otorgadas por el Estado o por los particulares permiten que personas de escasos recursos accedan a la educación. Sin embargo, las becas no son prestaciones susceptibles de otorgarse universalmente como derechos sociales constitucionales. El acceso a becas de posgrado no hace parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación. Por lo tanto, ni el Legislador y ni el gobierno están en la obligación de proveer becas a todas las personas que carezcan de los recursos necesarios para sufragar los gastos de su educación de posgrado…"[18].

Así las cosas, es claro que el objeto del Icetex como entidad financiera estatal de naturaleza especial está predeterminado por la Ley, según se ha explicado y, por ende, su capacidad jurídica está dirigida a cumplir con las operaciones autorizadas y a ejecutar todos aquellos actos y contratos dirigidos a observar su deberes legales bajo el desarrollo de una actividad financiera (comercial), para lo cual la Ley 1002 de 2005 sujetó su función contractual a las disposiciones del derecho privado.

6. Ley 1150 de 2007

Como se precisa en el título mismo de la citada ley, esta no se limitó a introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, sino que dictó disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

Al momento de entrar en vigencia dicha ley, el Icetex ya tenía la calidad de entidad financiera estatal de naturaleza especial por virtud de la Ley 1002 de 2005, por lo que en atención a los mandatos de los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 explicados al comienzo de

18 Sentencia C-552 de 2016.

este concepto, se deduce que los contratos estatales celebrados por el Icetex están sometidos a un régimen especial en los siguientes términos:

a. Normas especiales de la Ley 1002 de 2005 y, en lo allí no previsto, las que rigen la contratación entre los particulares como son, entre otras, los Códigos Civil y de Comercio, así como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para las actividades financieras que le han sido autorizadas;

b. Por lo mismo, su actividad contractual está excluida de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y las normas que lo modifican o adicionan),

c. En atención a los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007 aplicará los principios de la función administrativa y la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011).

En relación con los citados principios, es pertinente recordar lo sostenido por la Sala de manera reiterada[19] en el sentido que la contratación estatal tiene un claro fundamento constitucional, razón por la cual toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación (cuando sea procedente) de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P, que se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición), debido proceso (art. 29 C.P.), buena fe (art. 83 C.P), responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), libertad de competencia (art. 333 C.P.), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.), así como los principios de transparencia[20], economía[21] y responsabilidad (particulares de esta actividad y contenidos en la Ley 80 de 1993, arts. 23 a 27), junto con la selección objetiva que ordena la Ley 1150 de 2007 (art. 5), y los principios de planeación[22] y precaución.

Cabe mencionar que estos principios de la contratación estatal que el Legislador enuncia, precisa y regula de manera concreta en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, según señaló la Corte Constitucional "…no son simples definiciones legales, sino

19 31 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos n.º 2148, 2150 y 2156 de 2013, 2227 de 2014 y 2260 de 2015, solo por citar los más recientes.

20 El principio de transparencia (art. 24 de la Ley 80 de 1993, art. 2 Ley 1150 de 2007) es de imperativa aplicación en los contratos celebrados por las entidades estatales sometidas al derecho privado, pues si bien a través de estos negocios jurídicos -en los que se compromete su gestión y los recursos del patrimonio público para facilitar el cumplimiento de las funciones a ellas asignadas- se flexibiliza el régimen jurídico contractual en algunos aspectos -por ejemplo, la modalidad de selección o la exigencia de garantías, entre otros-, su celebración y ejecución, además de ser imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier motivo de carácter subjetivo (político, económico o familiar, etc.), es decir, objetiva, debe hacerse en forma visible, diáfana, clara, motivada, pública, abierta y accesible a los interesados y a la comunidad, quienes así pueden controvertirla y ejercer un control de esta forma de contratación.

21 En cumplimiento del principio de economía (art. 25 de la Ley 80 de 1993), y también del deber de planeación y del principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si con antelación al inicio del proceso de selección del contratista no han analizado la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtenido las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), o no han elaborado los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones (No. 12 art. 25).

22 El principio constitucional de planificación y el deber de planeación contractual que surge del mismo, implica la necesidad de una política y conducta Estatal anticipadora y preventiva, con la cual se evite la producción de un daño con ocasión de posibles comportamientos que puedan generar incumplimientos por las entidades estatales involucradas en general en los contratos, incluyendo los contratos y convenios interadministrativos (arts. 1, 2, 90, 334, 339, 341 y 365 C.P., 25, 26 y 50 y ss. Ley 80 de 1993).

normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice".

Por su parte, en relación con el artículo 267 C.P., en su actividad contractual el Icetex debe considerar "que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales", según lo dijo lo Sala en el Concepto 2264 de 2015.

Entonces es claro que al Icetex como entidad financiera estatal especial, en lo atinente a la actividad contractual que desarrolle su objeto, no le es aplicable el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública aunque sí los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

D. La connotación de entidad financiera especial

Como ya se dijo, la Ley 1002 de 2005 mutó la naturaleza jurídica del Icetex, de establecimiento público a entidad financiera estatal de naturaleza especial y en tal virtud participa en el mercado competitivo del crédito educativo.

De acuerdo con las previsiones normativas, hace parte de la Rama Ejecutiva - vinculado al Ministerio de Educación Nacional- aunque con sujeción a un régimen especial. Así, acorde con los lineamientos de esta Corporación que en varios de sus fallos ha dicho que el carácter público de una entidad no impide su sujeción al derecho privado cuando la ley así lo dispone[23], sus actividades económicas y comerciales se regirán por las disposiciones de derecho privado.

La Administración puede actuar de acuerdo con el derecho público o con el derecho privado, en la medida que lo prevea la ley. La decisión de actuar conforme al derecho privado es pertinente cuando se trata de realizar prestaciones pecuniarias, materiales o de servicios que también pueden ser realizadas por empresas privadas.

No obstante, cuando la Administración realiza funciones bajo la forma del derecho privado, se encuentra en todo caso vinculada a los derechos fundamentales, los principios generales del derecho administrativo y las normas de competencia, hasta el punto de que no tiene las libertades de los sujetos privados.[24]

En este orden de ideas, se encuentra que el artículo 9 de la Ley 1002 estipula:

> *"Artículo 9º. Patrimonio y fuentes de recursos. El patrimonio del Icetex está integrado por los aportes efectuados por la Nación y demás entidades públicas, el valor de sus reservas, el superávit, la revalorización del mismo y los resultados del ejercicio. De*

23 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 12 de febrero de 2012 y Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de marzo del 2006. Expediente 29703.

24 Maurer Harmut. *Derecho Administrativo.* Parte General. Marcial Pons, pp. 339 y 340.

acuerdo con el Plan General de Contabilidad Pública, se incluirá dentro del concepto de capital fiscal.

Son fuentes de recursos del Icetex, las siguientes:

1. Las partidas que con destino al Icetex se incluyan en el Presupuesto General de la Nación.

2. Los ingresos provenientes de la prestación de sus servicios.

3. Los rendimientos de las operaciones e inversiones que realice con recursos propios y de terceros.

4. Los bienes e ingresos, utilidades, intereses y demás beneficios que se generen por las operaciones autorizadas.

5. Los bienes e ingresos que como persona jurídica adquiera a cualquier título para el desarrollo de su objeto.

6. Las donaciones que reciba de entidades públicas y de los particulares.

7. Los demás bienes y recursos que determine el ordenamiento jurídico".

Lo anterior se traduce en que las operaciones del Icetex se encuentran en gran medida respaldadas en recursos públicos, sin importar que se ciñan al derecho privado, y por tanto deben satisfacer los intereses generales y enmarcarse dentro de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Por otra parte, su gestión fiscal debe fundarse en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales.

Bien lo dice la doctrina especializada:

"(…) es importante no perder de vista la finalidad fiscal del patrimonio estatal, esto es, su calidad indiscutible de fuente de producción de ingresos públicos, como su razón de ser y no simplemente como un objetivo apenas segundario o, peor aún, como un propósito ajeno a la gestión del patrimonio público. Se repite, el patrimonio estatal per se implica una finalidad fiscal, está llamado a generar ingresos públicos patrimoniales y, por ende, su explotación debe estar encauzada a la producción de tales recursos (…)"[25]

Ahora bien, la verdadera especialidad de la entidad se centra en su objeto de fomento social de la educación superior con prioridad para la población de bajos recursos económicos y para aquella con mérito académico, a través de mecanismos financieros, la canalización y administración de recursos, becas y otros apoyos de carácter nacional e

25 Muñoz Gabriel. Los ingresos de la Hacienda Pública. *Curso de Derecho Presupuestario.* Universidad Externado de Colombia, p. 323.

internacional, con recursos propios o de terceros, y el otorgamiento de subsidios para el acceso y permanencia en la educación superior de los estudiantes de estratos 1, 2 y 3.

En razón a su naturaleza especial, el Icetex debe destinar los beneficios, utilidades y excedentes que obtenga al desarrollo de su objeto. (Artículo 2 de la Ley 1002 de 2005)

También lo hacen especial los siguientes aspectos:

- No está sometido a régimen de encajes ni a inversiones forzosas.
- No está obligado a destinar recursos de su portafolio para adquirir títulos de deuda pública, TES.
- Sus modalidades de crédito tienen intereses inferiores a los del mercado. (Ibídem)

E. La capitalización de intereses

Se encuentra prevista en el artículo 64 de la Ley 45 de 1990 en los siguientes términos: "*En operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida la Junta Monetaria".*

Al respecto, ha dicho la Superintendencia Financiera:

> *"(…) en materia de capitalización de intereses o interés compuesto, la Ley 45 de 1990 estipuló que las partes en un negocio gozan de autonomía para determinar la cuantía, plazo y periodicidad en que estos deben cancelarse, permitiendo que los mismos puedan incrementar el capital de la obligación de forma que periódicamente se añadan al saldo de la deuda los intereses vencidos, resultantes del retardo en el pago de las cuotas. Al respecto en el artículo 64 se estipuló:*
>
> *Artículo 64. Aplicación de las normas sobre límites a los intereses. Para los efectos del artículo 884 del Código de Comercio, en las obligaciones pactadas en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste computará como interés. <u>En cualquier sistema de interés compuesto o de capitalización de intereses se aplicarán los límites previstos en el mencionado artículo</u>. Sin embargo, dichos límites no se tendrán en cuenta cuando se trate de títulos emitidos en serie o en masa, cuyo rendimiento esté vinculado a las utilidades del emisor.*
>
> *Parágrafo primero. En operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida la Junta Monetaria.*
>
> *A su turno, el Decreto 1454 de 1989 "por el cual se reglamentan disposiciones en materia de intereses", en el inciso 2° del artículo 1° dispuso:*

(...) ***no se encuentra prohibido el uso de sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses****, por medio de los cuales las partes en el negocio determinan la cuantía, plazo y periodicidad en que deben cancelarse los intereses de una obligación. Únicamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes de la aplicación de dichos sistemas, respecto de obligaciones civiles, está sujeto a la prohibición contemplada en la regla 4ª del artículo 1617 y el artículo 2235 del Código Civil; tratándose de obligaciones mercantiles, solamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes da lugar a la aplicación del artículo 886 del Código de Comercio" (negrillas extratexto).*

De manera armónica, el artículo 121 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en sus numerales 1 y 2 autoriza a las entidades el uso de los sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses así:

1. En operaciones de largo plazo *los establecimientos de crédito* ***podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses****, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno nacional" (negrillas extratexto).*

2. Las entidades que concedan créditos de mediano o largo plazo denominados en moneda legal deberán ofrecer a los usuarios sistemas de pagos alternativos con las siguientes características:

(…)

b) Un sistema que ofrezca como beneficio para el deudor programas de amortización ***que contemplen la capitalización de intereses*** *conforme al artículo 886 del Código de Comercio y de acuerdo con las condiciones que para el efecto establezca el Gobierno nacional.*

(…)"[26]

Nótese que la capitalización de intereses obedece a un sistema de pago que surge de la autonomía de la voluntad, aspecto de la mayor importancia para construir las relaciones comerciales y civiles entre acreedores y deudores; en este sentido, el respeto y la protección constitucional que surgen al momento de emitir la manifestación para contratar, tiene como contraprestación el deber para las personas obligadas de cumplir de buena fe con la palabra dada en los precisos y estrictos términos del contrato.[27]

F. La recuperación de cartera

De conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 1002 de 2005, el Icetex realiza actividades financieras en un mercado competido, lo que obliga a que en sus operaciones esté en igualdad de condiciones con las entidades financieras privadas.

26 Concepto 2014109570-003 del 28 de enero de 2015.
27 Corte Constitucional. Sentencia T-309 de 2016.

Claro está, pese a que su actividad crediticia se rige por el derecho privado, le son aplicables los principios que rigen la gestión fiscal, vale decir eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales, pues para el desarrollo de su objeto emplea dineros públicos (Ley 1002, artículo 9).

En tal medida, tales recursos están llamados a ser conservados y deben además ser explotados para la producción de recursos adicionales.

Empero, por diferentes factores lo deudores de créditos educativos pueden incurrir en mora, situación que obliga a implementar estrategias de manejo y mejoramiento de cartera.

En este punto es preciso anotar que la Ley 1886 de 2018 "[p]or medio de la cual se regula el cobro del gasto prejurídico y jurídico en los créditos educativos del Icetex" dispone:

> **"Artículo 1°.** *Adiciónense dos parágrafos nuevos al artículo 2 de la Ley 1002 de 2005, los cuales dirán así:*
>
> *Parágrafo 5°. El Icetex, para todos los efectos, asumirá los gastos en los que incurra por concepto de la cobranza prejurídica y jurídica de cartera de créditos educativos hasta el momento en que se notifique el auto admisorio de la demanda.*
>
> *Parágrafo 6°. En acato a la prevalencia de la condición de beneficiario, se preferirá que el Icetex de forma autónoma, directa y sin intermediación, celebre acuerdos de pago que permitan la extinción de la obligación, la normalización o la refinanciación o, la puesta en marcha de planes o brigadas de normalización de cartera u otros, sin que la causación de honorarios sobre recaudos esté a cargo del deudor. Lo anterior, sin importar la etapa procesal en la que se encuentre".*

Una mala cartera es connatural a la actividad crediticia de cualquier entidad financiera y para evitarlo debe tenerse especial diligencia y cuidado al momento de otorgar un préstamo; no obstante, pueden aparecer circunstancias impredecibles que pueden afectar la calificación de dicha cartera.

Es así que en casos extremos, la situación de mora de algunos deudores puede colocar en alto riesgo la recuperación de los dineros prestados, situación que amerita que las entidades financieras estatales puedan asumir soluciones igualmente extraordinarias en aras de evitar una pérdida total o mayor del patrimonio estatal comprometido en operaciones de crédito educativo, como sería llegar a la condonación parcial del capital.

Precisa la Sala que como en todo caso se trata de recuperar dineros que han sido prestados, la condonación del capital de la deuda no puede ser total, pues claramente se ocasiona un deterioro de la estructura financiera y presupuestal de la entidad, en perjuicio de futuros beneficiarios del crédito educativo.

Bien lo señala la Ley 819 de 2003 "*Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones"*

*"**Artículo 25. Responsabilidad fiscal en restructuraciones de cartera:** Las entidades financieras de carácter público al efectuar reestructuraciones de créditos, rebajas o condonaciones de intereses a sus deudores morosos* **deberán realizarlo conforme a las condiciones generales del mercado financiero y** ***con la finalidad de: recuperar su cartera, evitar el deterioro de su estructura financiera y presupuestal y, propender por la defensa, rentabilidad y recuperación del patrimonio público".*** (Subraya la Sala).

En la historia de la aprobación de la señalada ley se destaca lo consignado en el informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 159 de 2002- Senado, 230 de 2002-Cámara, en donde se lee:

"También se incluye un nuevo artículo sobre responsabilidad fiscal en materia de reestructuración de cartera por parte de las entidades financieras de carácter público dado que al tener que estar compitiendo en igualdad de condiciones en el mercado financiero debe preverse que sus operaciones sean bajo las reglas del mercado pero que no se deteriore el patrimonio público (…)"[28]

Es así que la posibilidad de condonar capital en el mercado financiero ha sido admitida por la Superintendencia Financiera tanto para entidades financieras privadas como para las estatales. Dice la doctrina especializada de la superintendencia en el concepto 2002001779-1 del 11 de marzo de 2002:

"Sea lo primero precisar que las instituciones financieras del Estado creadas por iniciativas gubernamentales, ya sea mediante la constitución de sociedades de economía mixta (artículo 97 de la Ley 489 de 1999) o de empresas industriales y comerciales (artículo 85, ibídem), u originadas por efecto de las capitalizaciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFÍN, en virtud de lo señalado en el numeral 4 del artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (oficialización), ***se rigen en materia de reestructuración de créditos por los mismos parámetros de las entidades de carácter privado****. Pues bien, obsérvese que en el derecho positivo colombiano impera el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual las normas que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, es decir, impera la libertad contractual, cuando estos al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. En este sentido, es válido que las partes acuerden modificaciones a las obligaciones originarias y, por ende, proceda de la reestructuración de las derivadas de los contratos de mutuo, entendida ésta como cualquier mecanismo instrumentado mediante la celebración de cualquier negocio jurídico, que tenga por objeto modificar las condiciones originalmente pactadas con el fin de permitirle al deudor la atención adecuada de su acreencia. En caso específico de las entidades financieras dichas reestructuraciones también se realizan dentro de su órbita privada, siendo ellas quienes deciden efectuarlas o no. Sin embargo, cabe señalar que en caso de llevarlas a cabo* ***deberán observar los parámetros señalados en el Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera (Circular Externa 100***

28 *Gaceta del Congreso* 259. Lunes 9 de junio de 2003. Página 9.

> ***de 1995) sobre la evaluación del riesgo crediticio,*** *instructivo que puede consultar en nuestra página web: www.superbancaria.gov.co, ícono normatividad 1 .* ***Así mismo, respecto de los bancos oficiales, debe precisarse que no se encuentran sometidos a disposiciones especiales ni las excluyen de la aplicación de los preceptos sobre reestructuración de créditos; por lo tanto, es facultativo de la entidad modificar las condiciones iniciales de la obligación, otorgar prórrogas, conceder períodos de gracia, y condonaciones de intereses o capital; con sujeción a las normas sobre riesgo crediticio****. En este punto, valga la pena mencionar lo expresado por esta Superintendencia en el siguiente sentido: "Para el caso específico del sector financiero, es de resaltar que quienes desarrollan profesionalmente la actividad de intermediación financiera deben atender una doble responsabilidad, es decir, como comerciante y más aún, como ente depositario de la confianza pública en general en cuanto maneja recursos captados del conglomerado, por lo que debe cumplir las normas especiales aplicables a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, toda vez que el legislador no consignó un tratamiento especial en tratándose del Estado Banquero. (...) En este orden de ideas, las instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios necesariamente debe estar sujetas a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, motivo por el cual puede concluirse que (...) se encuentra facultada para reestructurar sus créditos de conformidad con lo previsto en el Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995****, pudiendo incluso condonar sumas a los deudores por concepto de capital, intereses corrientes o de mora; sin perder de vista que las políticas y decisiones que sobre el particular adopten no causen un mayor perjuicio a la entidad a su cargo****"*[29](Resalta la Sala)

Así las cosas, el Icetex no solamente tiene una doble responsabilidad que se deriva de su calidad de comerciante y de depositario de la confianza pública, sino que además tiene la carga de ser un buen administrador de recursos públicos.

Pues bien, la condonación de capital puede ser adoptada como mecanismo excepcional y de última instancia para la reestructuración de créditos, ajustada a parámetros mínimos de evaluación de riesgo crediticio:

Para ello el Icetex deberá contar con un Sistema de Administración del Riesgo Crediticio que lo evalúe permanentemente, tanto en el momento de otorgar los créditos como a lo largo de la vida de los mismos, pues existe la posibilidad de que se incurra en pérdidas como consecuencia de que un deudor incumpla sus obligaciones.

En consecuencia, corresponderá a un comité de cartera adoptar, con la máxima diligencia y cuidado, instrumentos de recuperación de cartera por lo menos ajustados a los parámetros establecidos por la Circular Externa 100 de 1995, y en lo posible mejorarlos y perfeccionarlos para que se adapten a las particularidades de su objeto.

Los procedimientos deben ser claros y precisos, con definición de criterios y formas mediante los cuales se evalúan, se asume, se califica, se controla y se cubre el riesgo crediticio.

29 https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=18796&dPrint=

Como componentes básicos del sistema se encuentran:

- Políticas de administración del riesgo.
- Procesos de administración del riesgo
- Modelos internos o de referencia para la estimación o cuantificación de pérdidas esperadas
- Sistema de provisiones para cubrir el riesgo.
- Procesos de control interno[30]

Subraya la Sala que en todo caso los medios de recuperación de cartera que implemente el Icetex no pueden favorecer la cultura de no pago.

G. La realidad de la cartera de difícil cobro del Icetex

Al inicio del año 2018 existían 52.000 deudores que implicaban una cartera vencida cercana a un año por una suma cercana a trescientos cuarenta y dos mil millones de pesos ($342.000.000.000).

Debido a la dificultad de su recaudo, el Icetex vendió dicha cartera a la Central de Inversiones S.A. CISA y obtuvo por la operación sesenta y tres mil millones de pesos ($63.000.000.000) o sea el 18.5 %.

El Icetex anunció que dicho contrato tuvo como finalidad ampliar el campo de negociación y buscar alternativas de pago con destino a la financiación de la educación superior.[31]

Se aprecia entonces que frente a las innegables dificultades para brindar alivios a los deudores en mora, el Icetex ha debido recurrir a otro ente con mayores herramientas para el recaudo y con ello poder recuperar solo una parte de su cartera de difícil cobro.

Si la entidad tuviera más y mejores mecanismos de negociación con los deudores en mora, principalmente con aquellos que representan una cartera de difícil recaudo, sería de esperar que la recuperación de dineros fuese mayor que el monto obtenido por las operaciones de venta de cartera a las que se ha visto obligada a acudir.

Dentro de tales mecanismos la condonación parcial de capital surge como un instrumento valioso aunque *in extremis* para recuperar recursos que deben ser reinvertidos por el Icetex en el desarrollo de su objeto.

30 Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 100. Capítulo II.

31 https://portal.icetex.gov.co/Portal/Home/prensa/2018/01/05/icetex-y-cisa-firman-contrato-interadministrativo-que-permitir%C3%A1-financiar-11.000-nuevos-cr%C3%A9ditos educativos

Por otra parte es menester recordar que el Icetex se desenvuelve en un ámbito de competencia con otras entidades financieras que sí cuentan con la posibilidad de condonar parcialmente capital dentro de su política para el manejo de cartera vencida, situación que lo pone en desventaja dentro del mercado de crédito educativo.

H. Caso concreto

La educación se fundamenta en una concepción integral de la persona, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes. Esta garantía se encuentra regulada en los artículos 67, 68 y 69 de la Constitución Política, como un derecho de carácter fundamental y de servicio público, que contiene una función social.[32]

También ha señalado la jurisprudencia constitucional lo siguiente:

> *"La Corte ha indicado en distintos pronunciamientos que la educación (i) es una herramienta necesaria para hacer efectivo el mandato de igualdad del artículo 13 superior, en tanto potencia la igualdad de oportunidades; (ii) es un instrumento que permite la proyección social del ser humano y la realización de otros de sus demás derechos fundamentales; (iii) es un elemento dignificador de las personas; (iv) es un factor esencial para el desarrollo humano, social y económico; (v) es un instrumento para la construcción de equidad social[l], y (vi) es una herramienta para el desarrollo de la comunidad, entre otras características"*[33]

Corresponde entonces al Icetex fomentar la educación superior con prioridad para la población de bajos recursos económicos y para aquella con mérito académico, para lo cual cuenta con dineros públicos que deben ser gestionados con eficiencia, economía y equidad.

Una de las vías con que cuenta la entidad para cumplir su objeto es el otorgamiento de créditos que se instrumentan en contratos de mutuo, que a la luz del artículo 12 del Decreto 1050 de 2006 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1002 del 30 de septiembre de 2005",* deben ser reembolsables.

Dice el mencionado decreto:

> *"Artículo 12. Partidas de la Nación. De conformidad con lo previsto en el numeral primero del artículo 9º de la Ley 1002, las partidas que se incluyan en el Presupuesto General de la Nación con destino al Icetex, serán transferidas a través del Ministerio de Educación Nacional.*
>
> *Las partidas para créditos reembolsables pasarán a conformar el patrimonio del Icetex, y las demás partidas financiarán directamente el objeto del gasto para los cuales fueron creadas".*

32 Ibídem.
33 Corte Constitucional. Sentencia T-787 de 2006.

En lo pertinente, el Reglamento de Crédito Educativo de la entidad, en su artículo 45 establece que es obligación de los beneficiarios de las líneas de crédito:

> "*d) Cumplir con el pago oportuno de las cuotas mensuales y sucesivas correspondientes al pago de los amparos (prima de seguros), el capital, los intereses corrientes y de mora si se causaren y cualquier otro costo imputable a la deuda; (…)*

No obstante y a pesar de que en principio todo crédito educativo debe ser pagado en su totalidad por los beneficiarios, la Ley 1753 de 2015 "*[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país", en su artículo 61 dispone:*

> ***"Artículo 61. Focalización de subsidios a los créditos del Icetex.*** *Los beneficiarios de créditos de educación superior que se encuentren en los estratos 1, 2, y 3, priorizados en el Sisbén, dentro de los puntos de corte establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, y que terminen su programa, solo pagarán el capital prestado durante su período de estudios, más la inflación causada de acuerdo con los datos publicados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), correspondientes al periodo de amortización.*
>
> *El Gobierno nacional propenderá por un aumento de cobertura de los créditos del Icetex entre la población no focalizada por el subsidio con el objeto de ampliar el otorgamiento de créditos. El Icetex podrá ofrecer opciones de crédito sin amortizaciones durante el periodo de estudios, sin exigencia de colaterales, que podrá incluir apoyos de sostenimiento diferenciales por el municipio o distrito de origen del beneficiario, y que cubran la totalidad de costos del programa de estudios. El Icetex garantizará acceso preferente a estos beneficios para quienes estén matriculados en programas o instituciones con acreditación de alta calidad.*
>
> *Asimismo, con el propósito de incentivar la permanencia y calidad, se concederá una condonación de la deuda de los créditos de Educación Superior otorgados a través del Icetex, de acuerdo con lo que reglamente el Gobierno nacional, a las personas que cumplan los siguientes requisitos:*
>
> *1. Estar en los estratos 1, 2, y 3, priorizados en el Sisbén, dentro de los puntos de corte establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, al momento del otorgamiento del crédito.*
>
> *2. Que los resultados de las pruebas Saber Pro estén ubicados en el decil superior en su respectiva área.*
>
> *3. Haber terminado su programa educativo en el periodo señalado para el mismo.*
>
> *La Nación garantizará y destinará al Icetex los recursos requeridos para compensar los ingresos que deja de percibir por los conceptos anteriores.*

Desde 2018 los créditos y becas financiados por el Icetex estarán destinados únicamente a financiar programas que cuenten con acreditación o en su defecto programas en instituciones de educación acreditadas institucionalmente.

Parágrafo PRIMERO. *Los créditos de educación superior otorgados a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán con las mismas condiciones que obtuvieron al momento de su otorgamiento.*

Parágrafo SEGUNDO. *Las tasas de interés que aplica el Icetex deberán estar siempre por debajo de las tasas de interés comerciales para créditos educativos o de libre inversión que ofrezca el mercado. Los márgenes que se establezcan no podrán obedecer a fines de lucro y tendrán por objeto garantizar la sostenibilidad y viabilidad financiera del sistema de créditos e incentivos que ofrece el Icetex".* (Resalta la Sala).

El artículo transcrito contiene una orden al Icetex: deberá condonar los créditos indicados siempre que se cumplan los requisitos enumerados en la misma norma. Por cuanto se trata de una orden que no deja margen a la autonomía de la entidad financiera, precisamente, la Nación se compromete a "compensar los ingresos que deja de percibir por los conceptos anteriores".

La condonación de capital en ciertas y especiales circunstancias no es una operación extraña para el Icetex, y en el evento transcrito es evidente que no se trata de un acto de mera liberalidad, en tanto y en cuanto persigue la finalidad de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país mediante el fomento de la educación superior.

La disposición de la Ley del Plan Nacional del Desarrollo 2014-2018 también muestra un balance entre lo social y lo financiero, al punto que si bien es cierto el objeto del Icetex tiene un marcado componente social, no puede olvidarse que se debe siempre proteger el patrimonio público.

Es así que no puede desconocerse que por diferentes factores lo deudores de créditos educativos pueden incurrir en mora, situación que obliga a las entidades financieras a implementar mecanismos de manejo y mejoramiento de cartera.

La Ley 1002 de 2005 claramente establece que el Icetex es una entidad financiera estatal, y las entidades financieras así sean estatales, al otorgar crédito pueden realizar todos aquellos actos jurídicos tendientes a recuperar la cartera tales como el cobro o la reestructuración de créditos, incluída la condonación de intereses y de quitas de capital, pues el desarrollo de su objeto incorpora todos aquellos actos jurídicos y actividades financieras que se relacionen directamente con dicho objeto.[34]

En este punto es preciso tener en cuenta que esta Sala ha dicho en varias oportunidades que las entidades públicas al adelantar labores de cobro deben verificar la relación

34 Ley 1002 de 2005. Artículo 4º.

costo-beneficio y podrán incluso desistir de las gestiones a que haya lugar si resulta ser negativa para la entidad, lo que a la postre se traducirá en la extinción de la obligación, pues no puede sostenerse de manera irreflexiva que el Estado deba efectuar el cobro de obligaciones a su favor cuando efectuados los análisis pertinentes se establezca que se va a generar un detrimento o pérdida para el patrimonio público[35].

La finalidad ante todo consiste en la recuperación efectiva de dinero sin generar pérdidas para las entidades, es decir que el manejo y mejoramiento de cartera debe ser eficaz y eficiente, con el fin de obtener liquidez para las entidades.

Entonces, en eventos extremos puede ocurrir que una vez efectuadas todas las gestiones posibles para la recuperación de cartera, estas arrojen como resultado que solamente se pueda recuperar parte del capital adeudado, caso en que de manera excepcional y como *ultima ratio* la condonación de capital es viable siempre y cuando se efectúe en las condiciones generales del mercado financiero, y no verse sobre la totalidad.

De ninguna manera las estrategias de recuperación de cartera pueden implicar la condonación total del capital, pues se atentaría contra la finalidad misma de esa estrategia pues por definición lo que se busca es obtener el pago de lo adeudado, así sea en parte. En síntesis de lo que se trata es de condonar quitas de capital de tal manera que el Icetex como acreedor se asegure el cobro de una parte de la deuda ante la incertidumbre de no cobrar nada.

Ahora bien, en principio podría pensarse que con la condonación de capital se podría vulnerar lo consagrado en el artículo 355 de la Constitución que a la letra señala:

> ***"Artículo 355.*** *Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*
>
> *El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno nacional reglamentará la materia.*

Empero, la Corte Constitucional ha señalado que tal mandato no es absoluto, pues es deber del Estado apoyar diversas actividades y otorgar incentivos si es imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado, siempre con fundamento en una norma o principio constitucional y que no se trate de un acto de mera liberalidad, con la finalidad de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país.[36]

Se destaca que no existe ningún reparo sobre una eventual violación al artículo 355 constitucional cuando en las políticas de normalización de cartera se contempla la condonación de intereses, y entiende la Sala que tampoco debería existir si se trata de la

35 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 2170 de 2013 y 2285 de 2016.
36 Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2016.

condonación parcial de capital, pues ambos eventos implican una disposición de patrimonio público justificada *in extremis* para evitar el deterioro de la estructura financiera y presupuestal del sistema.

Con una estrategia que implique como solución última la condonación de parte del capital a los deudores del Icetex que se encuentren en mora, se ayuda a garantizar una de la finalidades del Estado cual es el reconocimiento de la dignidad de las personas al facilitar el acceso a la educación mediante la recuperación así sea parcial de recursos económicos que deben ser nuevamente empleados en el fomento de la educación superior con prioridad para la población de bajos recursos económicos y para aquella con mérito académico.

En lo que a la capitalización de intereses respecta, es un mecanismo que surge en virtud de la voluntad libre y autónoma de las partes, que consiste en que se incrementa el saldo de la deuda con los intereses causados durante el período en que el beneficiario estudia, lo que constituye un nuevo capital, que como ya se ha señalado también podría ser condonado con la finalidad y las limitaciones anotadas.

De llegarse al caso límite de condonar parte del capital, no puede pasarse por alto que es menester exigir que se asuma la responsabilidad de quienes hayan tenido a su cargo el estudio y aprobación de los créditos, la administración del riesgo y de los procesos de control interno, pues como se anotó en acápite anterior, el Icetex debe contar con un Sistema de Administración del Riesgo Crediticio que los evalúe permanentemente, tanto en el momento de otorgarlos como a lo largo de la vida de los mismos, pues existe la posibilidad de que se incurra en pérdidas como consecuencia de que un deudor incumpla sus obligaciones.

Adicionalmente, a aquellas personas que se encarguen de la negociación e implementación de las condonaciones deberá exigírseles el máximo nivel de diligencia y cuidado, así como un total apego a los procedimientos. Sus actuaciones deberán estar siempre precedidas de concepto favorable del comité de cartera del Icetex.

Para finalizar, y en aras de conferir mayor claridad y seguridad a la temática, esta Sala recomienda al Gobierno nacional la expedición de un decreto reglamentario que entre otros aspectos se ocupe de:

1. Mecanismos de reestructuración de cartera.

2. Procesos de administración del riesgo de impago.

3 Procesos de control interno.

4. Funcionamiento del comité de cartera.

5. Requisitos para condonación de quitas de capital y de intereses.

III. La Sala responde:

Previamente a dar respuesta a las preguntas de la Ministra, la Sala acota que este concepto se refiere exclusivamente al Icetex, y que el análisis y respuestas aquí vertidos no deben extenderse a otras entidades financieras estatales.

1. *¿Puede legalmente el Icetex, como entidad financiera de naturaleza especial, implementar la política de realizar acuerdos de pago en los cuales se incluya la posibilidad de condonar parte del capital adeudado por los beneficiarios con ocasión del crédito educativo sustentado en un contrato de mutuo que se rige por la condiciones del derecho privado, entendiendo que se trata de recursos de naturaleza pública?*

2. *¿El capital obtenido después de la aplicación de la figura de la capitalización puede ser igualmente objeto de condonación en el escenario del acuerdo de pago antes expuesto?*

Por su unidad temática se absuelven las preguntas 1 y 2.

El Icetex puede legalmente implementar mecanismos de acuerdos de pago en los que, como último recurso para recuperar cartera, se contemple excepcionalmente la posibilidad de condonación de parte del capital adeudado, en los términos y condiciones expuestos en este concepto, y en particular sujeto a la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional.

3. *En caso de ser afirmativa la respuesta a las preguntas 1 y 2:*

   ¿Existe algún límite para condonar parte del capital adecuado con ocasión del crédito educativo?

   ¿Cuál será ese límite y de que criterio depende?

La condonación de capital adeudado es viable, siempre y cuando se efectúe como último recurso para la recuperación de cartera, se haga de acuerdo con las condiciones generales del mercado financiero, y no se condone totalmente el capital, salvo que se expida una norma legal que así lo autorice.

En todo caso, la Junta Directiva del Icetex deberá adoptar los parámetros de la Circular Externa 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera o implementar sus propios parámetros dentro del marco de la mencionada circular.

4. *En caso de ser negativa la respuesta a las preguntas 1 y 2. ¿Qué razones impiden o prohíben adoptar e implementar esa política para la recuperación de la cartera?*

Toda vez que las respuestas a las preguntas 1 y 2 son positivas, no hay lugar a responder este interrogante.

Remítase a la Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ÉDGAR González López

Con el mayor respeto por la decisión de la Sala, presento mi salvamento de voto en el proceso de la referencia, en forma específica, en la respuesta y consideraciones en las cuales se afirma que el Icetex puede legalmente condonar parte del capital en los términos allí expuestos y se estima que la Junta Directiva del Icetex puede adoptar los parámetros para esta condonación de capital, teniendo en cuenta una circular del año 1995 de la Superintendencia Financiera.

Las razones que sustentan mi salvamento son las siguientes:

1. Naturaleza jurídica y objeto del Icetex

Es importante aclarar que comparto gran parte de las importantes consideraciones realizadas por la Sala sobre la naturaleza jurídica y objeto del Icetex y el desarrollo histórico de las diferentes leyes que lo han regulado, hasta la actual Ley 1002 de 2005, por medio de la cual lo transforma en una entidad financiera de naturaleza especial.

Es precisamente el devenir histórico de su régimen jurídico aplicable, lo que resulta fundamental para entender que se trata de una entidad financiera de naturaleza especial, que no tiene las libertades de los sujetos privados, y ni siquiera su mismo régimen jurídico.

La Ley 1002 de 2005, adicionada por el artículo 1º de la Ley 1886 de 2018, al consagrar su objeto, es clara en señalar que el mecanismo financiero es el instrumento – y no su razón principal- mediante el cual cumple el objeto de fomento social de la educación superior, priorizando la población de bajos recursos económicos y aquella con mérito académico en todos los estratos que hagan posible el acceso y la permanencia de las personas a la educación superior.

No puede entenderse al Icetex, en ninguna de sus épocas históricas, ni a futuro como una entidad financiera de las mismas calidades y características de una entidad financiera del derecho privado. En efecto, su objeto social es sustancialmente distinto, esto es, el fomento de la educación superior, y de otra parte, la focalización de su actividad de subsidios a los beneficiarios de créditos en los estratos 1, 2 y 3 priorizados en el SISBEN, dentro de los puntos de corte establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y que terminen su programa, según lo establece el artículo 61 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se establece el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018.

Desde ese punto de vista, las posibles condonaciones de capital que pueda realizar el Icetex solo pueden tener como finalidad el interés general, en especial, en favor de la población de menores recursos que le permita acceder al servicio público de la educación y en los términos que consagra la ley, sin que pueda sustituirse una clara reserva de ley,

según se expondrá a continuación, por un simple acto administrativo de la Junta Directiva del Icetex.

Esta naturaleza de entidad financiera con régimen especial surge de las normas que han transformado al Icetex, y a mi juicio, así deben interpretarse, aun cuando se aluda a la aplicación de normas de derecho privado en sus actividades. En otras palabras, se trata de una entidad estatal con un régimen mayoritario de derecho privado, pero tal situación no es óbice para entender que se trata de simples mecanismos y medios para dotarla de agilidad y de flexibilidad en su actuación, que seguirá siendo por encima de todo de carácter social y de fomento a la educación.

Esta afirmación tiene como sustento adicional el hecho de que la casi totalidad de los recursos del Icetex son recursos públicos, y por lo tanto, no es posible su donación, sino bajo los parámetros que establezca el legislador, en acatamiento además a la prohibición general de auxilios y donaciones consagrada en el artículo 355 CP.

Las características especiales del Icetex que le permiten aplicar un régimen jurídico distinto a una entidad financiera, pueden observarse:

- El Icetex no está sometido a régimen de encajes ni a inversiones forzosas. Tampoco podrá ser obligado a destinar recursos de su portafolio para adquirir títulos de deuda pública, TES, (numeral 9 del artículo 2 de la Ley 1002 de 2005, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1886 de 2018).

- Con el fin de garantizar los subsidios el Icetex tendrá el régimen tributario aplicable a los establecimientos públicos, (Parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1002 de 2005).

- El Icetex debe ofrecer diferentes modalidades de crédito para garantizar a la población la culminación de sus estudios y en todo caso los intereses serán inferiores a los del mercado financiero (Parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 1002 de 2005).

- Para el desarrollo de su objeto, entre sus recursos se encontrarán los beneficios, utilidades y excedentes que obtenga (Artículo 2 y numeral 3 del artículo 9 de la Ley 1002 de 2005).

- A esta entidad estatal le correspondía administrar el programa de becas del Gobierno de Colombia en el exterior para artistas nacionales y los fondos públicos destinados a cubrir los gastos de estudios en el exterior de los funcionarios del Estado (Literales h y e del artículo 2 del Decreto Ley 3155 de 1968, en consonancia con el artículo 267 del Decreto Ley 663 de 1993, por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

El régimen principalmente de derecho privado que puede aplicar el Icetex en el desarrollo de su objeto social, es el medio que ha considerado el legislador para permitirle una actividad oportuna y eficiente. Lo anterior, simplemente como un instrumento para

lograr la finalidad social de su creación, razón por la cual puede afirmarse que su régimen jurídico es mixto. En efecto:

- Los actos que realice el Icetex para el desarrollo de sus actividades comerciales o de gestión económica y financiera están sujetos a las disposiciones del derecho privado. No obstante, los actos que expida para el cumplimiento de funciones administrativas que le confían la ley y los estatutos, se sujetan a las reglas del Código Contencioso Administrativo, hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011 (Artículo 8 Ley 1002 de 2005).

- Los contratos que deba celebrar como entidad financiera de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto y operaciones autorizadas, se sujeta a las disposiciones del derecho privado (Artículo 8 Ley 1002 de 2005).

No obstante, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 15, al referirse a los contratos que celebran las entidades financieras de carácter estatal, expresamente señala:

> *"En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley"*

El artículo 13 establece que estas entidades con un régimen contractual excepcional:

> *"… aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal"*

Lamentablemente, la regla establecida en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 es demasiado genérica para las entidades estatales con régimen de contratación excepcional, y resulta difícil entender hasta dónde deben aplicarse los principios de la función administrativa en un contrato estatal marcadamente regulado por el derecho privado.[37]

Por consiguiente, el Icetex es una entidad estatal de carácter financiero con un régimen especial, que no permite asimilarla a una entidad financiera de derecho privado, ni por sus fines, ni por su objeto social, ni tampoco por su régimen contractual de carácter mixto.

Así mismo, según el artículo 355 C.P. los dineros que comprende el patrimonio del Icetex son en su mayoría recursos públicos y por lo tanto están sometidos a la prohibición constitucional para que ninguna de las ramas u órganos del poder público pueda decretar donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, salvo las excepciones consagradas en la misma norma.

37 Es difícil entender cuál puede ser la aplicación de los principios de la función administrativa en contratos propios de las entidades estatales financieras, como puede ser un contrato de cuenta de ahorros o de depósito a término o de mutuo. Sin embargo, podrán existir otro tipo de contratos donde pueda ser posible la aplicación de los principios de la función administrativa.

En forma adicional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que cualquier auxilio o fomento económico de manera directa por parte del Estado, solo podría darse cuando exista un fundamento constitucional y se lleven a cabo a través de contratos que se celebran exclusivamente con esos fines.[38]

2. La condonación de capital en acuerdos de pago para créditos educativos otorgados por el Icetex solo es posible en los términos consagrados en la ley o autorizada por la misma. Resulta improcedente cualquier condonación de capital autorizada por acto administrativo

No puedo compartir con la Sala algunas de las consideraciones y la respuesta emitida en este dictamen cuando estima:

Que no existe reparo sobre una eventual violación al artículo 355 CP si se realiza una condonación parcial de capital. Así mismo, que una estrategia de recuperación de cartera puede implicar la condonación parcial de capital, en aras de recuperar parte del capital adeudado. Para la Sala, "… la condonación de capital es viable siempre y cuando se efectúe en las condiciones generales del mercado financiero, y no verse sobre la totalidad".

Obsérvese que para el concepto no es posible determinar bajo qué parámetros o en qué porcentajes puede ser realizada la condonación de capital por parte del Icetex. Simplemente se menciona que la condonación de capital no verse sobre la totalidad, lo cual podría dar a entender que la casi totalidad podría ser objeto de condonación.

Se hace esta observación, para mostrar que no hay parámetros o lineamientos de carácter legal que permitan establecer en qué términos puede realizarse una condonación de capital, bajo el argumento general que se busca recuperar parte del capital adeudado, y deja al criterio subjetivo y discrecional del funcionario de turno la condonación de capital de dineros públicos.

A mi juicio, se trata de una permisión que resulta peligrosa y contraria a derecho, pues nada impediría que diferentes entidades estatales, so pretexto de recuperar así sea un valor ínfimo del capital, procedan a realizar condonaciones del mismo, en detrimento de los dineros públicos y de su carácter sagrado.

Es cierto que la consulta deja claramente expresado que el análisis y respuestas no deben extenderse a otras entidades financieras estatales. Sin embargo, el argumento para permitir la condonación de capital, esto es, que se busque recuperar parte del capital, podría ser extendido en su aplicación por diferentes entidades estatales de cualquier naturaleza u orden que tengan créditos insolutos a su favor, desde que no exista una condonación total, sin ningún parámetro legal y reglamentario al respecto.

38 Corte Constitucional. Sentencia C- 027 de 2016.

No son necesarias mayores consideraciones para entender la situación que se presentaría en entidades estatales de cualquier orden, en tratándose de recursos públicos y en donde no existen unos lineamientos, un contenido mínimo o un criterio inteligible emanado de la reserva de ley.

La consulta concluye señalando que la condonación de capital adeudado es viable como último recurso para la recuperación de cartera, siempre y cuando se haga de acuerdo con las condiciones del mercado financiero y no se condone totalmente el capital, salvo que se expida una norma legal que así lo autorice. Para ello, estima que la Junta Directiva del Icetex deberá adoptar los parámetros, incluyendo los señalados por una circular externa de 1995 de la Superintendencia Financiera.

Entiendo perfectamente la preocupación de la Sala para buscar una solución a una posible recuperación de capital, pero no comparto que se pueda realizar en los términos expuestos.

Es precisamente sobre esta respuesta a la consulta donde no puedo estar de acuerdo, por las siguientes razones:

A. Existe una prohibición general de carácter constitucional para realizar donaciones en favor de personas jurídicas o naturales (Artículo 355 CP)

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad del Gobierno en los niveles nacional o territorial, para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo. En este caso, le corresponde al Gobierno reglamentar la materia.[39]

Por lo tanto, no es posible hacer donaciones de bienes o recursos públicos en términos distintos a los señalados en la norma constitucional, sin perjuicio del cumplimiento de las finalidades sociales a cargo del Estado.

Así lo ha precisado la Sala de Consulta cuando señaló:

> *"Si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política", lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra,* ***el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero "con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el***

39 Esta reglamentación se encuentra en el Decreto 92 de 2017.

plan nacional y los planes seccionales de desarrollo", tal como lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política *" (negrillas de la Sala)"* [40].

Es importante precisar que la disposición constitucional no impide que el Estado realice erogaciones a título gratuito con el fin de cumplir sus finalidades sociales como lo ha señalado la Corte Constitucional.

B. La prohibición de realizar donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, no impide que el Estado pueda realizar erogaciones a título gratuito para cumplir sus deberes y finalidades sociales. No se evidencia que sea el caso de la consulta

La Corte ha señalado que la prohibición del artículo 355 CP no impide el cumplimiento de las finalidades sociales a cargo del Estado y al respecto ha reconocido que las erogaciones por parte del Estado a título gratuito son acordes con la Constitución, bajo los siguientes parámetros:

B1. La jurisprudencia de la Corte reconoció que la Carta permite o exige el fomento económico de diversas prácticas de manera directa a cargo del Estado. Por ello, reconoció que los auxilios son válidos siempre que (i) tengan fundamento constitucional y ii) se lleven a cabo a través de contratos que se celebren exclusivamente con estos fines.[41]

Por lo tanto, las normas de la Constitución autorizan la asignación de erogaciones mediante la celebración de los contratos a que alude el artículo 355 de la Carta, o también con fundamento en una norma o principio constitucional y que resulta imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado[42].

B2. Estas transferencias resultan válidas siempre y cuando no se trate de un acto de mera liberalidad del Estado y se encuentren vinculadas o asociadas a razones de justicia distributiva[43].

B3. La Corte ha señalado la procedencia de estas erogaciones cuando están vinculadas al desarrollo de los deberes y finalidades del Estado. Entre estos eventos para autorizar subvenciones, la Corte señala los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios (art. 368 C.P.), el fomento a la investigación y transferencia de

40 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de febrero de 2006. Radicación no. 1710. M. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

41 Corte Constitucional. Sentencia C- 027 de 2016. (…) después de analizar las causas que llevaron a que los auxilios se convirtieran en un modo de pervertir la democracia y favorecer intereses minoritarios, la jurisprudencia comenzó también a evidenciar las situaciones en que la Carta permite (o exige) el fomento económico de diversas prácticas de manera directa por partes del Estado. Así, indico que los auxilios pueden ser válidos siempre que (i) tengan fundamento constitucional; (2) se lleven a cabo a través de contratos que se celebren exclusivamente con esos fines".

42 Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa. (…) *"Con el paso del tiempo, y el estudio de nuevos casos en los que se acusaba al Congreso de violar el artículo 355 de la Carta, la jurisprudencia constitucional encontró "en las disposiciones de la misma Constitución argumentos suficientes para autorizar la posibilidad de asignar tales erogaciones, no solo mediante la celebración de los contratos a que hacía referencia el inciso segundo del citado artículo 355 superior, sino en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley (1) tuviese como fundamento una norma o principio constitucional, y (2) resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado".*

43 Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa. (…) *"Además, este tipo de transferencias serían válidas siempre y cuando no se trate de un acto de mera liberalidad del Estado sino del cumplimiento de deberes constitucionales expresos que aseguraran la igualdad material. Es decir, si se encuentran asociados a razones de justicia distributiva".*

la tecnología (art. 71 C.P.) y la ejecución de proyectos de vivienda social y servicios públicos de salud y educación (art. 49, 51 y 67 C.P.)[44].

B4. La jurisprudencia de la Corte ha sido clara en señalar que la autorización al Estado para conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, es materia reservada a la libre configuración del legislador. Para el efecto, es imperativo el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno[45].

B5. La prohibición de las donaciones y auxilios surge por el abuso de la antigua práctica de los *"auxilios parlamentarios",* lo cual no significa la extinción de la función benéfica del Estado y de cumplimiento de deberes o principios de orden constitucional que describan actividades públicas irrenunciables.

El auxilio o donación prohibida se caracteriza por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular, sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo[46].

B6. Finalmente, la Corte recuerda la Sentencia C-507 de 2008, en la cual se analizó la creación de apoyos económicos indeterminados a sectores definidos por el Gobierno nacional para concluir su inexequiblidad por su generalidad e indeterminación, y resumió los requisitos de validez de este tipo de asignaciones[47].

Por consiguiente, la regla general corresponde a la prohibición de donaciones de bienes y recursos públicos, y las reglas de excepción están referidas a los contratos a que alude

---

44 Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa. (…) *"En ese contexto, en muchas ocasiones la Corte ha admitido que en varias oportunidades las erogaciones que el Estado otorga a título gratuito a favor de particulares, surgían de todos aquéllos supuestos que la misma Constitución autorizaba, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado, "con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país, al tenerlos como criterios que responden a la concepción del Estado Social de Derecho". Así, entre otros, estos eventos autorizan estas subvenciones: (i) los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios (art. 368 C.P.); "el fomento de la investigación y transferencia de la tecnología (art. 71 C.P.); el fomento a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras (art. 65 C.P.); la adquisición de predios para los trabajadores agrarios (art. 64 C.P.); la ejecución de proyectos de vivienda social y servicios públicos de salud y educación (Art. 49, 51 y 67)".*

45 Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa. (…) *"Sin embargo, solo hasta la sentencia C-152 de 1999 la Corte reconoció expresamente que la Carta autorizó al Estado para conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquella considerara dignas y merecedoras de apoyo y, lo más importante, precisó que su desarrollo era materia reservada a la libre configuración normativa del Legislador, en tanto la Carta aparte de permitir la concesión de incentivos o estímulos omitió determinar la forma en que estos podrían decretarse.* || *Frente a este reconocimiento la Corte señaló como imperativo el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno en punto a señalar el procedimiento que debía ser observado a fin de entregar los incentivos económicos dispuestos por la ley, de modo que los mismos fuesen asignados a las personas que tuviesen mayores méritos y necesidades. Actuaciones, por lo demás, que debían someterse a las reglas de publicidad, imparcialidad e igualdad y, por tanto, ser susceptibles de impugnación, cuando se desviasen los derroteros trazados por la Constitución, la ley y el reglamento".*

46 Corte Constitucional. Sentencia C-712 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis. (…) *"(1)La prohibición de los auxilios y donaciones, es la respuesta al abuso derivado de la antigua práctica de los "auxilios parlamentarios", y en buena medida explica su alcance. (2) La prohibición de los auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad. (3) El auxilio o donación, materia de la prohibición, se caracterizan por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo. Igualmente, corresponden a estas categorías, las transferencias a particulares, que no estén precedidas de un control sobre los recursos o que éste no pueda realizarse con posterioridad a la asignación. Finalmente, se califican de esta manera, las prácticas que por los elementos que incorporen, puedan tener la virtualidad de revivir la proscrita figura de los auxilios. (4) Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas. (5) No se estima que se viole el artículo 355 de la C.P., cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables".*

47 Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa. (…) *"Finalmente, la Corte reiteró la sentencia C-507 de 2008, en la que se analizó la creación de apoyos económicos indeterminados a sectores definidos por el Gobierno Nacional. El artículo fue declarado inexequible por su generalidad e indeterminación, pero la Corporación resumió también los requisitos de validez de asignaciones de este tipo: "1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. 2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión. 3. Toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. 4. Debe respetar el principio de igualdad".*

el artículo 355 de la C.P. o al cumplimiento de deberes del Estado que tengan sustento y fundamento en una norma constitucional.

En este último evento, la Corte ha precisado que su desarrollo es materia reservada a la libre configuración normativa del legislador, y como imperativo a su desarrollo mediante la potestad reglamentaria del Gobierno.

La situación analizada por la Sala no está referida a ninguna de estas circunstancias, ni parece tener sustento en una norma constitucional en los términos expuestos.

Podría argumentarse en gracia de discusión, que su finalidad atiende a la recuperación de capital, lo cual resulta una finalidad plausible y con cierta vinculación al servicio público de la educación, pero lo cierto es que, a mi juicio, no existe un sustento constitucional claro, expreso y directo referente a la condonación que se haya aducido expresamente y un desarrollo legislativo que permita determinar los lineamientos o contenidos mínimos para permitir la donación de capital. Tampoco existen los criterios para una donación parcial de capital, sin establecerse la medida o cuantificación de este carácter parcial.

Por otra parte, no se observa la relación causa- efecto entre la condonación del capital y el acceso a la educación. Por el contrario, podría verse perjudicado por una disminución de los recursos de la entidad para destinarlos al crédito educativo.

3. La necesaria y expresa autorización de ley con su contenido mínimo para permitir el otorgamiento de donaciones a personas naturales o jurídicas de Derecho Privado, siempre y cuando tengan fundamento en una norma constitucional derivada de las finalidades sociales a cargo del Estado. El caso del Icetex

Como se ha expresado, el servidor público o la Junta Directiva del Icetex no tienen competencia que les permita establecer los casos en que procede la condonación de capital mediante un acto administrativo, ni establecer parámetros, así sean derivados de una circular de la Superintendencia Financiera.

Es necesaria la autorización de ley con un contenido mínimo, una carga mínima de intensidad normativa o un criterio inteligible en los términos de la Corte Constitucional para que no se entienda que el legislador abdica de su competencia reservada por el constituyente, ni para que pueda delegarla en otra autoridad[48].

Es pertinente precisar que en tratándose de servicios públicos como la educación, están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (art. 365 C.P.). Por esta razón, para no despojar al legislador de su función primigenia y preservar los principios democráticos, las leyes deben fijar los contenidos mínimos en la regulación de los servicios públicos, mediante criterios inteligibles[49].

48 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda; Sentencia C-616 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
49 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda.

Puede ser que la misma Carta precise el contenido mínimo de la ley cuando afecta derechos y libertades o cuando se regulan actividades de interés general para la colectividad[50].

Así mismo, este contenido mínimo de la reserva de ley tendrá diferencias cuantitativas respecto de la relación entre la ley orgánica y el reglamento o normas desarrolladas mediante ley ordinaria.

Con estas precisiones, es pertinente revisar el caso del Icetex, y las normas de rango legal que lo han autorizado a realizar condonaciones de intereses o de capital, en ninguna de las cuales encaja la situación planteada en la consulta:

A. La Ley 819 de 2003, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, autoriza al Icetex en sus restructuraciones de créditos a efectuar rebajas o condonaciones de intereses, en las condiciones generales del mercado y con el fin de recuperar su cartera. No lo autoriza a condonar capital

Esta ley, de carácter orgánico y, por lo tanto, de mayor prevalencia a las leyes ordinarias, expresamente regula la materia para establecer la responsabilidad fiscal en restructuraciones de cartera por parte de las entidades financieras de carácter público y, por consiguiente, no puede ser desconocida o modificada mediante actuaciones de servidores públicos o reglamentos de la Junta Directiva de la entidad financiera, así corresponda al propósito plausible de recuperación de cartera.

La ley orgánica autoriza en forma expresa a estas entidades para realizar rebajas o condonaciones de intereses a sus deudores morosos, supeditado a que se realice conforme a las condiciones generales del mercado financiero y con la finalidad de recuperar su cartera, evitar el deterioro de su estructura financiera y presupuestal, y propender por la defensa, rentabilidad y recuperación del patrimonio público.

El artículo 25 de esta ley orgánica señala:

> *"Responsabilidad fiscal en restructuraciones de cartera. Las entidades financieras de carácter público al efectuar reestructuraciones de créditos, rebajas o condonaciones de intereses a sus deudores morosos deberán realizarlo conforme a las condiciones generales del mercado financiero y con la finalidad de: recuperar su cartera, evitar el deterioro de su estructura financiera y presupuestal y, propender por la defensa, rentabilidad y recuperación del patrimonio público. "*
>
> *La norma no deja dudas de la vigencia de la prohibición para condonar capital en la restructuración de créditos, pues solo autoriza a efectuar rebajas o condonaciones de intereses a sus deudores morosos.*

50 Artículo 150-21 de la Carta sobre intervención económica (fines, alcances y límites a la libertad económica); en especial, debe citarse el artículo 150-19 sobre crédito público, comercio exterior, aranceles, tarifas, actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y las relacionadas con recursos captados del público. (deben señalarse los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno)

Esta ley es aplicable al Icetex dada su naturaleza de entidad financiera de carácter especial.

B. La Ley 1753 de 2015, por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, autoriza a realizar subsidios y condonaciones de la deuda a la población de escasos recursos y con las condiciones allí establecidas

El artículo 61 de esta ley regula la focalización de subsidios a los créditos del Icetex, y en cuanto al punto de condonación expresamente señala la posibilidad de conceder una condonación de la deuda de los créditos del Icetex, si se cumplen determinados requisitos y de acuerdo con lo que reglamente el Gobierno nacional.

El artículo 61 de esta ley señala en su parte pertinente:

*"**Artículo 61. Focalización de subsidios a los créditos del Icetex.** Los beneficiarios de créditos de educación superior que se encuentren en los estratos 1, 2, y 3, priorizados en el Sisbén, dentro de los puntos de corte establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, y que terminen su programa, solo pagarán el capital prestado durante su período de estudios, más la inflación causada de acuerdo con los datos publicados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), correspondientes al periodo de amortización".*

…

"Asimismo, con el propósito de incentivar la permanencia y calidad, se concederá una condonación de la deuda de los créditos de Educación Superior otorgados a través del Icetex, de acuerdo con lo que reglamente el Gobierno nacional, a las personas que cumplan los siguientes requisitos:

1. Estar en los estratos 1, 2, y 3, priorizados en el Sisbén, dentro de los puntos de corte establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, al momento del otorgamiento del crédito.

2. Que los resultados de las pruebas Saber Pro estén ubicados en el decil superior en su respectiva área.

3. Haber terminado su programa educativo en el periodo señalado para el mismo".

Puede observarse que la condonación de la deuda solo es permitida y autorizada por esta norma especial aplicable al Icetex, para los estratos más bajos de la población, siempre y cuando i) los resultados de las pruebas Saber Pro estén ubicados en el decil superior en su respectiva área y ii) los beneficiarios del crédito hayan terminado su programa educativo en el período señalado para el mismo.

Este otorgamiento de subsidios en los términos indicados tiene consonancia con las finalidades sociales a cargo del Estado a que se refiere el artículo 365 de la Carta.

C. La Ley 1886 de 2018, por medio de la cual se regula el cobro del gasto prejurídico y jurídico en los créditos educativos del Icetex

Dada la finalidad social en el desarrollo del objeto del Icetex, que no desdice de su naturaleza jurídica de entidad financiera de carácter especial, como un medio idóneo para cumplir en debida forma sus deberes legales, esta ley establece que los costos en los que se incurra por concepto de la cobranza prejurídica y jurídica de cartera de créditos educativos, estará a cargo del Icetex hasta el momento en que se notifique el auto admisorio de la demanda.

De la misma manera, y en acato a la prevalencia de la condición de beneficiario, se preferirá que el Icetex en forma directa celebre acuerdos de pago que permitan la extinción de la obligación, la normalización o la refinanciación o, la puesta en marcha de planes o brigadas de normalización de cartera.

> *"ART. 1º—Adiciónense dos parágrafos nuevos al artículo 2º de la Ley 1002 de 2005, los cuales dirán así:*
>
> *PAR. 5º El Icetex, para todos los efectos, asumirá los gastos en los que incurra por concepto de la cobranza prejurídica y jurídica de cartera de créditos educativos hasta el momento en que se notifique el auto admisorio de la demanda.*
>
> *PAR. 6º En acato a la prevalencia de la condición de beneficiario, se preferirá que el Icetex de forma autónoma, directa y sin intermediación, celebre acuerdos de pago que permitan la extinción de la obligación, la normalización o la refinanciación o, la puesta en marcha de planes o brigadas de normalización de cartera u otros, sin que la causación de honorarios sobre recaudos esté a cargo del deudor. Lo anterior, sin importar la etapa procesal en la que se encuentre".*

Esta ley de carácter ordinario, debe interpretarse en consonancia con la Ley 819 de 2003, de carácter orgánico, que reguló la responsabilidad fiscal en restructuraciones de cartera, y que solo permitió las rebajas o condonaciones de intereses, para efectos de los acuerdos de pago que permitan la extinción de la obligación, su normalización o refinanciación o los planes de normalización de la cartera, sin que la causación de honorarios sobre recaudos esté a cargo del deudor.

Por consiguiente, se trata de un tema de reserva legal que ha sido objeto de regulación por el legislador, en forma consonante con la naturaleza jurídica y objeto del Icetex, y con los mandatos de la Constitución respecto de la finalidad de los servicios públicos.

Por ello, en forma respetuosa considero que el Icetex o su Junta Directiva no tienen la competencia legal para condonar capital más allá de lo establecido en la ley y de las causales consagradas en la misma. Se requeriría una norma con este rango que permitiera la

condonación de capital para la recuperación de cartera, en los términos del concepto, y definiera los lineamientos generales o contenidos mínimos en los cuales podrían dispensarse estas erogaciones de carácter gratuito.

4. Las circulares de la Superintendencia Financiera no suplen el contenido de la ley para autorizar condonaciones de capital de recursos públicos

Es cierto que la Superintendencia Financiera en Concepto 2002-0011779-1 del 11 de marzo de 2002, en términos generales, y sin mayor sustentación, cita la Circular Externa 100 de 1995, donde se señala que estas entidades financieras de carácter estatal pueden incluso condonar sumas a los deudores por concepto de capital, intereses corrientes o de mora, sin perder de vista que las políticas o decisiones que sobre el particular adopten, no causen un mayor perjuicio la entidad a su cargo.

En primer lugar, el tema de restructuración de cartera y los límites de la entidad estatal para realizarla se encuentran consagrados en norma de rango legal, y no podría una autoridad administrativa como la Superintendencia Financiera suplir, sustituir o modificar lo establecido en la ley, en especial, en un tema de la importancia de permitir donaciones de recursos públicos, sin perjuicio de entender la finalidad loable que puede tener la entidad estatal, pero que de todas maneras, y por la misma razón, requiere autorización legal.

En segundo lugar, se trata de un Concepto del 2002, anterior a la Ley 819 de 2013, de carácter orgánico, la cual expresamente señala en su artículo 25, la responsabilidad fiscal en restructuraciones de cartera de entidades financieras de carácter público, y al respecto permite exclusivamente la rebaja o condonación de intereses a sus deudores morosos, siempre y cuando se realice en condiciones generales del mercado financiero, con la finalidad de recuperar su cartera, evitar el deterioro de su estructura financiera y presupuestal y, propender por la defensa, rentabilidad y recuperación del patrimonio público.

En estos términos, dejo rendido el salvamento de voto.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

3. Inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Acto de adjudicación del contrato estatal: naturaleza y efectos jurídicos. Esquemas de asociación público privada (APP). Medidas que pueden adoptarse para prevenir, controlar y mitigar el riesgo de corrupción en la contratación estatal. Reiteración

Radicado 2346

Fecha: 15/08/2017
Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 13 de marzo de 2018

El Ministro de Transporte solicita a la Sala su concepto sobre la procedencia o improcedencia de que el Aeropuerto Internacional Matecaña (establecimiento público) suscriba un contrato de concesión con la sociedad a la cual le fue adjudicado, CSS Constructores S.A., teniendo en cuenta que, "*al parecer*", sus socios son también accionistas de la compañía CASS Constructores SCA, que ejecutó un contrato con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP (en adelante, EAB ESP), en asocio con la firma extranjera Odebrecht, la cual está siendo objeto de investigaciones por presuntas contrataciones irregulares llevadas a cabo en Colombia y en otros países.

En relación con esta consulta, es necesario aclarar, desde ya, que el pasado 27 de junio se realizó en el Consejo de Estado una audiencia, a la cual asistieron funcionarios del Ministerio de Transporte y del Aeropuerto Internacional Matecaña, en la cual se informó que el contrato de concesión que da origen a esta consulta ya había sido suscrito, desde el 17 de abril del año en curso. A pesar de lo anterior, se manifestó el interés de conocer el concepto de la Sala, especialmente sobre las medidas adicionales que fuera posible adoptar para prevenir y minimizar los riesgos a los que está expuesta la entidad pública contratante, debido a la particular situación del contratista.

I. ANTECEDENTES

El Ministro de Transporte, en su consulta, expone ante la Sala los siguientes hechos y consideraciones relevantes:

1. El Aeropuerto Internacional Matecaña es un establecimiento público del orden municipal, perteneciente al Municipio de Pereira.

2. Dicha entidad estructuró un proceso de contratación para la realización de una alianza público-privada (APP), conforme a las normas de la Ley 1508 de 2012[51], para "*garantizar la financiación de obras del 'lado tierra' del Aeropuerto (terminal de pasajeros) y el mejoramiento, operación y mantenimiento del 'lado aire'* ".

3. Para tal efecto, se llevó a cabo una licitación pública, utilizando previamente el sistema de "precalificación". Esta etapa se cumplió durante el año 2014 y, como

51 *"Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones".*

resultado de la misma, se preseleccionaron doce (12) posibles proponentes, de los cuales solo dos (2) presentaron oferta, uno de los cuales fue la sociedad CSS Constructores S.A., que, a la postre, resultó adjudicataria del contrato de concesión.

4. No obstante, el referido proceso de contratación ha venido siendo cuestionado, por el hecho de que CSS Constructores S.A. participó en el proyecto de la "Ruta del Sol, Sector 2", y porque sus socios, al parecer, son también accionistas de CASS Constructores SCA, compañía que, en asocio con Odebrecht, ejecutó el contrato de construcción del "*interconector de aguas negras entre el Río Tunjuelito y la planta de Canoas*", celebrado con la EAB ESP.

5. Comenta el Ministro que los contratos celebrados por varias entidades públicas colombianas con Odebrecht, a pesar de que están siendo cuestionados en los medios de comunicación social, se encuentran terminados y liquidados, y en la actualidad no se llevan a cabo actuaciones administrativas dirigidas a imponer sanciones a dicha firma, que pudieran generarle inhabilidades para contratar con el Estado, a excepción de las investigaciones penales que hasta ahora se están iniciando.

6. El Aeropuerto Internacional Matecaña solicitó explicaciones sobre este asunto a CSS Constructores S.A., pero esta le manifestó que dicha sociedad no había "*sido partícipe de ningún negocio jurídico con la firma investigada*", ni conocía de las presuntas irregularidades que la compañía multinacional hubiera podido cometer "*en el desarrollo de los contratos que han sido ejecutados en asociación con esta firma*".

7. Finalmente, el funcionario consultante cita un extracto de una sentencia de la Corte Constitucional que se refiere a la aplicación del principio de la buena fe en la contratación estatal[52], así como las disposiciones legales que considera aplicables, de las cuales se destacan los artículos 2 y 9 de la Ley 1150 de 2007[53]. La primera de dichas normas se refiere a las modalidades de selección que pueden utilizarse en la contratación estatal, entre las cuales está la licitación pública, y la segunda de las normas citadas regula los efectos de la adjudicación de los contratos estatales, en relación con lo cual dispone, entre otras cosas, que "*el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario*".

En atención a los hechos y las consideraciones anteriores, el Ministro consultante formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

"*1. En cuanto a la situación explicada en precedencia, sobre las actuaciones ejercidas por la empresa adjudicataria CSS Constructores S.A. –con antelación a ostentar la calidad de adjudicataria frente a la entidad pública Aeropuerto Internacional Matecaña-, se deberá cumplir con la obligación de suscribir el contrato de concesión con la mencionada adjudicataria, resaltando que ocupó el primer lugar de elegibilidad atendiendo las normas que regulan este tipo de contratación, no obstante conside-*

52 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006, expediente T-1220297.

53 *"Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos".*

rar el evento, que sus socios llegaren a ser vinculados penalmente por la celebración de contratos en el pasado con la empresa ODEBRECHT?

2. *En consideración a las investigaciones que recaen sobre la firma Odebrecht y bajo el entendido de ser ajenas al proceso licitatorio desarrollado por el Aeropuerto Internacional Matecaña, se presenta viabilidad legal para continuar con el mencionado proceso contractual, o por el contrario, ¿dicho establecimiento público debe sustraerse atendiendo posibles riesgos en las resultas de investigaciones penales y/o administrativas relacionadas con la firma brasilera?*

3. *En el evento de suscribirse el contrato de concesión entre el establecimiento público Aeropuerto Internacional Matecaña y la empresa adjudicataria CSS Constructores S.A., que* (sic) *acciones legales debería adoptar la entidad estatal para mitigar posibles riesgos generados por continuar con el proceso contractual en curso, subrayando el vínculo que tuvo la adjudicataria con la empresa Construcciones SCA, la cual en asocio con la empresa ODEBRECHT ejecutaron tiempo atrás un contrato con la Empresa de Acueducto de Bogotá?*"

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados, la Sala analizará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) el acto de adjudicación del contrato estatal: naturaleza y efectos jurídicos; (ii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; (iii) medidas que las entidades públicas pueden tomar para prevenir, controlar y mitigar el riesgo de corrupción en la contratación estatal; (iv) los contratos estatales bajo el esquema de asociación público privada, APP, y (v) análisis del caso concreto.

A. El acto de adjudicación del contrato estatal: naturaleza y efectos jurídicos

La adjudicación del contrato estatal ha sido entendida jurisprudencial y doctrinalmente como el acto (administrativo) mediante el cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección, y se obliga a suscribir con este el contrato proyectado. Tal decisión implica la escogencia o selección definitiva de dicho oferente, con base en el respectivo informe de evaluación y calificación de las propuestas, descartando, por lo tanto, a los demás oferentes y a las demás propuestas.

En esa medida, el acto de adjudicación se asemeja a la aceptación de la oferta en los contratos de derecho privado[54], con la diferencia de que en estos, en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad[55], la aceptación oportuna perfecciona el respectivo contrato, como regla general[56], salvo en los denominados contratos solemnes y reales, y hace surgir los derechos y obligaciones pactados o derivados del mismo, mientras

54 Artículos 850 y siguientes del Código de Comercio.
55 Artículo 824 del mismo código.
56 Artículo 864 ibídem.

que en los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley (artículo 41 de la Ley 80 de 1993), estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones, con algunas pocas excepciones[57].

Consecuencia de lo anterior es que el acto de adjudicación no da lugar, por sí mismo, al nacimiento de las obligaciones y los derechos que genera el contrato, sino a otra clase de obligaciones y derechos recíprocos entre la entidad estatal y el adjudicatario, esto es, a la obligación y al derecho que ambas partes adquieren de suscribir el contrato proyectado[58], dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones y con las previsiones contenidas en dicho documento, en sus modificaciones, adendas, anexos y en la propuesta que haya sido aceptada (siempre que no contradiga aquellos documentos).

La jurisprudencia y la doctrina, de tiempo atrás, han distinguido tres notas características del acto de adjudicación del contrato estatal, a saber: (i) es un acto administrativo de carácter definitivo y de alcance particular; (ii) es irrevocable, por regla general, y (iii) es obligatorio, tanto para la entidad contratante como para el adjudicatario.

1. Su naturaleza de acto administrativo definitivo y de contenido o alcance particular se deduce de varias normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se refieren al mismo, así como de la calidad de las entidades que lo expiden y de la naturaleza de la función pública en virtud de la cual se produce.

En efecto, a la adjudicación del contrato estatal se refieren, entre otras normas, los artículos 24, numeral 7º; 25, numeral 8º; 30, numerales 9º, 10º y 12º, y 77 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, de todos los cuales se infiere que la adjudicación del contrato es:

(i) Un acto administrativo, razón por la cual debe ser motivado en forma razonada y suficiente, y expedirse con las formalidades propias de este tipo de actos jurídicos.

(ii) Un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la administración adopta una decisión definitiva sobre la futura celebración del contrato proyectado. En esa medida, el acto de adjudicación debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes[59], y puede ser controlado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo permite expresamente el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el 141 del Código de Procedimien-

57 Como cuando el contrato estatal se celebra en el exterior, caso en el cual se rige por las leyes del país en donde se perfecciona (*"lex loci contractus"*), en cuanto a su existencia y validez, y también en cuanto a su ejecución, si así se estipula, a menos que deba cumplirse en Colombia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. También podría prescindirse del documento escrito en la hipótesis prevista en el inciso cuarto del artículo 41 de la misma ley: *"En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante"* (subrayamos).

58 En el mismo sentido se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de junio de 2011 (expediente 19936), en la cual se explicó que, a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones foráneas, en nuestro derecho la adjudicación del contrato estatal no perfecciona el respectivo contrato, sino que para ello se exige el cumplimiento de una formalidad adicional y posterior, consistente en la suscripción del correspondiente documento o minuta por las dos partes.

59 Según el artículo 11, inciso primero, de la Ley 1150 de 2007, *"en el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia".* (Resaltamos).

to Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Si bien no proceden contra dicho acto los recursos propios del procedimiento administrativo (reposición, apelación y queja), esto obedece a que así lo dispuso expresamente el artículo 77 de la Ley 80, y no a que la adjudicación carezca de la condición de acto administrativo definitivo.

Sobre esta característica del acto de adjudicación como acto definitivo, a diferencia del informe de evaluación y calificación de las ofertas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado[60]:

> *"…Así las cosas, tampoco puede entenderse que el informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones, pueda ser producto de una actividad caprichosa o arbitraria…*
>
> *No obstante lo anterior, dicho informe no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato, estando el jefe o representante legal de la entidad en la potestad de corregir o modificar la mencionada calificación siempre y cuando esa modificación o corrección se ajuste a las reglas previstas en los pliegos de condiciones o cuando considere que se torna necesario por encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación[61].*
>
> *(…)*
>
> *En éste (sic) orden de ideas, el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, <u>siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección</u>".* (Se resalta).

(iii) Un acto administrativo <u>de alcance particular</u>, razón por la cual debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás oferentes y, en principio, solo puede ser demandado judicialmente por quien demuestre tener un interés directo y personal en dicho acto[62].

A este respecto, por ejemplo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho[63]:

60 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2015, expediente 45498.

61 *"[24] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Exp. 13.790".*

62 A menos que se hiciera uso del medio de control de simple nulidad, en los casos previstos en el artículo 137, inciso cuarto, del CPACA, según lo dispuesto por el artículo 141, inciso segundo, del mismo código.

63 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19936.

> *"Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico.*
>
> *En tal virtud, serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado".*

Y la misma sección ha precisado que quien solicite la declaratoria de nulidad y el restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación de un contrato estatal tiene la doble carga de probar, por una parte, que dicho acto es efectivamente ilegal y, por la otra, que el demandante debió haber sido el adjudicatario, porque cumplía las condiciones y los requisitos exigidos en la ley y en el respectivo pliego de condiciones y porque su propuesta era objetivamente la más favorable para la entidad pública contratante[64].

2. y 3. Ahora bien, en cuanto a la obligatoriedad y la irrevocabilidad del acto de adjudicación del contrato estatal, vale la pena mencionar, en primer lugar, que el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (referente a la "estructura de los procedimientos de selección") preceptuaba originalmente lo que sigue:

> *"11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.*
>
> *<u>El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario</u>".* (Se resalta).

(i) Revocabilidad excepcional del acto de adjudicación

Aunque el numeral citado fue derogado expresamente por la Ley 1150 de 2007 (artículo 32), la misma norma o regla de derecho contenida allí fue reproducida, con algunas modificaciones importantes, por el artículo 9º de la Ley 1150, que dispone, en su inciso tercero, lo siguiente:

> *"Artículo 9o. <u>De la adjudicación</u>. (…)*
>
> *(…)*

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 1 de marzo de 2006, expediente 14576; del 12 de noviembre de 2014, expediente 27986, y del 14 de septiembre de 2016, expediente 51045, entre otras.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

(…)" (Resalta la Sala).

Como se observa, el cambio principal que trajo esta norma, frente al numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80, consiste en prever dos excepciones a la irrevocabilidad del acto de adjudicación, que antes estaba consagrada en términos absolutos. Tales salvedades son: (i) cuando el adjudicatario incurre en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, esto es, posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato, y (ii) cuando pueda demostrarse que la adjudicación "*se obtuvo por medios ilegales*".

Vale la pena recordar que en los conceptos 2260 y 2264 de 2015[65], la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó que uno de los casos en los que podría afirmarse que la adjudicación del contrato estatal se obtuvo por "medios ilegales", es cuando el adjudicatario haya ocultado dolosamente algún hecho o circunstancia que configure una inhabilidad o incompatibilidad para contratar, al momento de la adjudicación, ya sea por haberse abstenido de suministrar oportunamente la información pertinente a la entidad pública, o bien por haberle entregado información o documentos falsos, inexactos o incompletos.

Por otro lado, conviene aclarar que el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, al cual remite el artículo 9º de la Ley 1150, permite que las entidades estatales, mediante acto administrativo debidamente motivado, puedan adjudicar el contrato al "*proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad*", cuando el oferente inicialmente seleccionado, y al cual se le haya adjudicado el contrato, no lo suscribe dentro del término previsto para el efecto en el pliego de condiciones.

En consecuencia, la integración de estas dos normas permite deducir que cuando una entidad estatal revoque el acto de adjudicación de un contrato estatal, por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, puede adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente que haya quedado calificado en segundo lugar dentro del respectivo proceso de selección, siempre y cuando su oferta sea igualmente favorable para los intereses de la entidad contratante. Aclara la Sala que, en este caso, debe entenderse que el referido plazo de 15 días empieza a correr el día siguiente al de ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se haya revocado la adjudicación inicial.

65 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2260 y 2264 del 10 de agosto y el 27 de agosto de 2015, respectivamente.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha manifestado, de vieja data, sobre la obligatoriedad y la irrevocabilidad del acto de adjudicación. Así, por ejemplo, en sentencia del 13 de junio de 2011[66], la Sección Tercera sostuvo:

> *" el acto de adjudicación supone –desde una faceta positiva– la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y –desde una faceta negativa– la no adjudicación a los otros proponentes.*
>
> *Sin embargo, conviene precisar que el acto de adjudicación, en tanto por él se acepta la oferta del oferente favorecido y se concluye el procedimiento licitatorio, en el derecho nacional[67] aunque no perfecciona el vínculo jurídico en tratándose del contrato estatal, es presupuesto sine qua non para la ulterior celebración del respectivo contrato, como que crea la obligación tanto para la administración como para el adjudicatario de elevar a escrito el acuerdo de voluntades.*
>
> *De modo que la suscripción no es sino la formalización de la voluntad administrativa de la entidad licitante expresada a lo largo de ese proceso y de la del co-contratante que formuló la oferta seleccionada, en lo que Alessi llama "fase integrativa"[68], con el fin de lograr el perfeccionamiento del contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80. Con esta perspectiva, el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007 establece que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.[69]*
>
> *Así lo había reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación: "Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal"[70].*
>
> *Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico".* (Se destaca).

66 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19936.

67 *"[14] Aunque en otras latitudes se entiende que por la adjudicación se perfecciona y celebra el contrato (De las Solas Rafecas, José María, Contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, Madrid, Tecnos, 1990, p. 166), en tanto éste sólo existe jurídicamente cuando la autoridad pública competente ha tomado su decisión de celebrarlo, poniendo su firma y notificando la decisión de adjudicarlo (Jèze, Gaston, Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 113). O lo que es igual, luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado (Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, tomo I, Montevideo, 1974, pp. 565 y 566).En definitiva, en derecho comparado la adjudicación debe notificarse al proponente cuya oferta se acepta, momento desde el cual el contrato queda concluido sin necesidad de ninguna otra formalidad (Berçaitz, Miguel Ángel, Teoría general de los contratos administrativos, Buenos Aires, Depalma, 19080, p. 328)".*

68 *"[15] Alessi, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Barcelona, Bosch, 1970, p. 292".*

69 *"[16] El ordinal 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 en este punto tenía una previsión idéntica".*

70 *"[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de enero de 1975, exp. 1503, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez".*

En el mismo sentido, la referida sección explicó lo siguiente, en sentencia del 13 de mayo de 2015[71]:

*“ **4.1. Acto de adjudicación***

Es un acto administrativo por medio del cual se produce la escogencia del futuro contratista y que justifica todo el proceso de selección que inició con el acto de apertura del proceso de selección. Esta manifestación de voluntad debe materializarse a través de un acto motivado A partir de la notificación de la Resolución de Adjudicación, nacen obligaciones y derechos correlativos entre la Administración y el futuro contratista. Así lo ha reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación:

Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal”[72].

Véase como el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento de selección: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario -irrevocabilidad de la oferta; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones o términos de referencia, entre otros, directamente relacionados con la celebración misma del negocio jurídico[73].

(…)

Al respecto, debemos remitirnos a lo afirmado en líneas anteriores cuando la Sala manifestó que una vez se ha proferido el acto o resolución de adjudicación, surge el deber correlativo entre la Administración y el adjudicatario de celebrar y perfeccionar el contrato, por lo que dicha manifestación de voluntad no puede ser revocada de forma unilateral por la Administración. En efecto, el acto de adjudicación, en los términos del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 es irrevocable, evidenciándose, entonces, una ilegalidad dentro de la actuación, pues la Administración no podía revocar de forma unilateral un acto administrativo de carácter particular y concreto, sin el consentimiento del beneficiario[74]“. (Subrayas añadidas).

Ahora bien, del recuento legal y jurisprudencial efectuado hasta ahora en relación con el acto de adjudicación del contrato estatal, se concluye claramente que, en la actualidad, dicho acto administrativo solamente puede ser revocado cuando se presente alguna de las dos situaciones descritas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, o ambas causales

71 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 28647.

72 *“[15] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de enero de 1975, exp. 1503, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez”.*

73 *“[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de junio de 2011, exp. 19.936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.*

74 *“[18] Al respecto PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, en su libro La Contratación de las Entidades Estatales, enseña:* “La irrevocabilidad de la adjudicación hace que ni aun en los casos de una adjudicación contraria a la ley, pueda la Administración unilateralmente dejar sin efectos su acto, lo cual excepciona la facultad que concede el artículo 73 del decreto 01 de 1984 para hacerlo en dichos eventos”. *Sexta Edición. 2010. Ed. Librería Jurídica Sánchez R Ltda, p. 307”.*

simultáneamente, razón por la cual podría afirmarse, en principio, que únicamente en esos casos la entidad estatal que ha hecho la adjudicación no estaría obligada a celebrar el respectivo contrato.

(ii) Otras situaciones que pueden impedir la celebración del contrato adjudicado

Con todo, para la Sala de Consulta es dable preguntarse si no pueden existir razones o circunstancias adicionales que pudieran liberar a una entidad pública de suscribir un contrato previamente adjudicado y la exoneren, por lo tanto, de la responsabilidad correspondiente.

A este respecto, recuerda la Sala que un principio de derecho universalmente aceptado es que "*a lo imposible nadie está obligado*". Este principio es el fundamento, entre otros, de la institución del caso fortuito o la fuerza mayor, como circunstancia que extingue las obligaciones y exonera de responsabilidad civil al deudor.

Como se sabe, el caso fortuito o fuerza mayor está definido en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que subrogó el artículo 64 del Código Civil, en los siguientes términos:

> *"Artículo 1º. Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".*

Igualmente, debe recordarse que el artículo 1625 del mismo código establece las causales o modos de extinción de las obligaciones, entre las cuales incluye "*la pérdida de la cosa que se debe*" (numeral 7º). Para la doctrina en materia de obligaciones, esta forma de extinción debe entenderse referida a toda situación que haga imposible, de modo absoluto, el cumplimiento o la ejecución de la obligación, incluyendo no solo las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto (a las cuales pareciera referirse la norma citada), sino también las obligaciones de hacer y no hacer[75].

Asimismo, el artículo 1604 ibídem estatuye que "*el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa*", y el artículo 1606 de la misma obra dispone que "*la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios*".

De este conjunto de normas, derivadas del principio de que "*a lo imposible nadie está obligado*", se infiere que cuando el cumplimiento de una obligación, cualquiera que ella sea, deviene absoluta y permanentemente imposible por un hecho ajeno a la voluntad del deudor (ajenidad) que, además, no puede ser previsto (imprevisibilidad) ni controlado o superado (irresistibilidad) en condiciones normales, el deudor de dicha obligación

75 Uribe Holguín, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980, p. 228.

debe entenderse liberado o exonerado de la misma y, por contera, no es responsable de los perjuicios que la inejecución de la obligación pueda causar al acreedor.

Resalta la Sala que puede haber circunstancias que, aun teniendo las características anotadas de ajenidad, imprevisibilidad e irresistibilidad, no hagan imposible el cumplimiento de la obligación, sino que solamente la hagan más difícil y onerosa de ejecutar por parte del deudor. En tales eventos, el deudor no puede entenderse librado o exonerado de la obligación, aunque el ordenamiento jurídico, en algunos casos, le otorga otros remedios, sobre todo cuando la obligación se origina en un contrato bilateral, oneroso y conmutativo (por ejemplo, por la vía de la "*teoría de la imprevisión*", en los contratos de derecho privado, o del "*restablecimiento del equilibrio económico*", en los contratos estatales).

Asimismo, pueden existir hechos que, a pesar de ser susceptibles de calificarse como constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, no hagan imposible el cumplimiento de la obligación en forma permanente, sino tan solo de manera transitoria. En tales casos, el deudor no puede entenderse liberado o eximido definitivamente de la obligación, sino que tan solo puede considerarse dispensado temporalmente de su ejecución, y no puede estimarse responsable de los perjuicios que la demora o tardanza en el cumplimiento de la misma puedan ocasionar al acreedor (perjuicios moratorios), aunque sí los generados por su inejecución definitiva, total o parcial.

En razón a lo anterior, la Sala aclara que solamente los acontecimientos que, cumpliendo los requisitos o condiciones para ser calificados como "caso fortuito o fuerza mayor", hagan imposible el cumplimiento de la obligación, de forma absoluta y permanente, pueden exonerar al deudor de la respectiva obligación, de manera definitiva, y eximirlo, por ende, de la respectiva obligación.

Ahora bien, dado que la adjudicación del contrato estatal genera la obligación recíproca (para la entidad estatal y para el adjudicatario) de suscribir el contrato proyectado, como ya se explicó, la Sala considera que dicha obligación podría extinguirse, de acuerdo con lo que se viene explicando, cuando la ejecución del contrato adjudicado se vuelva imposible por un hecho sobreviniente y, en consecuencia, también resulte imposible (y además, sin sentido) su celebración.

Piénsese, por ejemplo, en que, después de adjudicado el contrato (de obra, de arrendamiento, de compraventa, entre otros) y antes de su celebración, el bien material sobre el cual debía recaer dicho contrato desaparezca por una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor (un terremoto, un alud etc.) y no sea posible sustituirlo por otro, debido a que se trate de una especie o cuerpo cierto o de otro bien que reúna determinadas características específicas requeridas por la entidad estatal.

También podría ocurrir que, después de adjudicado el contrato y antes de su celebración, se suprimieran las funciones en relación con las cuales la entidad estatal había adjudicado el contrato y no se reasignaran o transfirieran a ninguna otra entidad u organismo, o se suprimiera y se ordenara la liquidación de la entidad que hubiera adjudicado el contrato,

sin que se trasladaran sus funciones a otra entidad pública o privada, o que una autoridad judicial ordenara de manera definitiva no suscribir el contrato.

Asimismo podría suceder que el adjudicatario se extinguiera, ya sea por muerte, en el caso de las personas naturales, o por liquidación, en el caso de las personas jurídicas, después de que se le haya adjudicado el contrato y antes de su perfeccionamiento. En tales eventos, dado que los contratos estatales son calificados como *intuitu personae* (en relación con el contratista), como lo dice expresamente el artículo 41, inciso 3º, de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal que haya adjudicado el contrato no podría ser obligada a suscribirlo con otra persona natural o jurídica distinta (por ejemplo, con los herederos de la persona natural adjudicataria, o los socios de la persona jurídica liquidada).

Como se aprecia, en todos estos casos y en otros similares, se trata de circunstancias sobrevinientes a la adjudicación del contrato y anteriores a su celebración, que tendrían las características propias del caso fortuito o fuerza mayor y harían imposible, en forma absoluta y definitiva, el cumplimiento de la obligación de suscribir el contrato estatal.

En conclusión, la Sala considera que no solamente en las dos hipótesis previstas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, que dan lugar a la revocatoria del acto de adjudicación, sino además en cualquier evento en que la celebración y ejecución del contrato se vuelvan imposibles, de manera absoluta y definitiva, por el acaecimiento de un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, después de adjudicado el contrato y antes de su celebración, la entidad estatal quedaría eximida o liberada de su obligación de suscribir el respectivo contrato.

B. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado

La Sala de Consulta, en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, el primero de ellos en respuesta a una consulta formulada por el Ministerio de Transporte, tuvo ocasión de referirse *in extenso* y detalladamente a este asunto, habiendo abordado problemáticas tales como el concepto de inhabilidad e incompatibilidad, las finalidades que se persigue con tales instituciones en la contratación pública, las diferentes causales de inhabilidad previstas en la Constitución Política y en la ley, los efectos jurídicos que las inhabilidades producen en las diferentes etapas de la actividad contractual (incluyendo las inhabilidades sobrevinientes), la forma como operan las inhabilidades cuando interviene un proponente o contratista plural (consorcios o uniones temporales), la interpretación de ciertas causales de inhabilidad frente a investigaciones, medidas de aseguramiento y sentencias condenatorias penales dictadas por autoridades judiciales del exterior, y la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las entidades públicas exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, modificada y adicionada por las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011[76]), entre otros asuntos.

76 *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".*

En consecuencia, por razones de economía y coherencia, la Sala remite a lo explicado integralmente en dichos conceptos, teniendo en cuenta, además, que no se han presentado modificaciones sustanciales en la normatividad que regula esta materia, desde las fechas en que se emitieron las citadas opiniones.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos útil transcribir algunos apartes del concepto 2260, que están relacionados directamente con la consulta formulada en esta oportunidad. Tales apartes conciernen a las causales de inhabilidad para contratar con el Estado; a la interpretación de las causales contenidas en el artículo 122 de la Constitución Política y en los artículos 8º, numeral 1º, literal j, y 58, numeral 6º, de la Ley 80 de 1993, y a los efectos de tales inhabilidades, según la etapa de la actividad contractual en la cual se presenten.

1. Las causales de inhabilidad para contratar con el Estado

En relación con este punto, la Sala explicó lo siguiente en el citado documento:

"En el ámbito legal, la norma que agrupa de manera sistemática los diferentes supuestos de hecho constitutivos de inhabilidades e incompatibilidades es el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual ha sido objeto de diferentes modificaciones a lo largo de su vigencia, así como de pronunciamientos relacionados con la constitucionalidad de sus disposiciones. En la actualidad el referido régimen se integra de la siguiente forma:

"Artículo 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos[77] y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos[78] o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas[79] y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución[80].

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

f) Los servidores públicos.

77 *"[79] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007".*
78 *"[80] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007".*
79 *"[81] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 1996".*
80 *"[82] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-178 de 1996".*

g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes[81] y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso[82][83].

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso[84][85].

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad (o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior[86]), o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en la que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años[87].

k) Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

81 *"83] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009".*
82 *"[84] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007".*
83 *"[85] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994".*
84 *"[86] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007".*
85 *"[87] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994".*
86 *"[88] Expresión declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-630 de 2012".*
87 *"[89] Adicionado por la Ley 1150 de 2007, artículo 18. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 1".*

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales[88].

l) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente[89-90].

2) Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos[91] ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante[92].

c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal[93].

88 *"[90] Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 2".*
89 *"[91] Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 84, parágrafo 2".*
90 *"[92] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434 de 2013".*
91 *"[93] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007".*
92 *"[94] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-429 de 1997".*
93 *"[95] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009".*

d. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo[94].

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público[95].

Parágrafo 1. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio[96].

Parágrafo 2. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas".

Con base en la norma transcrita, la Sala encuentra indispensable puntualizar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Puede tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de la pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc.

La Sala observa, en primer lugar, que el listado incorpora bajo un mismo texto, hipótesis susceptibles de ser tipificadas como inhabilidades o como incompatibilidades, puesto que no se da a la tarea de diferenciar entre unas y otras, no obstante que, tal

94 *"[96] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009".*
95 *"[97] Adicionado por el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011".*
96 *"[98] Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007".*

y como se ha explicado hasta el momento, las inhabilidades y las incompatibilidades tienen nociones y naturaleza diferentes. Al respecto, la jurisprudencia indica que la agrupación bajo una sola norma de tales supuestos de hecho radica en que la finalidad del régimen y sus consecuencias jurídicas son idénticas y, en tal sentido, el legislador no encontró razón para darles un trato diferencial[97].

(…)

En torno a las disposiciones legales, se observa que la propia Ley 80 de 1993 añade supuestos a los comprendidos en su artículo 8, cuando en los numerales 3 y 6 del artículo 58 inhabilita a los servidores públicos, contratistas, interventores, consultores y asesores "como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política"[98].

En el ordenamiento jurídico colombiano, entre otras normas que contienen inhabilidades e incompatibilidades, se encuentran las siguientes:

- *La Ley 142 de 1994 regula los "conflictos de intereses, inhabilidades e incompatibilidades" en materia "del funcionamiento de las empresas de servicios públicos" (artículo 44);*

- *La Ley 472 de 1998, dispone que los peritos que no declaren sus impedimentos para acceder al cargo, podrán ser sancionados con inhabilidad para contratar con el Estado (artículo 32);*

- *La Ley 489 de 1998 ordena que las inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación se aplican a los representantes legales y a los miembros de juntas directivas u órganos de decisión, de las personas jurídicas privadas encargadas del ejercicio de funciones administrativas (artículo 113);*

- *La Ley 617 de 2000 contiene normas en relación con las incompatibilidades de los gobernadores (artículo 31), diputados (artículo 34), alcaldes (artículo 38), concejales (artículo 45), miembros de Juntas Administradoras Locales (artículos 44.8 y 45);*

- *La Ley 689 de 2001 comprende incompatibilidades e inhabilidades respecto de los vocales de control y parientes en materia de servicios públicos (artículo 11);*

97 *"[99] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646".*

98 *"[100] J. Santofimio,* Tratado de Derecho Administrativo. T. IV. Contratación indebida, Externado, 2004, p. 408 "El artículo 58.6 de la Ley 80 de 1993 contiene, en nuestra opinión, una muy interesante inhabilidad de carácter contractual, que se inspira en razones jurídicas estrictamente preventivas". *Esto es, comparte naturaleza de medida preventiva. Podemos sostener que nos encontramos ante una inhabilidad cautelar, tendiente a evitar que aquellas personas jurídicas a cuyo representante legal le hubiere sido dictada medida de aseguramiento, en razón de situaciones surgidas de una actuación contractual estatal, puedan presentar propuestas, es decir, participar en cualquier proceso de selección de contratistas o celebrar contratos durante el término de duración de la medida de aseguramiento".*

- *La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, prescribe incompatibilidad de autoridades locales y departamentales para intervenir en actuaciones contractuales (artículo 39) y conflicto de intereses (artículo 40);*

- *La Ley 828 de 2003 establece que las personas que no paguen las multas relacionadas con las sanciones por elusión o evasión de los pagos parafiscales, estarán inhabilitadas para contratar con el Estado, mientras persista la deuda (artículo 5);*

- *La Ley 1148 de 2007 expresa inhabilidades e incompatibilidades en relación con los parientes de funcionarios departamentales y locales (artículo 49);*

  (…)

- *La Ley 1474 de 2011 agregó al ordenamiento jurídico un supuesto de hecho de inhabilidad frente al incumplimiento reiterado (artículo 90) y otro respecto de la celebración de los contratos de interventoría (artículo 5); modificó y adicionó algunas de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (numeral 1, literales j y k; numeral 2, literal f) y modificó una de las prohibiciones a los servidores públicos comprendidas en la Ley 734 de 2002 (artículo 35, numeral 22);*

- *La Ley 1150 de 2007, en el a*rtículo 6º, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012), prescribe que está inhabilitada por cinco años la persona cuya inscripción en el Registro Único de Proponentes sea cancelada como consecuencia de graves inconsistencias y que en caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

En ese orden de ideas, la Sala reitera que las fuentes jurídicas en virtud de las cuales se restringe la libertad de contratación en materia estatal son: (i) la Constitución Política, (ii) la Ley 80 de 1993 y (iii) un número plural de leyes que disponen lo propio en los diferentes sectores de la contratación del Estado, en el régimen disciplinario de los servidores públicos, en las medidas que prescriben respecto de los actos de corrupción y en otros campos del espectro normativo nacional.(…)". (Subraya la Sala en esta ocasión).

2. Interpretación y aplicación de las normas que contienen inhabilidades e incompatibilidades para contratar

En relación con la interpretación de las normas que contienen las causales de inhabilidad e incompatibilidad enunciadas, la Sala manifestó en el citado concepto, y ahora lo reitera, que dichas normas, en la medida en que implican una restricción o limitación al derecho de las personas a contratar con el Estado o, según el caso, a ingresar a la función pública (como servidor), deben interpretarse de manera estricta y no pueden aplicarse de forma analógica; es decir, que no pueden aplicarse a hipótesis o situaciones de hecho que

no correspondan exactamente y en todos sus términos con el supuesto fáctico que cada disposición contiene.

Sin embargo, en el mismo documento, la Sala aclaró que la proscripción anterior no impide interpretar las respectivas normas de acuerdo con las reglas de interpretación que la ley establece y con los métodos hermenéuticos que la jurisprudencia y la doctrina admiten mayoritariamente, como sucede con cualquier otro precepto, con el fin de desentrañar su verdadero o auténtico sentido y, de esta forma, establecer el significado y el alcance precisos de cada una de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en tales disposiciones.

En todo caso, la Sala advirtió que cualquiera que sea la causal de inhabilidad en la que pueda estar incurso el proponente, adjudicatario o contratista, así como el momento en el cual se presente, su declaratoria por parte de la entidad estatal contratante debe estar precedida de un procedimiento mínimo que respete las reglas del principio-derecho del debido proceso.

3. Efectos jurídicos de las inhabilidades e incompatibilidades, de acuerdo con la etapa en la cual se presentan

Por otro lado, en cuanto a los efectos jurídicos que pueden generar las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, dependiendo del momento en el cual se presenten, la Sala explicó lo siguiente en el mismo concepto, luego de citar lo dispuesto por los artículos 9º de la Ley 80 de 1993[99] y 9º, inciso tercero, de la Ley 1150 de 2007:

> *"En ese orden de ideas, la Sala clasifica <u>los casos en que las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes se pueden presentar</u>, en función de <u>los momentos en que tienen lugar y de las consecuencias que generan</u>, así:*
>
> - *La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene una vez iniciado el proceso de contratación y antes de la expedición del acto administrativo de adjudicación del contrato. En este caso, se entenderá que el proponente* "renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo" (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993)[100]*. En tal sentido, la propuesta en su totalidad se afecta por la inhabilidad referida, lo que imposibilita que el consorcio o unión temporal del cual hace parte el proponente respecto del cual se ha configurado la inhabilidad, continúe en el proceso de selección.*

99 "Artículo 9º. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.
Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.
Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal". (Subrayas añadidas).

100 *"[117] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646".*

- *La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, lo cual da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita a la entidad estatal* "adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad" *(inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).*

- *La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual. En tal evento, el contratista individual deberá, previa autorización de la entidad estatal, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).*

- *La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal. Frente a este supuesto de hecho, el contratista que hiciere parte de un consorcio o unión temporal y que se viere afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad; la norma indica que no es jurídicamente viable ceder el contrato a los demás miembros del consorcio o unión temporal (inciso 3 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993) y la jurisprudencia ha expresado que tampoco es posible renunciar a su ejecución, puesto que acrecería la participación de los otros miembros*[101]*.*

- *Lo anterior se predica de las sociedades que se hubieren constituido con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal… puesto que en tales casos surgirán los efectos previstos para los consorcios (parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993)*[102]*.*

Es importante resaltar que estas normas tendrán aplicación cuando quiera que sobrevenga la inhabilidad o incompatibilidad, es decir, de conformidad con el significado natural y obvio del verbo "sobrevenir[103] *"cuando las inhabilidades o incompatibilidades acaezcan o sucedan después de iniciado el procedimiento administrativo de selección contractual correspondiente, o de expedido el acto de adjudicación, o de perfeccionado el contrato, según el caso. En tal sentido, "la causal sobreviniente no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal".* [104]

Cuestión diferente ocurre cuando las inhabilidades o incompatibilidades estaban presentes antes del inicio del procedimiento de selección, de la adjudicación del contrato y de su perfeccionamiento, dado que en tal caso corresponde declarar la nulidad ab-

101 *"[118] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646".*

102 *"[119] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de septiembre de 2000, exp. n.º 1283".*

103 *"[120] "sobrevenir. (Del lat. supervenire). 1. intr. Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de otra. 2. intr. Venir improvisamente. 3. intr. Venir a la sazón", consultado en http://lema.rae.es/drae/?val=sobrevenir, el 26 de julio de 2013".*

104 *"[121] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646".*

soluta del contrato respectivo, puesto que, de conformidad con la Ley 80 de 1993, "los contratos del Estado son absolutamente nulos… cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley" (artículo 44, numeral 1).

En este caso, cuando quiera que se advierta la configuración de una causal de inhabilidad o incompatibilidad previa a la celebración del contrato, allende la competencia legal con la que se encuentran investidas las autoridades de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para conocer de los casos de nulidad absoluta de los contratos estatales, surge la obligación a cargo del jefe o representante legal de la entidad estatal, de "dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre" (inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80 de 1993)". (Subrayas ajenas al texto original).

4. Interpretación y alcance de las causales previstas en el artículo 122 de la Constitución Política, en los artículos 8º, numeral 1º, literales d) y j), y 58, numeral 6º, de la Ley 80 de 1993

De las causales de inhabilidad enunciadas en el numeral 1º de este acápite, las que podrían tener alguna relación directa con los hechos planteados en la consulta son las previstas en los literales a), d) y j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, así como las contenidas en el artículo 58, numeral 6º de la misma ley. Se aclara que el literal a) del numeral 1º del artículo 80 de la Ley 80, al prescribir que son inhábiles para participar en procesos de selección y celebrar contratos con las entidades estatales "*las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes*", remite a las inhabilidades establecidas, entre otras normas, en el artículo 122 de la Carta Política.

En relación con la causal contenida en los artículos 122 de la Constitución, 8º, numeral 1º, literal j), y 58, numeral 6º, de la Ley 80 de 1993, la Sala se pronunció ampliamente en el citado concepto 2260 de 2015, en el cual hizo una interpretación gramatical, histórica, sistemática y finalista de tales normas.

En primer lugar, sobre la causal de inhabilidad prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j), de la Ley 80 de 1993, y su relación con el artículo 122 de la Constitución Política, la Sala de Consulta explicó lo siguiente:

"Esta disposición fue incorporada a la Ley 80 por la Ley 1150 de 2007 (artículo 18); posteriormente fue modificada por la Ley 1474 de 2011 (artículo 1º), y finalmente fue declarada inexequible, en forma parcial, por la Corte Constitucional. En consecuencia, para interpretarla de forma adecuada, es necesario hacer un breve recuento de su nacimiento y de las transformaciones que ha sufrido, así:

Ley 1150 de 2007 (artículo 18)	Ley 1474 de 2011 (artículo 1)	Sentencia C-630 de 2012	Norma vigente
Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas".	Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años". (Se resalta).	Declaró inexequibles las siguientes expresiones de la norma citada: "o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior", por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo Nº 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados	Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

(…)

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-630 de 2012[105], declaró inexequible la expresión que se relaciona en el cuadro anterior, por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo Nº 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados. En esa medida, la Corte manifestó que el legislador no estaba facultado para limitar a veinte años una inhabilidad que la Constitución establece directamente con carácter intemporal.

105 *"[161] Corte Constitucional, sentencia C-630 del 15 de agosto de 2012. Expediente D-8942".*

Para entender con mayor claridad lo resuelto por la Corte Constitucional, es conveniente recordar que el artículo 122 de la Carta establece las condiciones generales bajo las cuales las personas pueden ingresar a la función pública y permanecer en ella, como servidores públicos. El inciso quinto disponía que el servidor público que fuese condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedaba inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, disposición que fue modificada por el Acto Legislativo Nº 1 de 2004 y, posteriormente, por el Acto Legislativo Nº 1 de 2009.

Acto Legislativo n.° 1 de 2004	Acto Legislativo n.° 1 de 2009
"Artículo 1º. Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño". (Se resalta).	"Artículo 4º. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, (sic) con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño".

Como puede inferirse, fue con base [en] la modificación del año 2004, que el Congreso de la República, mediante la Ley 1150 (artículo 18), estableció la causal de inhabilidad contenida en el literal j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80.

En esa medida, en la actualidad, deben distinguirse dos grupos diferentes de delitos, que generan dos inhabilidades distintas:

(i) Los delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad y el delito de soborno transnacional: las personas naturales que sean condenadas judicialmente por cualquiera de estos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales, por un término de veinte años. Esta inhabilidad se aplica (por el mismo lapso) a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, sus matrices y sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

(ii) Los delitos que afecten el patrimonio del Estado, aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, los delitos calificados como "de lesa humanidad" y el narcotráfico, en Colombia o en el exterior: las personas

que sean condenadas por cualquiera de dichos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales en forma permanente. Sin embargo, esta causal no puede extenderse a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, ni a sus matrices y subordinadas, pues tal efecto extensivo fue suprimido cuando la Corte Constitucional declaró inexequible y, por lo tanto, expulsó del ordenamiento jurídico la referencia que a esos delitos hacía el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, cabría preguntarse qué sucedería si una persona natural fuera condenada por un delito contra la administración pública que, al mismo tiempo, afecte el patrimonio del Estado colombiano, pues dicho caso caería dentro de los supuestos de hecho de las dos causales de inhabilidad mencionadas, es decir, la prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993 y la incorporada en el artículo 122 de la Carta Política. La Sala sugiere, como posible solución a este evento, que la persona natural declarada penalmente responsable debe entenderse inhabilitada para contratar con el Estado en forma permanente, de conformidad con el artículo 122 referido, mientras que las sociedades en las cuales sea socio, así como sus matrices y subordinadas, quedarían inhabilitadas para los mismos efectos por un período de veinte (20) años, en atención al artículo 8 de la Ley 80.

(….)". (Subrayas en el original).

En el mismo concepto, la Sala concluyó que la causal de inhabilidad prevista en el literal j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 se puede presentar, no solamente cuando la condena en firme por algún delito contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, haya sido impuesta por un juez nacional, sino también cuando una condena ejecutoriada por tales delitos, o sus equivalentes en otros países, haya sido impuesta por un juez extranjero.

Dado que esta inhabilidad no se aplica a las "sociedades anónimas abiertas", tal como lo establece la disposición que contiene la causal, vale la pena transcribir lo que se explicó sobre esta figura, en el concepto Nº 2260, lo cual continúa vigente:

"Al respecto, el Decreto 1082 de 2015 "Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional" *en el artículo 2.2.1.1.2.2.8., reproduce lo dispuesto en el Decreto 1510 de 2013* "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública"*, y bajo el título de* "inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas" *define que:* "las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario" *(artículo 32).*

Esta reglamentación obedece al mandato del legislador, el cual ordenó: "Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas" (parágrafo 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993)[106].

106 *"[128] Con anterioridad, la norma que prescribía sobre el particular Decreto 679 de 1994,* "Artículo 5.- Para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones: 1. Tengan más de trescientos accionistas. 2. Que

Así, el concepto de sociedad anónima abierta tiene alcance específico acerca de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los literales h), j) y k) del numeral 1, y d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993".

Ahora bien, con respecto a las inhabilidades consignadas en el numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993[107], la Sala explicó lo siguiente:

"Como se observa, el numeral 6º contiene tres (3) causales de inhabilidad para participar en procesos de contratación y contratar con entidades del Estado, que deben sumarse al catálogo de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Dichas causales son:

(i) En primer lugar, una inhabilidad transitoria para la persona jurídica de derecho privado cuyo representante legal haya sido cobijado por una medida de aseguramiento en firme relacionada con hechos u omisiones que se le imputen en desarrollo de su actividad contractual. Esta inhabilidad tendría una duración equivalente al tiempo que se mantenga dicha medida de aseguramiento.

(ii) En segundo lugar, una inhabilidad definitiva para la misma persona jurídica, por el término de diez (10) años, en el evento de que el representante legal de la misma sea condenado mediante sentencia judicial en firme.

(iii) Finalmente, una inhabilidad por el mismo plazo para la persona jurídica que sea declarada civilmente responsable por hechos u omisiones relacionadas con su actividad contractual".

Sobre las dos primeras causales contenidas en esta norma, la Sala manifestó, en el concepto 2260 de 2015, que aunque estas se presentan, en principio, frente a medidas de aseguramiento y condenas penales impuestas por jueces colombianos, también podrían darse cuando las medidas de aseguramiento o las sentencias condenatorias penales sean dictadas por jueces extranjeros, siempre que los hechos constitutivos del delito investigado o juzgado se relacionen directamente con la actividad contractual de las entidades públicas colombianas, independientemente de que tales ilícitos se cometan en el territorio nacional o en el exterior, o que en ellos intervengan colombianos o extranjeros. Así lo explicó la Sala en el citado documento:

"La Sala considera que sostener que la inhabilidad descrita no pueda generarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria sea dictada por jueces extranjeros, aunque se refiera a hechos delictivos cometidos en Colombia o en

ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación. 3. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores".

107 *"Artículo 58. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a: (…)*
6º. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual". (Se destaca).

el exterior pero relacionados directamente con la actividad contractual del Estado colombiano, supondría hacer una aplicación extrema del principio de territorialidad, que omitiría la existencia de elementos internos o nacionales en la situación que se describe, como la afectación que tales conductas producen a los intereses legítimos del Estado colombiano, desconocería los valores y las finalidades que se busca proteger perseguidas con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y vulneraría el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, ya que por los mismos hechos, que afectan en igual grado los intereses jurídicos del Estado colombiano, algunas personas jurídicas quedarían inhabilitadas para contratar con él y otras no, sin que existiera una razón suficientemente válida y convincente para justificar ese trato diferencial.

Por tales razones debe admitirse que, excepcionalmente, estas causales de inhabilidad pueden presentarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la condena ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que tal decisión se fundamente en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman). Tal conclusión es independiente de que la conducta se haya realizado en Colombia o en el exterior, y que el presunto responsable sea nacional o extranjero, pues resulta evidente que los delitos que atentan contra la administración pública y, en particular, aquellos que afectan la transparencia, la imparcialidad, la moralidad y los demás principios que gobiernan la contratación estatal colombiana, pueden ser cometidos en cualquier país del mundo y por parte de individuos de cualquier nacionalidad". (Resaltado en el original).

Y en punto a la posible concurrencia de la inhabilidad definitiva prevista en esta norma, con las causales contenidas en los artículos 122 de la Constitución y 8º, numeral 1º, literal j), de la ley 80 de 1993, la Sala precisó en el mismo concepto:

"No sobra aclarar que si el delito por el cual es condenado en el extranjero el representante legal (persona natural) de una persona jurídica foránea es uno de aquellos mencionados en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, dicho individuo incurriría en la inhabilidad prevista en esta norma (por 20 años o en forma permanente, según el caso), mientras que la persona jurídica de derecho privado que aquel sujeto representa o representaba quedaría inhabilitada por diez (10) años, siempre que los hechos o las omisiones por los cuales sea condenado tengan relación directa con la actividad contractual ejercida por esa persona frente al Estado o las entidades públicas colombianas. De no ser así, es decir, si los hechos o las omisiones por las cuales es condenado penalmente no tienen relación directa con su actividad contractual frente al Estado colombiano, la inhabilidad cobijaría solamente a la respectiva persona natural (por 20 años o en forma permanente, según el caso), siempre que aquel individuo no sea, al mismo tiempo, socio de la entidad extranjera, pues en este último caso la inhabilidad también afectaría (por 20 años) a la respectiva sociedad, a sus matrices y a sus subordinadas".

La posición expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, sobre la interpretación y la aplicación de las causales de inhabilidad para contratar que se ha mencionado, fue resumida por la misma Sala de la siguiente manera[108]:

*"**5. Recapitulación sobre las normas y causales de inhabilidad analizadas***

El análisis jurídico que se ha efectuado hasta el momento, le permite a la Sala concluir que de las normas y causales de inhabilidad para contratar que se mencionan en la consulta, las únicas inhabilidades que podrían generarse por las decisiones que adopten autoridades penales del exterior, son las siguientes:

(i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011).

(ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

(i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

(ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.

108 Tomado del concepto 2260 de 2015.

(iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.

(iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

En este orden de ideas, la siguiente matriz resume lo expuesto por la Sala sobre la interpretación y aplicación de las citadas causales de inhabilidad:

Supuesto de hecho Artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Declaratoria judicial de responsabilidad por "delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos".	*Colombiana o extranjera*	*Persona natural que resulte condenada.* *Sociedades en las cuales sea socia (incluye sucursales).* *Sociedades matrices y subordinadas de aquellas.* *Salvo sociedades anónimas abiertas*	*Veinte (20) años, salvo que el delito afecte el patrimonio del Estado colombiano (caso en el cual la inhabilidad es permanente)*

Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (primera causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Haberse dictado "medida de aseguramiento en firme" *al representante legal de una persona jurídica de derecho privado por* "hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual" *(frente al Estado colombiano).*	*Colombiana o extranjera*	*Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido representante legal la persona natural afectada con la medida de aseguramiento (incluye sucursales)*	*El mismo tiempo de duración de la medida de aseguramiento.*

Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (segunda causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Sentencia condenatoria (en firme) contra el representante legal de una persona jurídica de derecho privado por "hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual" *(frente al Estado colombiano)*	*Colombiana o extranjera*	*Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido representante legal la persona natural afectada con la condena penal (incluye sucursales)*	*Diez años"*

(Subrayas añadidas, salvo en el párrafo inicial).

Finalmente, en cuanto a la otra causal de inhabilidad que podría tener alguna relación con los hechos expuestos en la consulta, esto es, la prevista en el literal d) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80, consistente en la situación de "*quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución*", la Sala no considera necesario profundizar sobre el alcance y la aplicación de dicha causal, dado que la misma está limitada a la persona natural que, mediante sentencia judicial, sea condenada a la pena accesoria de interdicción de derechos o funciones públicas, o que sea sancionada disciplinariamente con destitución (tratándose de un servidor público o de un particular que ejerza funciones públicas en Colombia), sin que tal inhabilidad pueda extenderse a las sociedades ni, en general, a las personas jurídicas de las que aquel individuo sea administrador (representante legal o miembro de junta directiva) o socio, pues ni la norma citada ni otra disposición legal permiten hacer tal extensión.

Basta con precisar, en primer lugar, que el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000): *(i)* define la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como aquella que "*priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales*" (artículo 44); *(ii)* dispone que dicha sanción puede ser impuesta por los jueces como pena principal o como accesoria (artículos 34 y 52), según el delito y los criterios de dosimetría que dicho código establece, y *(iii)* preceptúa que, cuando dicha inhabilitación se imponga como pena principal, puede tener una duración de entre cinco (5) y veinte (20) años, salvo que el delito por cual se aplique sea de aquellos que afecten el patrimonio del Estado (artículo 51), caso en el cual la inhabilidad sea permanente, según lo ordenado por el artículo 122, inciso 5º de la Constitución Política.

En segundo lugar, es pertinente mencionar que el literal d) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 ha sido declarado exequible en dos ocasiones por la Corte Constitucional, en relación con fragmentos distintos de la norma y por motivos diferentes.

Inicialmente, en la sentencia C-178 de 1996[109], la Corte declaró exequible la frase "*y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución*", contenida en la norma citada, por considerar que ella no viola el principio de unidad de materia, en la medida en que el legislador, si bien utilizó una sanción regulada en el Código Disciplinario Único (la destitución), como supuesto fáctico de una inhabilidad para contratar con el Estado, no modificó ese castigo, ni creó una nueva sanción disciplinaria ni, en general, modificó la legislación sobre esta materia.

Y poco tiempo después, con la sentencia C-489 del mismo año[110], la Corte Constitucional declaró exequible el resto de la disposición, por considerar que el establecimiento de una inhabilidad para quienes hayan sido condenados a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, no significa que a tales personas se les imponga una nueva

109 Corte Constitucional, sentencia C-178 del 29 de abril de 1996, expediente No. D-974.
110 Corte Constitucional, sentencia C-489 del 26 de septiembre de 1996, expediente D-1264.

sanción, adicional a las que hubiesen recibido en el proceso penal, con aparente violación al principio de "*non bis in ídem*", pues la norma acusada no consagra una sanción, y mucho menos penal, sino una medida que restringe temporalmente la capacidad de algunas personas para contratar con el Estado, por razones que la misma corporación judicial calificó como necesarias, conducentes y proporcionadas al interés público que se persigue con esta figura.

5. Necesidad de revisar, actualizar, sistematizar y racionalizar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Exhortación al Gobierno nacional

Tanto en esta ocasión como en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, la Sala ha observado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado presenta graves y profundas deficiencias, que lo hacen confuso, contradictorio y difícil de aplicar, y debilitan, por lo tanto, su eficacia como instrumento para efectivizar, entre otros, los principios de transparencia, imparcialidad, buena fe y moralidad en la contratación pública. Entre tales deficiencias, podemos resaltar las siguientes:

- En primer lugar, la enorme dispersión de las normas que consagran inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. En efecto, como atrás se mencionó, las referidas inhabilidades e incompatibilidades están previstas en la Constitución Política, en varias disposiciones de la Ley 80 de 1993 y en más de diez (10) leyes diferentes, que regulan temas tan disímiles como los servicios públicos domiciliarios, la responsabilidad fiscal, el régimen disciplinario, el pago de aportes parafiscales y el régimen político-electoral de los alcaldes, gobernadores y otros funcionarios públicos.

- El hecho de que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no distingue ni separa los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, sino que, bajo el título de "*inhabilidades e incompatibilidades para contratar*" (artículo 8º de la Ley 80), regula indistintamente una serie de situaciones que podrían constituir inhabilidades, en algunos casos; incompatibilidades, en otros, o, incluso, podrían ser clasificadas en ambas categorías.

- Existe una serie de conductas que pueden vulnerar o amenazar en forma grave la vigencia efectiva de los principios generales de la contratación pública y de la función pública, y que no están consideradas actualmente como inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, tal como se ha demostrado en este documento y en los conceptos 2260 y 2264 de 2015. Al mismo tiempo, se presentan algunas circunstancias que la ley tipifica hoy en día como inhabilidades o incompatibilidades y que, si bien constituyen incumplimientos a ciertas obligaciones o deberes que la ley impone a los empresarios en diversos campos, no tienen necesariamente, a nuestro juicio, la entidad suficiente ni la potencialidad de afectar en forma grave la aplicación de los principios mencionados, lo que permitiría revaluar si deben seguir siendo consideradas como hechos que impiden contratar con el Estado.

- Varias de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas actualmente están redactadas en forma confusa, insuficiente, contradictoria o poco técnica, desde el punto de vista jurídico, lo que dificulta su interpretación y, por lo tanto, su aplicación en casos concretos.

Por las razones anteriores, entre otras, la Sala se permite exhortar respetuosamente al Gobierno nacional para que haga una revisión cuidadosa, detallada, racional y sistemática del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado colombiano. Como resultado de dicho ejercicio, y luego de establecer finalidades y criterios claros y previamente consensuados con los diferentes actores involucrados en este asunto (entidades públicas, contratistas del Estado, organismos de control, universidades, gremios y oenegés, entre otros), podría prepararse un proyecto de ley que regule de manera organizada, sistemática, clara, lógica y técnica esta materia, ya sea que tal regulación se consigne en un "estatuto general de inhabilidades e incompatibilidades", o que simplemente se refleje en la modificación o sustitución de las normas pertinentes del Estatuto General de Contratación Pública y en la derogación de las disposiciones contenidas en otras leyes que establecen inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.

C. Medidas que las entidades públicas pueden y deben tomar para prevenir, mitigar y controlar el riesgo de corrupción en la contratación estatal

En los conceptos 2260 y 2264 de 2015, antes citados, la Sala afirmó que, independientemente de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley, las entidades públicas pueden y deben utilizar otros instrumentos jurídicos, legalmente viables y apropiados para prevenir, mitigar y controlar el riesgo de corrupción en la actividad contractual, empezando por reconocer expresamente dicho riesgo, en desarrollo de los principios que gobiernan la función pública, en general, y la contratación estatal, en particular, y especialmente los principios de moralidad, transparencia, buena fe, planeación y precaución.

Así, por ejemplo, en el concepto 2260 se dijo, sobre el principio de buena fe, que este "*impone al oferente responsabilidades dentro del contexto de los deberes de rectitud y honestidad como son: (i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad (Ley 80, artículo 26, num. 7); (ii) <u>no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar</u> (ibídem)…*" (resaltamos); y más adelante se afirmó:

> *"Conforme a lo expuesto, nada resulta más alejado del principio de buena fe que la ocurrencia de actos de corrupción en la contratación estatal y, por lo mismo,* ***en los procesos de selección las entidades están facultadas para solicitar a los proponentes toda la información que, dentro del ámbito de la buena fe, resulte necesaria para formarse un juicio sobre su idoneidad*** *para asumir el compromiso que involucra el contrato propuesto y que* ***permita verificar su honestidad e integridad en el manejo de los recursos públicos*** *que involucra la contratación estatal.*

(…)

*El artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, "por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones", **reitera y amplía el señalado deber legal, al disponer que:** "**El Estado colombiano y las entidades territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de los recursos**; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas" (Se subraya).*

*No duda la Sala en afirmar que la anterior disposición **conlleva un deber calificado para las entidades estatales**, cuyo presupuesto es la buena fe (y como se verá, el principio de precaución), **consistente en una** **carga de conocimiento** **que las obliga a determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista**, esto es, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, **si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital**, si cotiza o no en bolsa, **si es una empresa familiar**, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales, entre otros aspectos, **así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado**, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general, **o ser el producto de actos de corrupción, en particular**.*

*A semejanza de lo que ocurre en el sector financiero (artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), **constituye una verdadera** "**política de conocimiento del cliente**" **aplicada a la contratación estatal** que permite a las entidades contratantes exigir a los contratistas "pactos o compromisos de integridad", por ejemplo, **en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, casas matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas**, o para el caso concreto de la consulta, **en actos de corrupción**[111].*

*En el mismo sentido, y por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, dentro de una política preventiva la entidad contratante deberá exigir "declaraciones de origen de fondos" en las que **el proponente o contratista**, bajo la gravedad del juramento, **identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito**.*

*Así, **en el supuesto caso en el que el proponente o contratista haya suministrado información falsa**, o que no correspondiera a la realidad, **con el propósito de hacer incurrir a la Administración en un error y obtener la adjudicación del contrato**, acontecerá una de las siguientes dos situaciones, a saber: (i) **si el acto de adjudicación fue expedido, pero el contrato no ha sido suscrito, el acto podrá ser revocado en tanto que se obtuvo por** "**medios ilegales**", de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007; (ii) **si el contrato ya se ha perfeccionado, dicho vínculo***

111 *"[33] R. Ospina Robledo. "Los pactos de integridad: una herramienta para buscar limpieza en contrataciones de interés público". Banco Interamericano de Desarrollo. Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe. http://www.iadb.org/leg/Documents/Colombia%20Ticol%20Ospina%20Spa.pdf Consultado el 13 de julio de 2015. (…)".*

estará viciado de nulidad *(artículo 1515 del Código Civil), sin perjuicio de la responsabilidad del contratista en los términos del numeral 7 del artículo 25 (sic) de la Ley 80".* (Negrillas añadidas).

En el mismo concepto, la Sala manifestó que estas mismas consecuencias jurídicas se derivan también de los principios de planeación, precaución y moralidad administrativa y, en consecuencia, refuerzan la utilización de mecanismos por parte de las entidades estatales tendientes a conocer plenamente a los oferentes y contratistas, a identificar el origen de los fondos que pretendan utilizar para la ejecución del contrato y, en general, a prevenir actos de corrupción u otras conductas ilícitas, como el lavado de activos. Así, por ejemplo, sobre la aplicación del principio de planeación en este campo, la Sala puntualizó:

"Así las cosas, la observancia del deber de planeación sustenta, aún más, la aplicación del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, consistente en la carga de conocer a fondo al proponente o contratista, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, con el fin de prevenir actos de corrupción en el contrato estatal, a través de instrumentos como los "compromisos de integridad" o "declaraciones de origen de fondos" en los términos explicados…". (Se resalta).

Ahora bien, como corolario de la aplicación de estos principios a la contratación estatal, con miras a prevenir, mitigar y controlar el riesgo de corrupción, la Sala manifestó, en el citado documento, que existe todo un catálogo de medidas e instrumentos que las entidades públicas pueden utilizar para tales fines, en las diferentes etapas que conforman el *iter contractual*:

"7. Aplicación práctica de los principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal

Con el fin de prevenir y sancionar los actos de corrupción en las diferentes etapas de la actuación contractual, y sin perjuicio de la utilización de la vía judicial cuando quiera que se evidencie la posible vulneración del principio de moralidad administrativa, la Sala recomienda que las entidades estatales materialicen los principios analizados en este concepto adoptando, entre otras, las siguientes medidas:

7.1 En los estudios previos que sustentan la contratación, es inexcusable que las entidades estatales… no manifiesten explícitamente:

a. El deber jurídico concreto que tienen de prevenir los actos de corrupción en la contratación estatal con base en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y, en especial, con los principios de transparencia, buena fe, planeación, eficacia, precaución y moralidad administrativa;

b. La necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar la carga de conocimiento, esto es, determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera, si actúa directamente o por medio de una sucursal en Colombia, si pertenece o no a un

grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos), y

c. La tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción y la relación directa que existe entre este y los riesgos financiero, legal y reputacional, en un adecuado ejercicio del deber de planeación. (…)

7.2. <u>En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta</u>:

a. Se podrá exigir a los proponentes que suscriban "pactos o compromisos de integridad", por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción, ni sujetos a investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas por dichos actos de corrupción, lo cual incluye delitos como el soborno transnacional, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, de conformidad con la ley penal colombiana y los tratados internacionales sobre la materia;

b. Se deberá adjuntar, bajo la gravedad del juramento, "declaración de origen de fondos" en el que el proponente identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1121 de 2007;

c. Se exigirá, con base en la carga de conocimiento, la identificación plena y la calidad con la que actúa el proponente; la composición del capital social de la persona jurídica respectiva, con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la de sus representantes legales;

d. Se podrá exigir a los proponentes, entendidos como la persona natural o jurídica que concurre al proceso y sus representantes legales, que autoricen expresamente a la entidad para averiguar su información comercial y financiera en los bancos de datos públicos y privados.

e. El derecho y el deber que tiene la entidad pública licitante de comprobar la veracidad de los documentos que soportan las exigencias anteriores, así como la facultad de solicitar toda la información adicional que a su juicio resulte necesaria para cumplir con su deber de prevenir actos de corrupción en la contratación estatal.

(…)

Ahora bien, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, la Sala recomienda que los pliegos de condiciones reiteren expresamente que la entidad estatal podrá

proceder a la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por "medios ilegales", y que dentro de ese ámbito, los "actos de corrupción" se enmarcan dentro de la noción de "medios ilegales".

Así mismo, se sugiere anunciar en los pliegos de condiciones que en el evento de adjudicarse la licitación, en el contrato se incluirán condiciones resolutorias expresas tendientes a prevenir actos de corrupción y multas en caso de incumplimiento, en los términos que enseguida se explicarán.

Por último, los pliegos de condiciones, en concordancia con los estudios previos, señalarán expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero. Por tanto, será obligación del proponente o contratista ofrecer garantías suficientes, a juicio de la entidad estatal, en caso de que las condiciones del riesgo de corrupción o riesgo financiero se hayan modificado entre el inicio del proceso de selección y la adjudicación o entre esta y la suscripción del contrato o durante la ejecución del mismo. Igualmente, el riesgo financiero será asignado en su totalidad al contratista.

7.3. <u>En las cláusulas contractuales</u>:

*a. La entidad **incorporará en las estipulaciones contractuales la obligación a cargo del contratista de informar periódicamente la composición del capital social de la persona jurídica; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; su pertenencia o no a un grupo empresarial**, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como **la información relevante de índole jurídica, comercial o financiera, de la persona jurídica o de sus representantes legales, socios o accionistas**.*

*b. También **se deberá proveer la información cuando tenga ocurrencia una situación que implique una modificación del estado de los riesgos existente al momento de proponer o de celebrar el contrato, como sería el caso de la existencia de investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas proferidas en Colombia o en el extranjero**.*

*En todo caso, se establecerá que con base en las facultades de dirección y control del contrato, **la entidad estatal podrá requerir la información que estime necesaria en cualquier momento, y que la omisión sobre el reporte y entrega de información será constitutiva de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista**. En este sentido, **se recomienda pactar multas para conminar al contratista al cumplimiento de dichos deberes**, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.*

*c. Con el fin de proteger los intereses de la Administración, **incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad, impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de***

las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante *o que* ***vulneren los principios de la contratación estatal****.*

d. En atención al riesgo de corrupción y a aquellos que se relacionan directamente con él, como son los riesgos financiero, legal y reputacional, entre otros, ***se estipulará la obligación expresa del contratista de mantener cubierto el estado del riesgo durante toda la ejecución del contrato, ofreciendo las garantías que resulten suficientes a juicio de la entidad estatal contratante****.*

(…)". (Las negrillas no forman parte del texto original).

Asimismo, en los conceptos citados, la Sala sostuvo que la corrupción es uno de los riesgos que pueden afectar la contratación estatal, y que dicho riesgo es previsible, motivo por el cual las entidades estatales deben reconocerlo, asignarlo, en los términos del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007[112], y gestionarlo.

Finalmente, en lo que atañe específicamente a la distribución de dicho riesgo y del riesgo financiero, cuya posibilidad de materialización puede verse incrementada por aquel, así como su traslado a un tercero, mediante las garantías contractuales, la Sala señaló lo siguiente en el concepto 2260 de 2015:

"Considerando lo expuesto en precedencia sobre el riesgo de corrupción y el riesgo financiero, los cuales deben ser asignados al contratista, la entidad estatal puede "transferir el riesgo", lo cual se materializaría "a través de las garantías previstas en el Proceso de Contratación o en las condiciones del contrato estableciendo con claridad quien (sic) es el responsable"[113].

(…)

La Sala estima que el estado del riesgo no se debe alterar en todas las etapas de la actividad contractual, por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

"Artículo 27. En los contratos estatales se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, ordenando que si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento".

112 El artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 dispone:
"Artículo 4o. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.
En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva".

113 Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra Eficiente.www.colombiacompra.gov.co//manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf. Consultado el 8 de julio de 2015.
Es preciso señalar que el Decreto 1082 de 2015 estable en el Artículo 2.2.1.1.1.6.3. "*Evaluación del Riesgo.* La Entidad Estatal debe evaluar Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente. *(Decreto 1510 de 2013, artículo 17)".*

En tal virtud, si las condiciones del riesgo financiero han cambiado entre el inicio del proceso contractual y la adjudicación, o entre esta y el perfeccionamiento del contrato o durante la ejecución del mismo, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes a juicio de la entidad estatal contratante". (Destacamos).

D. Los contratos de concesión bajo el esquema de asociaciones público privadas (APP)

La Ley 1508 de 2012[114] regula los esquemas de asociación público privada (APP), que su artículo 1º define como "*un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio*".

Esta legislación tiene antecedentes en la experiencia internacional de países como el Reino Unido, donde existe un completo desarrollo de este tipo de negocios para proyectos de carreteras, ferrocarriles, colegios, hospitales, puertos, cárceles, acueductos y edificios públicos, entre otros. Asimismo, aunque de forma parcial para algunos sectores, se destacan países como Francia, España, Irlanda, Canadá, Bulgaria, República Checa, Chile, Uruguay, México y Perú. A estos se suman Ecuador, República Dominicana, Jamaica, Trinidad y Tobago, El Salvador, Honduras y Panamá, que en los últimos años expidieron o reformaron el marco legal para la participación privada en proyectos públicos[115].

Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial, y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros.

El artículo 2º de la Ley 1508 señala que las concesiones, de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[116], se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP, lo que significa que tales contratos deben entenderse, hoy en día, como una modalidad o especie de asociaciones público privadas, aunque estas últimas podrían estructurarse mediante contratos distintos al de concesión.

---

114 *"Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones".*

115 Cfr. *Gaceta del Congreso*, 3 de noviembre de 2011, exposición de motivos del proyecto de ley número 160 de 2011-Senado.

116 El artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 define así el contrato de concesión: *"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"*.

En todo caso, el inciso segundo de la misma norma dispone que los contratos de concesión que estuvieran vigentes al momento de promulgarse la Ley 1508 de 2012, seguirían rigiéndose por las normas que regían en la fecha de su celebración.

El artículo 3º *ejusdem* ("ámbito de aplicación") señala que la citada ley es aplicable "*a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura*", y precisa que, dentro de tales contratos, pueden estar incluidos aquellos que recaigan sobre la "*infraestructura para la prestación de servicios públicos*".

De todas formas, vale la pena aclarar que el parágrafo 1º de la misma norma condiciona la realización de proyectos por el esquema de APP, al hecho de que el "*monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv*", y el inciso segundo del artículo 4º *ejusdem* agrega que esta clase de esquemas solo podrá utilizarse "*cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución*", con lo cual resalta, de paso, la importancia del principio de planeación en esta clase de contratos.

El mismo artículo 3º añade que en estos contratos "*se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera*". Con relación a estos aspectos, el artículo 5º de la misma ley, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015[117], agrega las siguientes reglas:

> *"Artículo 5o. Derecho a retribuciones. El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.*
>
> *Parágrafo 1o. En los esquemas de asociación público-privada podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades estatales. En todo caso, tales aportes no computarán para el límite previsto en los artículos 13, 17 y 18 de la presente ley.*
>
> *Los gobiernos locales y regionales podrán aplicar la plusvalía por las obras que resulten de proyectos de asociación público-privada.*
>
> *Parágrafo 2o. En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial…*

117 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país".*

Parágrafo 3o. (…) en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por etapas… previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial…

Parágrafo 4o. En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública (del orden nacional)[118]*, la entidad estatal competente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado.*

(…)

Parágrafo 5o. En caso de que en el proyecto de asociación público-privada la entidad estatal entregue al inversionista privado una infraestructura existente en condiciones de operación, la entidad estatal podrá pactar el derecho a la retribución de los costos de operación y mantenimiento de esta infraestructura existente condicionado a su disponibilidad, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad".

En punto a los procedimientos de selección y a las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que instrumentan estos esquemas, el inciso cuarto del artículo que se comenta preceptúa que tales aspectos se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012. Esta misma regla se itera en el artículo 9º de la citada ley, para los esquemas de asociación público privada de iniciativa pública.

Una de las particularidades que la referida ley contiene respecto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en lo que atañe al procedimiento de selección, es la posibilidad de efectuar, en los procesos de contratación correspondientes a asociaciones público privadas de iniciativa pública, una etapa de precalificación, en la que se preseleccione, por un mecanismo público y abierto, las personas naturales y jurídicas que podrán presentar oferta dentro de la respectiva licitación pública, por cumplir con las condiciones y requisitos habilitantes establecidos en los pliegos. A este respecto, el artículo 10 de la Ley 1508 dispone:

"Artículo 10. Sistema abierto o de precalificación. Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento.

Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección.

El reglamento podrá establecer mecanismos para que en caso de requerirse estudios adicionales, estos puedan realizarse o contratarse por los precalificados". (Resaltamos).

118 La expresión que aparece entre paréntesis y sobre líneas punteadas fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-346 de 2017, según comunicado de prensa del 24 de mayo de 2017.

Vale la pena aclarar que la Ley 1508 de 2012 establece dos clases de esquemas de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada, y dispone que en cualquiera de las dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública que pretenda celebrar el contrato, según la forma como se estructure el proyecto. En relación con las asociaciones público privadas de iniciativa privada, el artículo 14 de la citada ley dispone que "*[l]os particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes*".

Dado que el contrato de concesión sobre el cual recae la consulta corresponde a una APP de iniciativa pública, como más adelante se explicará, la Sala omitirá referirse en esta ocasión a las normas de la Ley 1508 que regulan específicamente las asociaciones público privadas de iniciativa privada.

En cuanto a los principios que deben regir estos procesos de selección y contratos, el artículo 4º ibídem señala que les serán aplicables los principios generales de la función administrativa y de la contratación pública, así como el criterio de sostenibilidad fiscal. Asimismo, dispone que en estos esquemas debe haber una asignación eficiente de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que tenga mejor capacidad para administrarlos y buscando "*mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio*" (subrayamos).

Con respecto a la duración de los contratos que instrumenten esquemas de APP, el artículo 6º de la Ley 1508 estatuye que tales contratos podrán tener un plazo máximo de 30 años, incluidas sus prórrogas. Sin embargo, como excepción a esta regla general, el inciso segundo del mismo artículo dispone que el plazo de tales contratos podrá ser mayor, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, "*cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior*".

Sobre las adiciones y prórrogas, el artículo 7º de la misma ley prescribe lo siguiente, de manera general, sin perjuicio de algunas reglas especiales que trae dicha ley para las APP de iniciativa pública (artículo 13) y para las APP de iniciativa privada que impliquen el desembolso de recursos públicos (artículo 18):

> *"Artículo 7o. Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de Asociación Público Privada. Sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato".*

En este punto, también vale la pena mencionar que, conforme al artículo 29 *ejusdem*, los contratistas que soliciten la adición o la prórroga de un contrato de esta clase deben pagar una *tasa* a la entidad contratante, a título de contraprestación por los estudios que debe efectuar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para resolver la solicitud. La

tarifa de dicha tasa corresponde, en el caso de las adiciones, al diez por ciento (10%) del valor solicitado, a menos que se refiera a un proyecto que previamente haya sido sometido a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, evento en el cual será del dos por ciento (2%), y cuando se trate de prórrogas, al uno por ciento (1%) del valor inicialmente pactado.

En relación con el contenido o clausulado de estos contratos, el artículo 22 de la Ley 1508 de 2012 dispone que los mismos "*incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley*".

Asimismo, es importante mencionar que el artículo 24 ibídem exige que todos los recursos financieros, ya sea de origen público o privado, que se requieran para la ejecución de proyectos estructurados por el sistema de asociación público privada, deben ser administrados por medio de un patrimonio autónomo, con lo cual se busca proteger tales fondos de terceros (por ejemplo, de los acreedores del contratista) o de la desviación o uso indebido que este pueda darle a los mismos, y garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato. La norma citada dispone:

> *"Artículo 24. Patrimonio Autónomo. Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.*
>
> *Parágrafo. Constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero "UIAF" el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que esta Unidad requiera".* (Subrayas fuera del texto original).

Igualmente, para los efectos de esta consulta, es pertinente resaltar que el artículo 23 ibídem impone el deber de identificar plenamente a los beneficiarios reales del contrato que se ejecute, así como el origen de los fondos que vayan a utilizarse, en los siguientes términos:

> *"Artículo 23. Identificación del beneficiario real del contrato y del origen de los recursos. Los proponentes que participen en procesos de precalificación a los que se refiere el artículo 10 de la presente ley y en general, en procesos de selección para el desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada, deberán presentar declaración juramentada en la que identifiquen plenamente a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo sean beneficiarias en caso de resultar adjudicatarios del*

futuro contrato, así como el origen de sus recursos. Lo anterior con el fin de prevenir actividades u operaciones de lavado de activos". (Se resalta).

Dicho deber se extiende a los beneficiarios del patrimonio autónomo que se constituya para administrar los recursos del contrato, como lo dispone el parágrafo del artículo 24, antes citado.

Como se observa, estas disposiciones vinieron a profundizar y ampliar la carga de conocimiento del contratista, que el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006 había impuesto a las entidades públicas, tal como lo explicó la Sala en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, en la medida en que lo extendió a los beneficiarios reales de los proponentes y del contratista en los esquemas de asociación público privada, y no solamente a este último, así como a los beneficiarios (se entiende, reales) del fideicomiso que se constituya, y obligó a las sociedades fiduciarias a reportar esta información a la UIAF, para efectos de las verificaciones y cruces de información que legalmente debe efectuar esta entidad con el fin de prevenir y detectar las operaciones de lavado de activos, financiación del terrorismo y otras actividades criminales.

Otro aspecto importante a tener en cuenta, en relación con esta clase de contratos, es que la Ley 1508 de 2012 permite expresamente que la ejecución de los mismos sea asumida por los financiadores del proyecto, hasta su terminación, ya sea directamente o por intermedio de terceros, cuando el contratista incumpla sus obligaciones (artículo 30). Esto implica, a juicio de la Sala, que en esta clase de contratos, antes de declararse la caducidad o la terminación unilateral y anticipada, en las hipótesis previstas en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, debe evaluarse la posibilidad de que el contrato sea cedido a los prestamistas, o a quienes estos designen, para continuar con su ejecución, como ya lo preveía, en parte, el inciso segundo de la norma citada (para la terminación unilateral, por las causales señaladas en los numerales 2º y 3º)[119].

Asimismo, la Ley 1508 dispone que en estos contratos debe incluirse una fórmula matemática que permita determinar el valor de las eventuales prestaciones recíprocas que surjan entre las partes por la terminación anticipada del contrato, ya sea por mutuo acuerdo o de forma unilateral (artículo 32). Esta obligación aparece reiterada en el artículo 13 de la Ley 1682 de 2013[120] para todos los contratos (correspondientes a esquemas de APP o no) que se celebren con posterioridad a la promulgación de dicha ley para desarrollar proyectos de infraestructura de transporte.

Por otra parte, el artículo 31 de la misma normatividad establece la necesidad de identificar plenamente los bienes públicos y privados que se entregarán al contratista para la ejecución del proyecto de asociación público privada, así como la obligación de revertir

119 Ley 80 de 1993. *"Artículo 17. De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:*
1º. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2º. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
3º. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
4º. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación. (…)". (Se subraya).

120 *"Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias".*

la propiedad de dichos bienes al Estado, a la finalización del contrato, en las condiciones que se pacten en el respectivo documento contractual.

Ahora bien, en relación con los esquemas de asociación público privada de iniciativa pública, vale la pena mencionar las siguientes normas de la Ley 1508 de 2012, aparte de las comentadas ya sobre el proceso de selección (artículo 9º) y el uso facultativo del mecanismo de precalificación (artículo 10º):

(i) El artículo 11, que establece los requisitos que deben cumplirse para abrir procesos de selección de contratistas bajo esquemas de APP de iniciativa pública. Entre tales requisitos se encuentra: "*La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto*" (numeral 5º).

(ii) El artículo 12 regula la forma de efectuar la selección objetiva de las propuestas en los contratos para la ejecución de proyectos de APP de iniciativa pública o que impliquen desembolso de recursos públicos. El numeral segundo de esta norma estatuye que "*la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad…*", y agrega que "*dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato*".

(iii) En lo atinente a las prórrogas y adiciones, el artículo 13 dispone que en esta clase de contratos "*las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado*", y que las prórrogas deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. De esta forma, la cuantía de las adiciones y el monto equivalente de las prórrogas no pueden exceder, en su conjunto, del 20% del valor del contrato originalmente acordado. Para estos efectos, el valor del contrato debe estar determinado expresamente en el mismo, con base en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que más adelante se establezcan, en relación con los proyectos para la prestación de servicios públicos.

Finalmente, la misma disposición prescribe que todas las inversiones que no impliquen desembolso de recursos públicos ni modificaciones en el plazo del contrato, podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto a su cuenta y riesgo, sin que esto comprometa a la respectiva entidad estatal ni le genere la obligación de reconocerle, compensarle o retribuirle dicha inversión. En todo caso, la norma advierte que tales inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad contratante cuando impliquen una modificación en las condiciones del contrato inicialmente pactado, y cumplir con los requisitos exigidos en la Ley 448 de 1998[121] que sean aplicables.

121 "Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público".

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que múltiples normas de la Ley 1508 de 2012 han sido objeto de reglamentación por parte del Gobierno nacional mediante diferentes decretos[122], los cuales se encuentran compilados actualmente en el Decreto 1082 de 2015[123].

Asimismo, cuando el esquema de asociación público privada se refiera a un proyecto para el desarrollo y/o la operación de una infraestructura de transporte, deben considerarse también las normas de la Ley 1682 de 2013, algunas de las cuales se refieren a contratos.

A este respecto, cabe destacar el artículo 13, el cual, fuera de lo explicado anteriormente sobre la necesidad de pactar la fórmula para determinar las prestaciones recíprocas en caso de terminación anticipada y otras reglas que no resulta pertinente mencionar en esta ocasión, dispone lo siguiente:

(i) "*La entidad pública contratante garantizará el equilibrio económico del contrato en cualquiera de las etapas de su ejecución y podrá proponer, si así lo considera, de acuerdo con la ley vigente, el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de operación, de conformidad con la fórmula descrita en el contrato"* (parágrafo primero).

(ii) Según el parágrafo segundo, en los contratos celebrados antes de esa ley que estén en etapa de operación, la entidad contratante puede proponer fórmulas que aceleren la recuperación de la inversión y posibiliten, de común acuerdo, la terminación anticipada del contrato, siempre que ello se requiera para ejecutar una obra de interés público o por motivos de utilidad pública e interés general, garantizando para el contratista el pago de las prestaciones a las que tenga derecho. En este caso, las indemnizaciones o pagos a que haya lugar podrán ser determinados de común acuerdo por las partes, o haciendo uso de la amigable composición, del arbitraje o de cualquier otro mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

(iii) Y conforme al parágrafo tercero, la terminación anticipada de estos contratos implica, por ministerio de la ley, la subrogación de la entidad pública responsable en los derechos y obligaciones del titular de las licencias, los permisos o las autorizaciones ambientales, los títulos mineros y, en general, los permisos o autorizaciones obtenidos para la ejecución del proyecto.

El artículo 14 ibídem contiene algunas normas sobre la solución de las disputas que puedan surgir en relación con los contratos para la ejecución o la operación de esta clase de proyectos de infraestructura, mediante la amigable composición, el arbitraje y otras formas alternativas de resolución de conflictos, incluyendo algunas modificaciones y adiciones a la Ley 1563 de 2012[124].

El artículo 16 de la misma ley establece que para el desarrollo de este tipo de proyectos, las entidades públicas solo podrán abrir los procesos de selección si cuentan con estudios

122 Como los Decretos 1467 de 2012, y 301, 1553 y 2043 de 2014.

123 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional".*

124 "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones".

de ingeniería en *etapa de factibilidad*, como mínimo, sin perjuicio de los otros estudios jurídicos, ambientales y financieros que se requieran, excepto en los siguientes casos:

a) Cuando excepcionalmente la entidad pública requiera contratar "*de manera integral*" la elaboración de estudios y diseños, la construcción, la rehabilitación, el mejoramiento y/o el mantenimiento de la infraestructura, o

b) Para la revisión y verificación previas de proyectos de asociación pública-privada de iniciativa privada, estructurados conforme a la Ley 1508 de 2012, caso en el cual podrá iniciarse el trámite con estudios y diseños en *etapa de prefactibilidad*.

De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1682 de 2013, en los proyectos de infraestructura de transporte que se estructuren a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, "*las entidades estatales y privadas deberán planear el desarrollo de las obras, con jornadas de trabajo de 3 turnos diarios (24 horas), siete días a la semana*" (inciso segundo). Asimismo, según el párrafo tercero de la citada disposición, tanto en los contratos celebrados con anterioridad a dicha ley como en aquellos que se celebren con posterioridad, "*las entidades estatales podrán hacer efectivas las multas y/o cláusula penal exigiéndole al contratista instalar frentes de trabajo en 3 turnos diarios (24 horas), siete días a la semana hasta por el valor de la sanción, como mecanismo conminatorio y forma de pago*".

En relación con la responsabilidad de los contratistas personas jurídicas, el artículo 18 *ejusdem* dispone:

> *"Artículo 18. Responsabilidad. Las personas jurídicas que ejecuten proyectos de infraestructura bajo la modalidad de Asociación Público Privado su régimen de responsabilidad será el que se establezca en las leyes civiles y comerciales de acuerdo con el tipo de empresa que conforme" (sic).*

Por otra parte, el artículo 53 de la misma ley dispone, en su primer inciso, que "*en los nuevos proyectos que inicien su estructuración a partir de la promulgación de la presente ley para la construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de nuevos tramos de infraestructura de transporte, deberá preverse la incorporación de infraestructura para el despliegue de redes públicas de tecnologías de la información y las comunicaciones o de elementos que soporten el despliegue de dichas redes, previa solicitud del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o quien haga sus veces*".

El artículo 58, adicionado por el artículo 7º de la Ley 1742 de 2014[125], regula el otorgamiento de autorizaciones temporales a los ejecutores de proyectos de infraestructura de transporte, para la extracción y el uso de materiales de construcción. De esta disposición, destaca la Sala lo previsto en el inciso segundo, según el cual *"[l]as entidades públicas, entidades territoriales, empresas y los contratistas que se propongan adelantar la construcción, reparación, mantenimiento o mejora de una vía pública nacional, departamental o municipal, o la realización de un proyecto de infraestructura de transporte declarado de*

125 "Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los demás sectores que requieran expropiación en proyectos de inversión que adelante el Estado y se dictan otras disposiciones".

interés público por parte del Gobierno nacional, podrán con sujeción a las normas ambientales, solicitar a la autoridad minera autorización temporal e intransferible, para tomar de los predios rurales, vecinos o aledaños a la obra, los materiales de construcción que necesiten exclusivamente para su ejecución, quienes deberán obtener los respectivos permisos ambientales".

El artículo 63, en su inciso final, preceptúa que los contratistas estarán obligados a permitir que, en situaciones de emergencia, desastre, calamidad pública, alteraciones del orden público, o por razones de seguridad vial, la ejecución de las obras destinadas a conjurar tales eventos se realicen directamente por la entidad contratante, o por terceros contratados para tal fin.

El artículo 65 establece la integración del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), que creó el artículo 25 de la Ley 1508 de 2012, al Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop.

Y finalmente, el artículo 71 de la Ley 1682 de 2013 estatuye que el Gobierno nacional, dentro de los 120 días siguientes a la expedición de dicha ley, debía reglamentar la forma en que puedan establecerse "*unidades funcionales de tramos de túneles*" en los proyectos de asociación público privada, en virtud de las cuales se predique únicamente "disponibilidad parcial" y estándar de calidad, para efectos de la retribución al contratista.

E. Análisis del caso concreto

1. El proceso de selección y el contrato

Dentro de este complejo marco normativo, el Aeropuerto Internacional Matecaña (en adelante AIM), establecimiento público del orden territorial, estructuró un proyecto de asociación público privada, de iniciativa pública, para "*la construcción, modernización, y adecuación del lado tierra del aeropuerto y la construcción, administración, operación, mantenimiento, explotación comercial, y reversión tanto del lado aire como del lado tierra del Aeropuerto Internacional Matecaña que sirve a la ciudad de Pereira*".

Para tal efecto, se optó por abrir el proceso de contratación que se identificó con el número AIM 201455, dentro del cual se realizó una etapa de selección de precalificados, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1508 de 2012. Como resultado de dicha etapa y mediante la Resolución Nº 0034 del 9 de febrero de 2015, el AIM dio a conocer la lista de firmas que resultaron precalificadas (12 en total), con base en los criterios definidos en la respectiva invitación.

Posteriormente, con la Resolución 408 de 2015, se dio inicio a la respectiva licitación pública, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 30 de la Ley 80 de 1993, 10 de la Ley 1508 de 2012 y 2.2.2.1.4.1 del Decreto Reglamentario 1082 de 2015[126].

126 *"Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen"*. (Se destaca).

Al vencimiento del plazo para presentar las ofertas, se recibieron solamente dos (2) propuestas hábiles, una de las cuales correspondió a la formulada por la sociedad CSS Constructores S.A.

De acuerdo con lo previsto en el cronograma incorporado en los respectivos pliegos de condiciones, el 30 de noviembre de 2016 se realizó la audiencia de apertura del sobre Nº 2, que contenía las ofertas económicas de cada uno de los proponentes, y de adjudicación del contrato, previa lectura y aprobación del informe de evaluación y calificación de las ofertas.

Conforme a lo señalado en el citado informe, la adjudicación del contrato se hizo a CSS Construcciones S.A., cuya oferta fue calificada con el mejor puntaje, luego de sumar la calificación asignada, por separado, a su propuesta técnica y a su oferta económica. Para formalizar dicha decisión y notificarla a las partes involucradas, se expidió la Resolución 0390 del 30 de noviembre de 2016.

Luego de efectuar consultas a varias entidades y organismos de control, a funcionarios públicos y a abogados particulares, y de aplazar la firma del contrato en dos ocasiones, el contrato de concesión que perfecciona el esquema de asociación público privada que nos ocupa, fue suscrito el 17 de abril de 2017, entre el Aeropuerto Internacional Matecaña, en su condición de entidad concedente, y la Operadora Portuaria Matecaña S.A.S., en su calidad de concesionaria.

Es importante precisar que el contrato no se celebró con la misma sociedad oferente y adjudicataria (CSS Constructores S.A.), sino con una compañía constituida por esta última después de la adjudicación[127], debido a que así se dispuso expresamente en los pliegos de condiciones[128] y fue ofrecido por CSS Constructores S.A. en su propuesta[129].

Vale la pena mencionar que el contrato de concesión incluye varios anexos, uno de los cuales es el denominado "*Apéndice 1, Parte Especial*", con fecha de elaboración enero de 2016, que también era un anexo del pliego de condiciones, y en el cual se hicieron importantes precisiones y adiciones a las cláusulas del contrato en asuntos tales como las reglas de interpretación de dicho contrato; el objeto del mismo y su alcance; el valor del contrato; la retribución al contratista y las fuentes de ingresos que se tomarán para su cálculo y pago; el cierre financiero del proyecto; la constitución y operación del patrimonio autónomo; las etapas de ejecución del contrato; las sanciones contractuales y los mecanismos de apremio, y los mecanismos de cobertura de riesgos, incluyendo la garantía única de cumplimiento.

127 A este respecto, la Sala advierte que, independientemente de la legalidad del mecanismo utilizado para la suscripción del contrato de concesión (el "*SPV*"), la entidad contratante debe verificar que la sociedad de objeto exclusivo con la cual se celebró dicho contrato tenga las mismas condiciones y cumpla los mismos requisitos exigidos a los proponentes y, en particular, los requisitos habilitantes y ponderables que se tuvieron en cuenta para adjudicar el contrato a CSS Constructores S.A.

128 Para tal efecto, pueden verse los numerales 1.4 ("Definiciones"), sub-numerales 1.4.5. ("Adjudicatario"), 1.4.14. ("Concesionario"), 1.4.46. ("*SPV*" o "*Special Purpose Vehicle*"); 7.3 ("*Constitución del SPV*"), y 7.4 ("Suscripción del Contrato(s)"). El sub-numeral 7.3.1 dispone al respecto: "*Dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Licitación Pública, el Adjudicatario deberá constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión. EL SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión*".

129 Presentada el 4 de noviembre de 2016.

Asimismo, es pertinente señalar que, hasta la fecha de entrega de la documentación principal solicitada por la Sala (junio 29 de 2017) en la audiencia que se realizó, el contrato de concesión había sido objeto de una modificación, mediante el "Otrosí Nº 1" del 24 de abril de 2017, que tuvo por objeto ampliar los plazos pactados en el contrato para que el concesionario suministrara al AIM el nombre de la fiduciaria escogida para constituir y administrar el patrimonio autónomo, y para entregar las garantías exigidas como requisito para iniciar la ejecución del contrato, así como los términos que tiene la entidad concedente para revisar y dar su conformidad a tales informaciones y documentos.

Ahora bien, aunque el contrato de concesión mencionado ya se perfeccionó, vale la pena mencionar que, en principio y a la luz de la información y de los documentos aportados por el ministerio consultante y el AIM hasta la fecha en que se terminó la elaboración de este concepto (28 de julio de 2017), no existe evidencia que permita concluir que el contratista-concesionario, es decir, la sociedad Operadora Portuaria Aeropuerto Matecaña S.A.S. estuviera incursa en alguna inhabilidad o incompatibilidad, al momento de suscribir el contrato de concesión (17 de abril de 2017).

No obstante, la Sala advierte que en el evento de demostrarse que el contratista sí estaba incurso en una causal de inhabilidad en la fecha de celebración del contrato, dicho acuerdo habría quedado viciado, desde su nacimiento, de nulidad absoluta (artículo 44, numeral 1º, de la Ley 80 de 1993[130]), y el AIM, en su calidad de contratante-concedente, tendría que ordenar, mediante acto administrativo motivado, su inmediata terminación y liquidación en el estado en que se encuentre, conforme a lo dispuesto por el artículo 45 ibídem[131].

Por otra parte, si el concesionario llegare a incurrir en una inhabilidad sobreviniente durante la ejecución del contrato de concesión, dicho negocio tendría que ser cedido, previa aprobación del AIM. En el evento de que esto no fuere posible, el contratista tendría que renunciar a su ejecución, según lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 80 de 1993, lo cual implicaría que el contrato se entendería terminado y debería procederse a su liquidación.

2. Estipulaciones incluidas y medidas adoptadas para prevenir, controlar y mitigar el riesgo de corrupción en este contrato

Según lo que desprende de los documentos de este proceso de contratación que nos fueron enviados, incluyendo los pliegos de condiciones, la oferta seleccionada, el contrato, sus anexos y las actas de varias audiencias y reuniones (entre ellas la audiencia de asignación de riesgos y de aclaración del pliego de condiciones), la Sala observa, en primer lugar, que en este proceso no se identificó expresamente ni se asignó o distribuyó el riesgo de corrupción, ni otros riesgos relacionados con el mismo, como el riesgo reputacional y el riesgo legal, tal como se recomendó en los conceptos 2260 y 2264.

130 *"Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*
1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
(…)". (Se resalta).

131 *"Artículo 45. De la nulidad absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.*
En los casos previstos en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre". (Resaltamos).

Sin embargo, tampoco puede afirmarse que en dicho proceso de contratación se haya desconocido este riesgo de manera absoluta, pues en los citados documentos se encuentran varias normas, estipulaciones y medidas que tienden a prevenirlo y controlarlo, o a mitigar sus efectos:

- **Beneficiarios reales y origen de los fondos.** En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley 1121 de 2006, y 23 y 24 de la Ley 1508 de 2012, los pliegos de condiciones establecieron la necesidad de que los oferentes identificaran plenamente los beneficiarios reales de sus propuestas y del contrato, en caso de adjudicación, así como el origen de los fondos o recursos económicos que proyectaran utilizar para la ejecución de aquel.

  De acuerdo con lo anterior, CSS Constructores S.A. incluyó en su oferta un documento suscrito por su Representante Legal (Anexo 6), en el que declara, bajo la gravedad de juramento, que "*las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo serán beneficiarias en caso de resultar adjudicatario del futuro contrato de concesión*", son el señor Carlos Alberto Solarte Solarte y la señora Nelly Daza de Solarte. En el mismo documento y en el de "*carencia de informes por tráfico de estupefacientes*", se informa que los principales accionistas de dicha sociedad son las personas naturales mencionadas, con un participación del 51.93% para el primero, y del 25% para la segunda.

  Igualmente, se afirma que, en ese momento, CSS Constructores S.A. tenía registrada una situación de control sobre las sociedades Autovía Neiva Girardot S.A.S., Comercializadora Integral Vial S.A.S. y Concesionario Loboguerrero Buga S.A.S.

  Finalmente, se sostiene que el origen de los recursos de la firma oferente provienen del desarrollo de su objeto social, por las actividades de los códigos CIIU[132] 4290 – 4293 – 4210.

  Dado que el contrato se suscribió con la sociedad Operadora Portuaria Aeropuerto Matecaña S.A.S., constituida por CSS Constructores S.A., en la cláusula primera de dicho documento, numeral 1.2., se estipuló que para todos los efectos del contrato, cuando se haga referencia al "Beneficiario Real del Concesionario", la respectiva estipulación se entenderá aplicable también a los beneficiarios reales de los accionistas del concesionario, es decir, de CSS Constructores S.A.

- **Pacto de transparencia.** En el pliego de condiciones se incluyó, como Anexo Nº 7, una minuta de "Pacto de Transparencia", que los proponentes podían suscribir voluntariamente y remitir con su oferta.

  En la propuesta presentada por CSS Constructores S.A., se incluyó efectivamente el "Pacto de Transparencia", suscrito por el Representante Legal de dicha firma, en el cual se asumieron los siguientes compromisos, entre otros:

132 Clasificación Industrial Internacional Uniforme.

"c) No incurrir en faltas a la verdad en los documentos o requisitos exigidos en el Proceso de Selección.

(…)

g) No hacer arreglos previos, concomitantes o posteriores al proceso de selección, con los estructuradores del proceso para tratar de conocer, influenciar o manipular la información del Proyecto y presentar la respectiva Propuesta.

h) No hacer arreglos previos, concomitantes o posteriores al proceso de selección, con otros Precalificados para tratar de influenciar o manipular los resultados de la Adjudicación.

(…)

p) No ofrecer trabajo en caso de ser Adjudicatario, a ningún funcionario público o contratista o estructurador, vinculado al AIM ni a sus familiares en primer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, a partir de la Adjudicación o con ocasión de la misma, y hasta DOS (2) años siguientes a la suscripción del Contrato, sin perjuicio del régimen de conflictos de intereses y de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Constitución y en la Ley.

q) Suscribir con mis empleados, proveedores y subcontratistas relacionados con el Proyecto, un pacto ético de conducta que garantice la probidad y transparencia de las actuaciones de todos los involucrados en la preparación de la Propuesta y en la ejecución del Contrato el cual allegaremos con la presentación de la propuesta.

r) No ofrecer gratificaciones o atenciones en dinero o en especie, ni financiar, patrocinar, auspiciar o promover directa o indirectamente fiestas, recepciones, homenajes o cualquier tipo de atenciones sociales a funcionarios públicos o contratistas del Estado, durante el Proceso de Selección ni durante la ejecución del contrato.

s) No contratar, no ofrecer dadivas (sic) o gratificaciones a personas con alta capacidad de influencia política o mediática, con el objeto de obtener citas o influir o presionar las decisiones que el AIM tome al respecto. El AIM siempre se manifestará sobre las inquietudes relacionadas con el Proceso de Selección por los canales definidos en los documentos del Proceso.

t) No contratar ni ofrecer dadivas (sic) o gratificaciones o contratos a servidores del AIM, o del equipo estructurador con el fin de tener asesoramiento o acceso a información privilegiada, relacionada con el Proceso de Selección.

u) En caso de presentarse alguna queja o denuncia sobre la ocurrencia de un acto de corrupción durante el proceso de Selección o con cargo al Contrato, dar conocimiento

al AIM y a las autoridades competentes de tal situación y del conocimiento que tenga sobre posibles pagos relacionados.

v) Denunciar de manera inmediata ante las autoridades competentes cualquier ofrecimiento, favores, dádivas prerrogativas, recompensas o gratificaciones o cualquier atención social, efectuadas por Precalificados a funcionarios públicos o a sus asesores que estén directa o indirectamente involucrados en la estructuración, manejo y decisiones del Proceso de Selección, de manera previa, concomitante o posterior al mismo, que puedan ser interpretadas como efectuadas con la intención de inducir alguna decisión relacionada con la Adjudicación".

- **Veedurías ciudadanas.** Mediante el numeral 1.15 del pliego de condiciones, el AIM convocó a las veedurías ciudadanas para que ejercieran el control social de la licitación pública, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la Ley 80 de 1993.

- **"*Integridad de los participantes y respeto*"**. En el numeral 1.13 de los pliegos de condiciones, intitulado de la forma que se acaba de expresar, se incluyó la siguiente obligación para los participantes, que igualmente quedó incorporada en el contrato de concesión: *"… en el evento de conocerse casos especiales de corrupción, deberán reportar el hecho a la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República… pudiendo hacer uso para el efecto del Mecanismo de Denuncias de Alto Nivel…*" (sub-numeral 1.13.3).

- **Contrato de fiducia y patrimonio autónomo.** Conforme a lo ordenado por la Ley 1508 de 2012, tanto en el pliego de condiciones como en el contrato de concesión se establece que la totalidad de los recursos involucrados en la ejecución del proyecto y en el cumplimiento del contrato serán manejados por un patrimonio autónomo, administrado por una sociedad fiduciaria.

  Esto incluye tanto los ingresos que se ceden al contratista en virtud del contrato de concesión y que se clasifican en ingresos regulados (tasas aeroportuarias, entre otras) e ingresos no regulados (cánones de arrendamiento etc.), como los gastos y desembolsos que deban hacerse con cargo a dichos recursos, los cuales incluyen la retribución del contratista, la compensación a favor de la entidad concedente y los necesarios para ejecutar el proyecto de ampliación, modernización, mantenimiento y operación del Aeropuerto Matecaña.

  En la cláusula tercera del contrato se estipula que la constitución de dicho fideicomiso y el fondeo de algunas de sus subcuentas, constituyen, junto con otros requisitos, condiciones previas para iniciar la ejecución del contrato.

  En el capítulo IV del contrato de concesión se establecen las condiciones mínimas en las que debe suscribirse el contrato de fiducia mercantil para el manejo del patrimonio autónomo, por parte del concesionario. Entre otras cosas, se expresa que dicho contrato no podrá ser revocado por el concesionario ni por la fiduciaria, y que no puede modificarse ni terminarse sin la autorización previa y expresa del AIM.

- **Acuerdo de garantía**. Dado que el contrato fue suscrito y será ejecutado por una sociedad distinta de la que presentó la oferta seleccionada y a la cual se le adjudicó el contrato, es decir, CSS Constructores S.A., esta última incluyó en su propuesta, según lo exigido en los pliegos, un "Acuerdo de Garantía" (Anexo 3), en virtud del cual dicha compañía "*se obliga con el Aeropuerto Internacional Matecaña a responder de manera irrevocable y no subordinada, es decir, sin beneficio de excusión, por el cumplimiento de*" la obligación, a cargo del contratista, de realizar "*Giros de Equity*"[133]. Es necesario aclarar que, conforme a lo estipulado en el contrato de concesión (cláusulas primera, numeral 1.71, y decimosexta), tales giros se refieren a aportes de capital que los socios del concesionario se obligan a entregar al patrimonio autónomo, en las cuantías y dentro de los plazos señalados en la respectiva estructura financiera.

- **Manual de buen gobierno corporativo**. En el numeral 22º de la cláusula 60ª del contrato de concesión, se pactó que el contratista estaría obligado a entregar varios documentos, dentro de los 90 días siguientes al acta de inicio, para su revisión por parte de la concedente y del interventor, entre los cuales se destaca un manual de buen gobierno corporativo. Dentro de los aspectos que debe contener este manual, la Sala resalta los siguientes:

  - La divulgación pública de la información corporativa del concesionario en un portal de Internet.

  - La integración de un comité de auditoría, que estará integrado por los miembros independientes de la junta directiva del contratista, y de un "comité de gobierno corporativo", el cual estará encargado del seguimiento y aplicación efectiva de los requisitos de gobierno corporativo.

  - La divulgación del Código de Gobierno Corporativo que adopte el concesionario.

  - La revelación de los procedimientos de contratación que adopte el contratista, de acuerdo con los principios de economía, transparencia y buena fe, así como la implementación de "*medidas concretas para prevenir prácticas anticorrupción* (sic) *pública y/o privada*".

  - La adopción de mecanismos para facilitar la prevención y el manejo de los conflictos de interés, incluyendo la conformación de un comité directivo con al menos un director independiente.

  - El establecimiento de un procedimiento para la selección de los miembros de su junta directiva, que incluya, por lo menos, un 25% de miembros independientes.

133 Sobre la responsabilidad de la sociedad oferente y adjudicataria frente a la entidad estatal, ver la nota de pie de página Nº 89.

- La obligatoriedad del manual de gobierno corporativo, con indicadores para establecer su cumplimiento, y las respectivas sanciones.

- **Plan para prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.** En la misma cláusula se estipula que el concesionario estará obligado a elaborar y entregar a la entidad concedente y al interventor un "*plan para implementar, desarrollar y ejecutar acciones preventivas para evitar que cualquier persona natural o jurídica utilice a las entidades públicas o privadas que participen dentro del Proyecto, como instrumento para el lavado de activos y/o canalización de recursos hacia la financiación del terrorismo y/o actos de corrupción… Este plan será aplicado por el Concesionario durante todo el plazo de la Concesión*".

- **Supervisión de la ejecución del contrato. Interventor y supervisor del contrato. Auditor externo del fideicomiso.** Tanto en los pliegos de condiciones (numeral 8º) como en el contrato, está previsto que la ejecución del mismo será supervisada por una interventoría y por un supervisor, en los términos señalados en la Ley 1474 de 2011[134]. La interventoría comprenderá los aspectos técnicos, jurídicos, operativos, financieros, contables, tributarios y ambientales de la concesión. El supervisor, por su parte, quien podrá ser una persona natural o jurídica, tendrá a su cargo, adicionalmente, vigilar el cumplimiento del contrato de interventoría (cláusula primera, numeral 1.46).

  La suscripción del contrato de interventoría constituye una de las condiciones previas para el inicio de la ejecución del contrato de concesión.

  Tanto el interventor como el supervisor están facultados para solicitar la información que requieran, no solamente a la sociedad concesionaria, sino también a la fiduciaria, en relación con los fondos y activos que deben conformar el patrimonio autónomo.

  Adicionalmente, debe señalarse que la fiduciaria que sea contratada por el concesionario para constituir y administrar el patrimonio autónomo, debe contratar una auditoría con una firma especializada que tenga experiencia internacional, para que ejerza la vigilancia y el control sobre dicho negocio fiduciario.

- **Obligación de suministro de información**. En el numeral 5.7 de los pliegos de condiciones, se establece expresamente que el AIM tendrá derecho a verificar integralmente la "*autenticidad, exactitud y coherencia*" de la información que entreguen los oferentes, pudiendo acudir directamente a las personas o entidades de las que provenga dicha información. Asimismo, se previó allí que la entidad concedente podía, en cualquier momento de la licitación, solicitar a los proponentes que complementaran, subsanaran o aclararan la información que entregasen.

134 *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".*

En la carta de presentación de la oferta, el Representante Legal de CSS Constructores S.A. declaró que la información que suministraba en ese documento y en sus anexos era verídica, y que se obligaba a suministrar cualquier información adicional requerida por la entidad licitante para la adecuada revisión de la propuesta.

Adicionalmente, en el contrato se estipula que el concesionario está obligado a suministrar periódicamente la información prevista en dicho documento y en sus apéndices, en las fechas estipuladas, en los formatos definidos y utilizando los sistemas de información que la concedente señale. Para estos efectos, "*el Concesionario renuncia frente a AIM a oponer cualquier tipo de reserva documental contable y/o financiera, impresa o magnética, que tenga relación con el presente Contrato*" (cláusula 60ª, numeral 6º).

En el mismo sentido, en la carta de presentación de la oferta, que forma parte integrante del contrato, el proponente se comprometió a suministrar la información que le sea solicitada por el AIM o la interventoría, dentro de los plazos que para el efecto se establezcan.

El incumplimiento de los plazos pactados o fijados por la entidad concedente para el suministro de la información, faculta a esta para imponerle al contratista multas diarias sucesivas, así como declarar la caducidad del contrato, después de cierto plazo, con observancia del procedimiento previsto en la cláusula 67ª.

Además, el concesionario debe pactar en el contrato de fiducia mercantil que la sociedad fiduciaria estará obligada a suministrar a la entidad concedente y a la interventoría la información que estas le soliciten, y se obliga a procurar que dicha fiduciaria efectivamente entregue la información que se le pida.

- **Cierre financiero.** De acuerdo con lo previsto en el contrato (cláusula duodécima) y en el "*Apéndice 1, Parte Especial*" (numeral 4.2), el contratista se obliga a acreditar la obtención del cierre financiero dentro de los seis (6) meses siguientes a la suscripción del acta de inicio del contrato. Si no lo consigue, la entidad concedente puede aplicarle multas diarias por el valor equivalente a setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes (*Apéndice*… numeral 6.1.12). Adicionalmente, una vez transcurrido cierto tiempo, sin que el concesionario haya logrado el cierre financiero, el AIM podría declarar la caducidad del contrato, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 67ª.

  El cierre financiero se debe acreditar mediante la entrega a la entidad contratante de los documentos que acrediten el otorgamiento de préstamos bancarios, la realización de emisiones en el mercado de capitales y la obtención de recursos de fondos de capital privado nacionales o extranjeros, por el monto exigido en el "*Apéndice 1…*" (numeral 4.2.2).

- **Identificación y asignación de riesgos.** En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 30, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 220 del Decreto Ley 019 de 2012[135]), 4º de la Ley 1150 de 2007 y 11, numeral 5º, de la Ley 1508 de 2012, entre otras normas, el 17 de marzo de 2016 se realizó la audiencia de revisión y asignación de los riesgos relacionados con este proyecto de asociación público privada.

  Con base en lo acordado en dicha audiencia y lo consignado en el acta respectiva, se incluyó en el contrato un capítulo (el XV) para referirse a la ecuación financiera o económica del contrato y la distribución de riesgos. Vale la pena destacar que, sobre la relación entre las obligaciones y los riesgos asignados a cada parte, y el equilibrio económico del contrato, en dicho capítulo se estipula que "*las reglas relativas a asignación de riesgos a que se refiere este contrato deben ser entendidas como elementos centrales de interpretación del alcance de cada una de las obligaciones de las Partes bajo este contrato*".

  Entre otros riesgos, se asignaron expresamente al contratista el de liquidez y el de financiación del proyecto. Este último incluye la imposibilidad de alcanzar el cierre financiero y el incremento en los costos del financiamiento que pueda ocurrir durante la ejecución del contrato, por razones de mercado.

- **Indemnidad de la entidad contratante**. En la cláusula 82ª del contrato, se pactó que el concesionario debe mantener indemne a la entidad concedente de cualquier reclamación proveniente de terceros, que se derive de sus actuaciones o de las actuaciones de sus subcontratistas o dependientes.

- **Declaraciones sobre ausencia de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.** Tanto en la carta de presentación de la oferta como en el contrato, el oferente y el concesionario declararon que en las respectivas fechas (4 de noviembre de 2016 y 17 de abril de 2017) no se encontraban incursos en causal alguna de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, de las previstas en la Constitución y en la ley. Asimismo, en la carta de presentación de la oferta, el entonces proponente manifestó que no incurría en conflictos de interés, conforme a lo previsto en la respectiva invitación a precalificar.

- **Mecanismos de cobertura de riesgos. Garantía única de cumplimiento**. Tanto en el pliego de condiciones como en el texto del contrato se establece que el contratista estará obligado a otorgar varias garantías, para cubrir los riesgos que allí se señalan. Entre estas se destaca la garantía única de cumplimiento que debe ser entregada por el concesionario y aprobada por la entidad contratante en las condiciones previstas en el sub-numeral 7.1 del "*Apéndice 1, Parte Especial*", esto es, por el 10% del valor total del contrato y con una duración equivalente a la vigencia de este y dos meses más (u ocho meses más, si se trata de garantía bancaria).

135 *"Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".*

Vale la pena aclarar que la aprobación de las garantías, por parte del AIM, es otra de las condiciones previstas para que pueda iniciarse la ejecución del contrato.

- **"Toma de posesión del proyecto" por parte de los prestamistas.** En la cláusula decimoquinta del contrato se estipula que los prestamistas tendrán la facultad de "tomar posesión del proyecto", cuando el concesionario incumpla con sus obligaciones financieras frente a ellos, o cuando el AIM le notifique que el concesionario ha incurrido en un incumplimiento grave o en otra causal que faculte a la entidad concedente para declarar: (i) la caducidad del contrato, o (ii) la terminación unilateral, salvo por la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993[136].

  La "toma de posesión" puede materializarse en cada caso, a juicio de los prestamistas, de dos maneras distintas: *(i)* obteniendo la cesión del contrato a su favor, o a favor de quien ellos designen, o *(ii)* cambiando a los accionistas del concesionario. En ambos casos, sin embargo, se requiere la aprobación previa de la entidad contratante.

3. Recomendaciones de la Sala

Es necesario partir de que el proceso de selección que dio origen a esta consulta se encuentra completamente ejecutado, al haber quedado en firme el acto administrativo de adjudicación expedido por el Aeropuerto Internacional Matecaña, en favor de CSS Construcciones S.A. Igualmente, el contrato de concesión respectivo se encuentra perfeccionado, al haberse suscrito el documento respectivo con la Operadora Portuaria Aeropuerto Matecaña S.A.S. el pasado 17 de abril.

En esa medida, algunas de las recomendaciones que formulará en este acápite no podrían implementarse directa y unilateralmente por la entidad concedente, a menos que hiciera uso de su potestad exorbitante de modificación unilateral del contrato prevista en la ley y reconocida expresamente en el mismo contrato (cláusulas 69, literal a., y 110), siempre y cuando se den los supuestos de hecho y los motivos señalados en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993[137]. Por lo tanto, dichas sugerencias deben ser evaluadas por el AIM, con el fin de proponer al contratista los cambios que deberían ser incorporados en el texto del contrato, o en otros documentos.

El asunto de la modificación de los contratos estatales, fue estudiado por la Sala a profundidad en el concepto 2263 de 2016[138], razón por la cual remitimos a lo explicado en dicho documento.

136 "Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga".

137 *"Artículo 16. De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo".*

138 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2263 del 17 de marzo de 2016.

En todo caso, vale la pena reiterar que, aunque las disposiciones del pliego de condiciones, que debe incluir la minuta del contrato a celebrar, son obligatorias para todos los participantes en el proceso de selección y no pueden ser modificadas después de vencido el plazo para presentar las ofertas, esta regla no es absoluta, pues la jurisprudencia admite que las cláusulas incorporadas en la minuta de contrato que haya formado parte de los pliegos pueden ser reformadas o adicionadas excepcionalmente, al momento de suscribir el contrato adjudicado (o después), cuando esto resulte necesario para solucionar circunstancias sobrevinientes y no imputables a la entidad contratante ni al adjudicatario que, de no superarse o corregirse, podrían impedir o dificultar el cumplimiento del fin del contrato, siempre que se respeten los principios generales de la contratación estatal y los derechos esenciales de las partes[139].

Asimismo, resalta la Sala que cualquier modificación que se haga a un contrato estatal debe respetar los principios generales de la función pública (artículo 209 de la Constitución Política) y los principios de la contratación estatal, señalados en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. En esa medida, tales variaciones no pueden hacerse con la finalidad ni con el efecto de desproteger los derechos e intereses del Estado, representado por la entidad pública contratante, ni pueden vulnerar los derechos de los proponentes y demás participantes en el proceso de selección.

Por lo tanto, la Sala entiende que los cambios o ajustes a los contratos estatales que reúnan las siguientes condiciones pueden ser realizados válidamente, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y dando primacía al fin del contrato: (i) que resulten necesarios para la adecuada ejecución del contrato y el logro de la finalidad perseguida con el mismo, debido a hechos sobrevinientes y no previstos al momento de su celebración; (ii) que mejoren o amplíen la protección de los derechos, activos e intereses del Estado, sin generar un desequilibrio económico en contra del contratista; (iii) que no resulten contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres; (iv) que no modifiquen sustancialmente las condiciones esenciales del proceso de contratación y del contrato a celebrar, tales como el objeto principal del contrato (o "núcleo del objeto"), los factores de evaluación y selección, la clase o modalidad del contrato, etc., y (iv) que no supongan para el contratista una situación más ventajosa de la que tenía frente a los otros interesados (por ejemplo, los precalificados) y oferentes durante el proceso de contratación. Esta última situación podría darse si pudiera inferirse razonablemente que la modificación contractual que se pretenda efectuar, de haberse hecho durante el proceso de selección, hubiera implicado la participación de oferentes adicionales, o una variación en las condiciones de participación de los proponentes y/o en el orden de elegibilidad de sus ofertas, en relación con la que se tuvo en cuenta para la adjudicación.

139 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente Nº 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779). En esta providencia se explicó lo siguiente:
"Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario". (Subrayamos).

De acuerdo con lo expresado por la Sala en este concepto y en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, y luego de revisar la información y los documentos enviados por el Aeropuerto Internacional Matecaña, nos permitimos formular las siguientes recomendaciones:

1) La entidad concedente, en forma directa y por intermedio de la interventoría y del supervisor, debe hacer un seguimiento diario de la información que se publique sobre las investigaciones penales o administrativas (fiscales y disciplinarias) que se llevan a cabo o se inicien en relación con el contrato de concesión de la Ruta del Sol, Sector II, con el contrato para la construcción del conector entre el Río Tunjuelito y la Planta de Canoas, en la ciudad de Bogotá, y, en general, con cualquier otro contrato o negocio en el que haya participado o participe la sociedad CSS Constructores S.A., CAS Constructores S.A.S., cualquiera de sus matrices o subordinadas, o en el que tengan intereses económicos las personas naturales que en el presente contrato tienen la calidad de beneficiarios reales. Con base en dicho seguimiento, deben solicitar directamente a la firma concesionaria, a la adjudicataria y a las autoridades correspondientes las confirmaciones o explicaciones que se requieran, con el fin de detectar oportunamente situaciones que puedan implicar una inhabilidad sobreviniente, un incremento en los riesgos o un aumento en la posibilidad de incumplimiento por parte del concesionario, tal como quedó previsto en el pliego de condiciones (numeral 5.7), en la oferta presentada por la firma adjudicataria y en el contrato. Vale la pena recordar que en este último documento se estipuló que "*el Concesionario renuncia frente a AIM a oponer cualquier tipo de reserva documental contable y/o financiera, impresa o magnética, que tenga relación con el presente Contrato*" (cláusula 60ª, numeral 6º), en referencia a la información que el contratista debe enviar periódicamente a la entidad contratante.

   Sin embargo, dado que los derechos a la intimidad y al habeas data de las personas involucradas, así como ciertas normas legales, pueden significar una limitación importante para el acceso a este tipo de información por parte del AIM y de la interventoría, con excepción de aquella que se reporte en registros o bases de datos de uso público, un mecanismo que podría utilizarse para superar estas restricciones consistiría en obtener la autorización expresa y por escrito de las personas jurídicas y naturales concernidas (incluyendo los beneficiarios reales), para solicitar la información que sobre ellas tengan las autoridades competentes (entre estas, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Agencia Nacional de Infraestructura [ANI] y el Instituto Nacional de Vías, Invías).

2) Dado que el contrato de concesión no se celebró con la misma compañía proponente que fue seleccionada y a la cual se le adjudicó dicho negocio, sino con una sociedad de objeto exclusivo constituida por aquella ("*SPV*"), la Sala considera que, independientemente de la legalidad del mecanismo utilizado para la suscripción del contrato de concesión previsto en los pliegos de condiciones[140], el Aeropuerto

140 A este respecto, la Sala considera que, salvo que la ley disponga lo contrario en forma expresa, los contratos estatales deben suscribirse con la misma persona natural o jurídica a la cual se le hayan adjudicado, luego de surtido el proceso de selección respectivo (mediante licitación pública o de otra forma). De no ser así, además de la posible ilegalidad que afectaría al contrato, podrían incumplirse los requisitos habilitantes y ponderables que se hayan exigido a los oferentes en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tales como las condiciones jurídicas,

Internacional Matecaña y la interventoría deben verificar permanentemente que la firma concesionaria mantenga, durante toda la vigencia del contrato, las mismas condiciones y cumpla los mismos requisitos exigidos a los proponentes y, en particular, los requisitos habilitantes y ponderables que se tuvieron en cuenta para adjudicar el contrato a la firma CSS Constructores S.A.

3) El supervisor del contrato y la interventoría deben vigilar de manera estricta, permanente y cercana la ejecución del contrato de concesión, solicitando la información que resulte necesaria al contratista e informando a las directivas del AIM sobre cualquier situación irregular o anómala que se presente durante la ejecución del contrato, sea que constituya o no un incumplimiento.

En relación con los documentos mencionados en el numeral 22º de la cláusula sexagésima (60ª) del contrato, entre ellos el manual de buen gobierno corporativo y el plan para la prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo, esta supervisión debe garantizar, no solamente que se adopten y se publiquen tales documentos, sino también que los mecanismos previstos en los mismos se implementen y funcionen efectivamente, y que los compromisos asumidos por el concesionario se cumplan.

4) Adicionalmente, la Sala considera que debería proponerse al concesionario la realización de los siguientes ajustes al contrato, los cuales, a nuestro juicio, no afectan sustancialmente la minuta de contrato que fue incorporada en los pliegos de condiciones, ni otras disposiciones del mismo pliego:

4.1 Caducidad. La cláusula 67º del contrato de concesión se refiere a la caducidad del contrato, que podrá ser declarada por la entidad concedente cuando el concesionario incurra en un incumplimiento "*que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo*". Para tal efecto, en la citada cláusula se enuncian algunas situaciones que las dos partes, de común acuerdo, han considerado como incumplimientos que afectan grave y directamente la ejecución del contrato, y que pueden dar lugar a su paralización.

A este respecto, la Sala estima que existen dos situaciones adicionales que, por su gravedad e incidencia, merecerían este calificativo y que, por lo tanto, en el evento de presentarse, deberían dar lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, a saber: *(i)* si llegare a demostrarse que es falsa, inexacta o contraria a la realidad

financieras y administrativas o los requisitos de experiencia que deben acreditar dichas personas, y podría propiciarse también la evasión al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en lo atinente a las inhabilidades sobrevinientes, pues las inhabilidades e incompatibilidades que llegaren a afectar al oferente y adjudicatario (como socio de la sociedad contratista), durante la ejecución del contrato celebrado, no podrían extenderse, en principio, al contratista, salvo en algunos casos (por ej., en la causal del art. 8º, numeral 1º, literal j, de la Ley 80 de 1993), por tratarse de personas diferentes.
En todo caso, la Sala considera que, conforme a la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, el oferente adjudicatario, en tales situaciones, mantendría una responsabilidad solidaria con el contratista por el incumplimiento del respectivo contrato estatal. En este sentido se pronunció la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 1 de agosto de 2016 (exp. 29204), y la Sala de Consulta y Servicio Civil, en los conceptos 1283, del 4 de septiembre de 2000, y 1346, del 17 de mayo de 2001. A juicio de la Sala, lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1682 de 2013, en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas que ejecuten proyectos de infraestructura por el esquema de asociación público privada, no desvirtuaría las conclusiones anteriores, por cuanto dicha norma es general, mientras que el parágrafo tercero del artículo 7º de la Ley 80 de 1993 se refiere, en particular, a la responsabilidad de las *"sociedades"* que se conformen *"con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal"* (sociedades de objeto exclusivo).

cualquier información suministrada por el concesionario o por el oferente, aun antes de la celebración del contrato, en relación con su situación jurídica o financiera, o con la situación jurídica de los beneficiarios reales del contrato, y *(ii)* si el concesionario no lograre el cierre financiero del proyecto en determinado tiempo, contado a partir del plazo previsto para ello en el "*Apéndice 1, Parte Especial*".

Sobre este último punto, se aclara que aun cuando la falta de obtención oportuna del cierre financiero podría dar lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, de acuerdo con las estipulaciones actuales, esta decisión solo podría adoptarse, una vez vencido el término para el cumplimiento de dicha obligación, luego de que el AIM otorgue al concesionario un plazo de gracia para superar el incumplimiento (denominado "*Plazo de Cura*"), y posteriormente le imponga multas sucesivas durante cierto tiempo, o cuando se alcance el límite máximo de multas indicado en el "*Apéndice 1…*". Sin embargo, esta solución no resulta plenamente satisfactoria, a juicio de la Sala, debido a que, en primer lugar, al revisar los citados documentos no queda completamente claro cuál es el plazo máximo que tendría el concesionario para corregir el incumplimiento derivado de la falta de obtención del cierre financiero[141] y, en segundo lugar, a que el cumplimiento de esta obligación es tan importante para la ejecución del contrato, que debería estar sujeta a un término preciso, independientemente de si hay lugar o no a aplicar multas, o de si estas se imponen durante cierto tiempo o alcanzan determinado valor acumulado.

En efecto, debe recordarse que, según el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, aplicable, como se indicó, a este tipo de contratos, las entidades estatales pueden declarar la caducidad del contrato cuando se presente un "*incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización*". En consecuencia, como lo ha manifestado la jurisprudencia[142], las normas de los pliegos de condiciones o las estipulaciones contractuales no pueden restringir, limitar o condicionar la potestad que tienen las entidades públicas para declarar la caducidad del contrato, cuando se presente un incumplimiento del contratista que tenga las características anotadas, siempre que se lleve a cabo un procedimiento que respete el debido proceso y el derecho a la defensa del contratista, tal como lo dispone el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y que la decisión se consigne en un acto debidamente motivado y notificado a la parte afectada.

Por lo tanto, siendo evidente que la falta de obtención del cierre financiero constituiría un incumplimiento del concesionario que afectaría de manera grave y directa la ejecución del contrato y conduciría a su paralización, la cláusula del contrato que se refiere a la caducidad no podría interpretarse y aplicarse en un sentido que constituya limitación o condicionamiento a la potestad que el AIM

141 El contrato remite, en este punto, al *"Apéndice 1, Parte Especial"*. En el sub-numeral 6.1.12 de este último documento, se lee: *"Para efectos de lo señalado en la Sección 12.2.d) del Contrato, el término máximo contado desde la expiración del Plazo de Cura es de noventa (90) días"*. Sin embargo, al revisar el contrato, se observa que este carece de "Sección 12", y que la cláusula 12, la cual se refiere efectivamente al cierre financiero, no tiene numeral 2º. Por su parte, el capítulo XII del contrato, que regula las sanciones y esquemas de apremio, tampoco tiene un numeral 2.d).

142 A este respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 22 de octubre de 2012 (expediente 20738), 24 de octubre de 2013 (expediente 24697) y 27 de enero de 2016 (expediente 34024).

tiene para declarar la caducidad, en el evento de que el concesionario incumpla su obligación de alcanzar el cierre financiero dentro del plazo convenido, pues, de esa forma, dicha estipulación contractual resultaría ilegal. En esa medida, sería recomendable aclarar en el texto del contrato de concesión que el incumplimiento de la citada obligación faculta a la entidad contratante para declarar la caducidad del contrato, sin necesidad de otorgar previamente plazos de gracia y/o aplicar multas al contratista.

4.2. Cesión del contrato ante una eventual inhabilidad sobreviniente. Partiendo de la posibilidad de que, durante la ejecución del contrato, el concesionario llegue a incurrir en una inhabilidad sobreviniente, la Sala considera que las partes podrían convenir e incluir en el contrato algunas reglas para facilitar y agilizar dicha cesión, y al mismo tiempo, dotarla de mayor transparencia y objetividad.

A este respecto, recuerda la Sala que, conforme al artículo 9º, inciso primero, de la Ley 80 de 1993, "*[s]i llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución*".

Sin embargo, se observa que tal disposición no establece el procedimiento para efectuar dicha cesión (más allá del requisito de que tal operación sea autorizada, por escrito, por la entidad concedente) ni las condiciones o calidades que deben tener las personas naturales o jurídicas a las cuales se haga la cesión. Por lo tanto, la Sala entiende que tales aspectos podrían ser objeto de una regulación contractual, sujetándose a las normas que resulten aplicables (por ejemplo, que el cesionario no puede estar incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad para contratar) y, en todo caso, a los principios generales de la contratación estatal y de la administración pública.

Tal estipulación tendría por finalidad la de facilitar, agilizar y dotar de mayor claridad y transparencia a este mecanismo, con el fin de permitir que, en el evento de sobrevenir una inhabilidad al concesionario, el contrato y el proyecto respectivo puedan continuarse hasta su terminación, con otro contratista independiente. A este respecto, podría pactarse, por ejemplo: *(i)* Que exista una lista actualizada de las firmas que podrían actuar como cesionarias del contrato en cada una de las etapas del mismo, de la cual tendría que excluirse, por razones de transparencia, a la sociedad adjudicataria, a los beneficiarios reales del contrato y a las personas naturales o jurídicas que tengan alguna relación jurídica o económica con cualquiera de las anteriores (en calidad de matriz, de subsidiarias, de subsidiarias de la misma matriz, entre otras). Esta lista podría elaborarse y actualizarse por parte del AIM, en conjunto con la interventoría y los prestamistas o financiadores del proyecto. *(ii)* Que se aplique a la cesión del contrato por esta causal (inhabilidad sobreviniente), en lo que sea pertinente, el mismo procedimiento estipulado en el contrato para cuando la cesión es solicitada por los prestamistas como "toma de posesión del proyecto", es decir, cuando se presente un incumplimiento grave del contratista u otra situación que permita a la entidad concedente declarar la

caducidad o la terminación unilateral del contrato (cláusula 15ª), con los requisitos establecidos en la cláusula 105ª ("*Cesión*").

4.3. Cláusula de indemnidad. Considera la Sala que sería factible y conveniente para los intereses del AIM ampliar el alcance de la indemnidad pactada a su favor en la cláusula 82ª del contrato de concesión, con el fin de que dicha indemnidad cubra, no solamente las reclamaciones provenientes de terceros que se originen en actuaciones del concesionario, de sus subcontratistas o de sus dependientes, como está previsto actualmente, sino también aquellas que se originen en actuaciones de la adjudicataria y accionista mayoritaria del concesionario, es decir, la sociedad CSS Constructores S.A., o de los socios de esta, realizadas, incluso, antes de la apertura del proceso de selección que dio origen a este contrato.

4.4. Cláusula de asignación de riesgos al concesionario. La cláusula 77ª del contrato de concesión describe los riesgos que fueron asignados al concesionario, de acuerdo con la "matriz de riesgos" incorporada en los pliegos de condiciones y lo definido en la audiencia realizada el 17 de marzo de 2016. Entre tales riesgos está el relacionado con "*los efectos favorables o desfavorables de la obtención y/o alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las variables del mercado…*" (se resalta). Si bien es claro que este riesgo debe mantenerse en cabeza del contratista, la Sala considera que debería ampliarse la gama de motivos que pueden incidir en el aumento del costo de financiación del proyecto, incluyendo especialmente el incremento en el riesgo reputacional o en el riesgo legal del concesionario, tal como lo explicó la Sala en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, así como por cualquier otra circunstancia.

5. Garantía única de cumplimiento. En primer lugar, observa la Sala que ni en los pliegos de condiciones, ni en la oferta, ni en el contrato, ni en el "*Apéndice 1…*", ni en otro documento que se nos haya enviado, existe norma o estipulación alguna que permita al Aeropuerto Internacional Matecaña exigir al concesionario un aumento en el valor o en la cobertura de la garantía única de cumplimiento, cuando se presenten, durante la ejecución del contrato, circunstancias que impliquen un incremento en el riesgo de incumplimiento por parte del contratista.

Sin embargo, debe recordarse que, en los conceptos 2260 y 2264, la Sala manifestó a este respecto:

> "*La Sala estima que el estado del riesgo no se debe alterar en todas las etapas de la actividad contractual, por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 80 de 1993:*
>
> > "Artículo 27. En los contratos estatales se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, ordenando que si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento".

En tal virtud, si las condiciones del riesgo financiero han cambiado entre el inicio del proceso contractual y la adjudicación, o entre esta y el perfeccionamiento del contrato o durante la ejecución del mismo, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes a juicio de la entidad estatal contratante". (Destacamos).

Por lo tanto, si se presentare una situación sobreviniente a la celebración del contrato de concesión, que modificare en grado importante la distribución de los riesgos asignados, aumentando las posibilidades de incumplimiento por parte del contratista o de que este pueda incurrir en una inhabilidad sobreviniente, como, por ejemplo, la vinculación de los beneficiarios reales del proyecto, o del representante legal de la firma concesionaria o de su principal accionista a una investigación penal, en relación con presuntos delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, o que estén relacionados con su actividad contractual, dentro o fuera del país, la entidad concedente podría exigir al concesionario un incremento en el valor o en la cobertura de esta garantía.

Otra alternativa sería la de estipular expresamente en el contrato la facultad del AIM de exigir al concesionario el incremento o la ampliación de la garantía única de cumplimiento, dentro de los límites y por las circunstancias que se establezcan de manera explícita en la respectiva cláusula.

6. **Estructura financiera - "Giros de Equity"**. Finalmente, la entidad concedente también podría proponer al concesionario que se revise la estructura financiera del proyecto, con el fin de aumentar y/o acelerar el aporte de recursos de capital al patrimonio autónomo, por parte de la sociedad contratista o sus accionistas ("*Giros de Equity*"), con el fin de disminuir el riesgo de incumplimiento en el cierre financiero, aminorar el riesgo financiero y, por lo tanto, reducir la posibilidad de un incumplimiento general del contrato por parte del concesionario.

En atención a las consideraciones anteriores,

III. La Sala responde:

1. *En cuanto a la situación explicada en precedencia, sobre las actuaciones ejercidas por la empresa adjudicataria CSS CONSTRUCTORES S.A. –con antelación a ostentar la calidad de adjudicataria frente a la entidad pública AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA-, se deberá cumplir con la obligación de suscribir el contrato de concesión con la mencionada adjudicataria, resaltando que ocupó el primer lugar de elegibilidad atendiendo las normas que regulan este tipo de contratación, no obstante considerar el evento, que sus socios llegaren a ser vinculados penalmente por la celebración de contratos en el pasado con la empresa Odebrecht?*

2. *En consideración a las investigaciones que recaen sobre la firma Odebrecht y bajo el entendido de ser ajenas al proceso licitatorio desarrollado por el Aeropuerto Internacional Matecaña, se presenta viabilidad legal para continuar con el*

mencionado proceso contractual, o por el contrario, ¿dicho establecimiento público debe sustraerse atendiendo posibles riesgos en las resultas de investigaciones penales y/o administrativas relacionadas con la firma brasilera?

La Sala se abstendrá de responder estas preguntas, dado que el contrato de concesión al cual se refieren fue suscrito por el Aeropuerto Internacional Matecaña el 17 de abril de 2017, es decir, incluso antes de que se presentara la consulta que se atiende mediante este concepto.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala observa que, en principio y a la luz de la información y de los documentos aportados por el ministerio consultante y el AIM hasta la fecha en la que se terminó la elaboración de este concepto (28 de julio de 2017), no existe evidencia que permita concluir que el contratista-concesionario, es decir, la sociedad Operadora Portuaria Aeropuerto Matecaña S.A.S. estuviera incursa en alguna inhabilidad o incompatibilidad, al momento de suscribir el contrato de concesión (17 de abril de 2017).

No obstante, en el evento de demostrarse que el contratista sí estaba incurso en una causal de inhabilidad en la fecha de celebración del contrato, dicho acuerdo habría quedado viciado, desde su nacimiento, de nulidad absoluta (artículo 44, numeral 1º, de la Ley 80 de 1993), y el AIM, en su calidad de contratante-concedente, tendría que ordenar, mediante acto administrativo motivado, su inmediata terminación y liquidación en el estado en que se encuentre, conforme a lo dispuesto por el artículo 45 ibídem.

Por otra parte, si el concesionario llegare a incurrir en una inhabilidad sobreviniente durante la ejecución del contrato de concesión, dicho negocio tendría que ser cedido, previa aprobación del AIM. En el evento de que esto no fuere posible, el contratista tendría que renunciar a su ejecución, según lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 80 de 1993, lo cual implicaría que el contrato se entendería terminado y debería procederse a su liquidación.

3 *En el evento de suscribirse el contrato de concesión entre el establecimiento público Aeropuerto Internacional Matecaña y la empresa adjudicataria CSS Constructores S.A., que* (sic) *acciones legales debería adoptar la entidad estatal para mitigar posibles riesgos generados por continuar con el proceso contractual en curso, subrayando el vínculo que tuvo la adjudicataria con la empresa Construcciones SCA, la cual en asocio con la empresa Odebrecht ejecutaron tiempo atrás un contrato con la Empresa de Acueducto De Bogotá?*

Dado que el contrato de concesión ya se celebró, la entidad concedente (Aeropuerto Internacional Matecaña) podría implementar todas o algunas de las recomendaciones formuladas por la Sala en este concepto, particularmente en el acápite E, numeral 3º.

Remítase al Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Édgar Gonzalez Lopez, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

4. Ley de garantías electorales. Prohibición de contratación directa. Contratos relacionados con el "patrimonio cultural sumergido", Ley 1675 de 2013. Asociaciones público privadas (APP)

Radicado 2382

Fecha: 08/05/2018
Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*
Levantamiento de la reserva mediante oficio 110-0428 del 18 de mayo de 2018

La Ministra de Cultura ha elevado a la Sala una consulta relacionada con la aplicación de la prohibición a la contratación directa, contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005[143], frente a la eventual adjudicación y suscripción del contrato que instrumente el proyecto de asociación público privada (APP) que se tramita, relacionado con el galeón San José.

I. ANTECEDENTES

En primer lugar, la ministra solicita a la Sala dar la mayor celeridad y prioridad posible a esta consulta, dado que se trata de un asunto que ha sido calificado como "*de Estado*" por el señor Presidente de la República. Además, señala que la Procuraduría General de la Nación ha formulado observaciones en el curso de la "vigilancia preventiva" que ejerce sobre este proceso, y que existe, en la actualidad, una convocatoria pública que se cerrará en los próximos días, para la cual considera "*trascendental el concepto que en este escrito se solicita*".

Como antecedentes principales, la funcionaria consultante informa que el Ministerio de Cultura viene llevando a cabo, desde el año 2015, una "*Asociación Público Privada de iniciativa privada, sin desembolso de recursos públicos, para el desarrollo del proyecto científico del Galeón San José*", en los términos del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012[144].

Asimismo, menciona que, en desarrollo de dicha iniciativa, se han cumplido ya las etapas de pre-factibilidad y factibilidad, y que esta última culminó el pasado 7 de marzo, con la aprobación del estudio de factibilidad y el acuerdo sobre las condiciones del proyecto, con el originador.

Igualmente, indica que ya se realizaron las actividades de divulgación de la futura APP y su inscripción en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP) que administra el Departamento Nacional de Planeación, y se celebró una audiencia pública para la presentación del proyecto, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 15 y 16 de la Ley 1508 de 2012 y las normas pertinentes del Decreto 1082 de 2015[145].

143 "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones".

144 "Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones".

145 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional".

De la misma manera, comenta que, en desarrollo de lo prescrito por el artículo 19 de la Ley 1508, el Ministerio de Cultura publicó los términos iniciales del acuerdo en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, incluyendo los estudios y la minuta de contrato, con sus anexos, así como las condiciones que deben cumplir los eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto.

En este punto, la ministra comenta que, conforme a la norma citada, podrían ocurrir tres (3) eventualidades: *(i)* que no se reciba manifestación de interés alguna por parte de terceros; *(ii)* que se presenten oportunamente interesados que cumplan las condiciones para ejecutar el proyecto, y *(iii)* que acudan terceros interesados, pero no cumplan las condiciones para participar en el proyecto.

Asimismo, recuerda que, según el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, si una vez efectuada la convocatoria pública, se presentan, dentro del plazo establecido, interesados que cumplan las condiciones para ejecutar el proyecto, se abrirá un proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para seleccionar al contratista, entre el originador y los terceros interesados que hayan aportado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones exigidas para la ejecución del proyecto.

Por el contrario, en caso de que no se presenten interesados, o ninguno de los que se presente cumpla las condiciones requeridas, se celebrará el contrato que instrumente el proyecto de APP, con el originador.

A este respecto, la ministra observa que la norma citada no hace referencia al mecanismo de selección denominado "contratación directa", sino al hecho de que, si luego de efectuada la convocatoria pública, no se reciben manifestaciones de interés o las que se reciben no cumplen los requisitos exigidos, la entidad estatal puede contratar con el originador en forma inmediata.

Igualmente, en la consulta se resalta que este procedimiento inicia con una convocatoria pública y termina con la suscripción del contrato, mecanismo de selección previsto en la Ley 1508 de 2012, que no coincide exactamente con ninguno de los procedimientos de selección previstos en las Leyes 80 de 1993[146] y 1150 de 2007[147].

Menciona la funcionaria consultante que si quisiera hacerse un símil entre lo dispuesto por la Ley 1508, para este tipo de asociaciones público privadas, y los procedimientos ordinarios de selección previstos en la Ley 80, sería como si, luego de efectuada una licitación pública, se presentara en ella un solo oferente, caso en el cual podría suscribirse el contrato (aun durante las restricciones de la "Ley de Garantías Electorales"), pues no se trataría de una contratación directa.

Finalmente, la Ministra de Cultura advierte que, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias citadas, el vencimiento del plazo para que se presenten manifestaciones

146 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

147 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos".

de interés por parte de terceros, en la APP a la cual se refiere esta consulta, se dará dentro del término de la prohibición a la contratación directa, previsto en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

En atención a las consideraciones anteriores, se formula a la Sala la siguiente **PREGUNTA**:

> *"La suscripción del contrato de asociación público privada con el originador, en el evento de no presentarse ninguna manifestación de interés a la convocatoria pública realizada por el Ministerio de Cultura o de presentarse manifestaciones de interés que no cumplen los requisitos para ejecutar el proyecto, implica realizar una contratación directa que supondría la transgresión al artículo 33 de la Ley 996 de 2005?"*

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta al interrogante planteado, la Sala estudiará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) la prohibición de la contratación directa en la Ley 996 de 2005; (ii) la contratación de las actividades relacionadas con el "patrimonio cultural sumergido"; (iii) las asociaciones público privadas, APP, -procedimiento para la realización de APP de iniciativa privada sin aporte de recursos públicos-, y (iv) conclusiones generales y análisis del caso concreto.

A. La prohibición de la contratación directa en la Ley 996 de 2005

En múltiples ocasiones, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha referido al origen, al contexto, a la finalidad, a la estructura, al contenido y a cada una de las prohibiciones, limitaciones y restricciones impuesta por la Ley (estatutaria) 996 de 2005, conocida como "Ley de Garantías Electorales", incluyendo sus elementos temporales, subjetivos y objetivos o materiales, así como a las excepciones previstas en la misma ley[148].

En relación con tales aspectos, la Sala remite a lo manifestado en los conceptos citados, en aras de la brevedad y concisión que exige esta consulta.

Con respecto a la prohibición de la contratación directa, en particular, vale la pena recordar que el Capítulo VII de la Ley 996, bajo el título de "*Regulaciones especiales durante la campaña presidencial*", contiene una serie de prohibiciones, restricciones y limitaciones aplicables a la actividad de las entidades y organismos del Estado, así como a la conducta de los servidores públicos, durante cierto tiempo anterior a la elección presidencial. Dentro de tales prohibiciones está la contenida en el artículo 33, que dispone:

> *"Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda*

148 Sobre esta materia, pueden consultarse, entre otros, los siguientes conceptos de la Sala: 1706 del 15 de diciembre de 2015, 1712 del 2 de febrero de 2006 (con aclaración), 1717 del 17 de febrero de 2006, 1720, 1724, 1725 y 1727 del 20 de febrero de 2006, 1731 del 14 de marzo de 2006, 1738 del 6 de abril de 2006, 1839 del 26 de julio de 2007, 1845 y 1846 del 4 de septiembre de 2007, 1863 del 15 de noviembre de 2007, 1974 del 26 de noviembre de 2009 (con aclaración de voto), 1985 del 18 de febrero de 2010, 1990 y 1993 del 25 de marzo de 2010, 2011 del 10 de junio de 2010, 2166 del 24 de julio de 2013, 2168 del 2 de septiembre de 2013, 2182 del 12 de diciembre de 2013, 2191 del 3 de diciembre de 2013, 2207 del 1 de abril de 2014, 2212 del 21 de mayo de 2014, 2265 del 10 de septiembre de 2015 y 2269 del 17 de septiembre de 2015.

vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

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

La Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del respectivo proyecto de ley estatutaria, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 153[149] y 241, numeral 8 [150], de la Carta Política, mediante la sentencia C-1153 de 2005[151], declaró exequible, en forma condicionada, el artículo 32 (relacionado con la restricción para la vinculación de personal a la nómina estatal), "*bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º*". Y en relación con el artículo 33, expresó lo siguiente:

"Igual apreciación se aplica a la restricción de contratación directa por parte de los entes del Estado consagrada en el artículo 33 y a sus excepciones –idénticas a las del artículo 32-. En esa medida, la Sala las encuentra exequibles.

No obstante, la expresión "adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración" es demasiado amplia y, por su considerable indeterminación semántica, termina permitiendo incluir numerosas excepciones que desdibujarían la prohibición original. En esta medida, no se conseguiría la garantía pretendida.

Lo inaplazable e imprescindible son conceptos sometidos a una indeterminación de carácter evaluativo que deriva en que aquello que es impostergable o no prescindible para un sujeto puede no serlo para otro, según su perspectiva. Lo mismo sucede con la expresión normal funcionamiento. La determinación del estado de normalidad o anormalidad del funcionamiento de la administración puede oscilar ampliamente.

Por otra parte, para que la garantía sea plena, se hace necesario que la prohibición se aplique para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos manifiesten el interés previsto en el artículo 9º.

149 *"Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.*
Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla".

150 *"Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*
(…)
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
(…)".

151 Corte Constitucional, sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, expediente PE-024.

Lo anterior lleva a la Sala a declarar la exequibilidad del artículo, con el condicionamiento arriba señalado, a excepción de la expresión arriba citada de manera textual".

Observa la Sala que el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, relacionado con el momento en que estas restricciones empiezan a regir para el Presidente y el Vicepresidente de la República, ha perdido vigencia ante la prohibición de la reelección presidencial, restablecida por el Acto Legislativo 2 de 2015, excepto para el Vicepresidente que no haya ejercido la presidencia o que la haya ejercido por un tiempo inferior a tres (3) meses durante el respectivo cuatrienio, en forma continua o discontinua (artículo 197 de la Carta Política).

En relación con la prohibición de la contratación directa durante la época indicada por el artículo 33 de la "Ley de Garantías Electores", vale la pena transcribir lo manifestado por la Sala de Consulta en el concepto 2168 de 2013:

*"**2. Las restricciones en materia de contratación pública durante la campaña presidencial***

En concordancia con el alcance general que trazó el legislador desde la exposición de motivos del proyecto de ley 216 Senado, en la que afirmó que "es claro que en una campaña electoral en la cual el Presidente en ejercicio aparezca como candidato, deben ofrecerse todas las garantías de igualdad posible entre candidatos, y por ello la figura de la reelección presidencial debe ir acompañada de previsiones suficientes que eviten cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección,"[152] *se fijó el objeto de ley 996… y se contemplaron una serie de prohibiciones y restricciones dentro de las cuales se encuentra la proscripción de la contratación directa durante la campaña electoral…*

Ahora bien, teniendo en cuenta que la contratación pública es uno de los principales instrumentos del Estado para el cumplimiento de sus fines y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados[153], y una actividad transversal que permite a todas las entidades estatales el cumplimiento de su misión y funciones, advierte la Sala que no solo para periodos electorales o preelectorales se ha considerado necesario proscribir cualquier forma de contratación que busque favorecer partidos o candidatos políticos, sino que, ordinariamente, esta práctica se sanciona, por una parte, con la declaratoria de nulidad absoluta que hace la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de los contratos que así se celebren (arts. 44 y 45 de la Ley 80 de 1993), y por otra, con sanciones de tipo disciplinario, patrimonial y penal para quienes así contraten.

Resulta importante entonces recordar, que lo que se impone en la gestión contractual, como regla general, son los procesos de selección de carácter abierto, públicos,

152 *"[16] Gaceta del Congreso No 71 de marzo 2 de 2005, p. 14".*

153 *[18]* Ley 80 de 1993.- Artículo 3. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales (...)".

imparciales, transparentes y objetivos, razón por la cual el legislador ha previsto que la contratación directa sea un mecanismo de selección de carácter excepcional. En ese sentido, solo es posible acudir a la modalidad de contratación directa, bajo las causales establecidas en los diferentes literales del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[154], y a partir del 15 de agosto de 2013 se deberá atender las reglas dispuestas en el capítulo IV del decreto 1510 de 2013…

No obstante estas previsiones legales, la ley 996 de 2005 fue mucho más allá y en procura de la igualdad entre los candidatos, extremó las garantías en materia de contratación, al punto de impedir de por sí la utilización del mecanismo de contratación directa, de forma que no exista siquiera sospecha de que por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos.

(…)

Ahora bien, de la lectura detenida del artículo 33 de la ley 996 de 2005 se destacan las siguientes notas especiales de la restricción:

(i) Los límites temporales de la restricción

La ley 996 de 2005, como se ha señalado en otros pronunciamientos de esta Sala, a partir de su expedición y durante el período electoral que regula, suspende temporalmente las normas ordinarias y especiales de contratación, de manera que el régimen que prevalece sobre la materia es el consagrado en esta, dado su carácter de ley estatutaria[155].

Como se observa el término que estableció el artículo 33 de la ley 996 de 2005 para que sea aplicable la restricción a la contratación pública a todos los entes del Estado fue

154 *"[19] Numeral 4, Artículo 2, Ley 1150 de 2007.* '4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:
a) Urgencia manifiesta;
b) Contratación de empréstitos;
c) Modificado por el art. 92, Ley 1474 de 2011, Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.
Modificado por el art. 95, Ley 1474 de 2011. En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.
(…)
Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;
d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;
e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;
f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;
g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;
h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;
i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.
(…)'".

155 *"[22] Al respecto ver el concepto 1725 de 20 de febrero de 2006 del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil".*

de cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta.

No obstante, la Corte Constitucional al ejercer el control previo y automático de constitucionalidad sobre el entonces proyecto de ley estatutaria número 216 Senado y 235 de la Cámara que devino en la ley 996 de 2005, declaró la constitucionalidad del artículo 33 en el entendido de que la prohibición a que se refiere esta disposición se hace efectiva, únicamente, para el Presidente o el Vicepresidente de la República desde que manifiestan el interés de presentarse como candidatos, esto es, seis meses antes de la votación en primera vuelta, según el artículo 9 ibídem.[156]

Esta limitación temporal a la contratación directa durante la campaña presidencial… requiere que los órganos y entidades que tengan capacidad contractual planifiquen su gestión contractual con suficiente antelación a los periodos de elección presidencial, de forma que no se vea afectada la función administrativa en razón de la restricción impuesta por la ley estatutaria.

(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición

El artículo 33 de la ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, señalando que son "todos los entes del Estado" *expresión que envuelve a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos.*

El vocablo "todos" *que utilizó el legislador, comprende, en consecuencia, sin distinción del* "régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía[157]*, a la totalidad de los entes del Estado. Es decir, la prohibición cobija a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.*

(iii) El objeto de la prohibición

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión "queda prohibida la contratación directa".

La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007…), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública[158]*.*

156 *"[23] Al respecto ver el concepto 2166 de 24 de julio de 2013 del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil".*

157 *"[24] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil".*

158 *"[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-".*

Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado "contratación directa" es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cual (sic) otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso[159]*. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata de (sic) la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.*

Así mismo, recuerda la Sala que la contratación que realicen bajo las restricciones previstas en la ley 996 de 2005, las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán, en virtud del artículo 13 de ley 1150 de 2007, aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

(iv) Las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública

Ahora bien, las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005, dentro de las que se encuentran:

1. Lo referente a la defensa y seguridad del Estado;

2. Los contratos de crédito público;

3. Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres;

4. Los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y,

5. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

(…)". (Negrillas del original; subrayas añadidas).

Como se aprecia, en el citado concepto la Sala entendió que la expresión "contratación directa", a la cual se contrae la prohibición contenida en el artículo 33 de la "Ley de Garantías Electorales", se refiere, en términos generales, a *"cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes"*, por lo que excluye, entre

159 *"[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil".*

otros, a los demás sistemas de contratación previstos en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos.

Esta posición fue ratificada luego por la Sala, en los conceptos 2191 del 3 de diciembre de 2013 y 2212 del 21 de mayo de 2014.

Es pertinente aclarar que la Sala, inicialmente, en su doctrina sobre la Ley 996 de 2005, concebía la contratación directa de una forma más amplia, al definirla, de forma negativa o por exclusión y al amparo de la Ley 80 de 1993, como "*cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto [d]el contrato o del órgano que contrata*"[160]. Incluso, sostuvo que la expresión "contratación directa" debía entenderse como "*cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993*"[161].

Sin embargo, más adelante, la Sala empezó a delimitar con mayor precisión el alcance del término "contratación directa", especialmente a raíz de la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo el sistema de selección abreviada[162], sistematizó las causales de contratación directa[163] y dispuso que las entidades estatales que no estén obligadas a aplicar el Estatuto General de Contratación Pública deben, en todo caso, respetar y aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y estarán sometidas al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades establecido para la contratación estatal[164].

Así, en el concepto 1974 del 26 de noviembre de 2009, la Sala manifestó, sobre este punto: "*La expresión* 'contratación directa'*, contiene el elemento objetivo de la prohibición, entendido como* <u>*cualquier mecanismo de escogencia o selección del contratista en el que se prescinda de un procedimiento público de escogencia, como la licitación publica,*</u> (sic) <u>*el concurso de méritos, la modalidad de selección abreviada prevista en la ley 1150 de 2007, o cualquier otro similar establecida por la ley*</u>". (Resaltamos).

En este mismo concepto, se presentó una aclaración de voto, en la que el Magistrado Enrique José Arboleda Perdomo manifestó:

> *"La ley 1150 de 2007 en el artículo 2° determinó como "modalidades de selección" del contratista entre otras la de "contratación directa" modalidad de procedimiento de selección que se encuentra regulada por el numeral 4° del citado artículo, y a nivel reglamentario por el decreto 2474 de 2008, en especial los artículos 74 a 83. Con base en esta regulación, el intérprete sabe qué se entiende en el derecho colombiano por "contratación directa".*

160 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1712 del 2 de febrero de 2006.
161 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1727 del 20 de febrero de 2006.
162 Artículo 2.
163 *Idem.*
164 Artículo 13.

Entonces, como la ley 996 no definió lo que se debía entender por contratación directa, debe aplicarse el artículo 23 del Código Civil que ordena tomar como definición la que haya hecho el legislador, que en nuestro caso es el artículo 2° de la ley 1150 de 2007 de 2007…".

De esta forma, junto con la evolución de la normatividad sobre la contratación pública y el afinamiento de los criterios doctrinales de la Sala, producto de las múltiples y variadas consultas recibidas sobre la Ley 996 de 2005, se ha llegado a depurar el concepto de "contratación directa", para estos efectos, precisando que, aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación *distinto de la licitación pública*, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado[165], ha establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes.

Así, la Sala ratifica en esta oportunidad que, para los efectos de la "Ley de Garantías Electorales" y, especialmente, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, debe entenderse por "contratación directa" cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas[166], ni permita la participación de una pluralidad de oferentes.

Finalmente la Sala aclara, en esta ocasión, que la prohibición temporal a la contratación directa impuesta por la norma citada incluye tanto la celebración o suscripción del contrato proveniente de este mecanismo de selección, como el proceso en sí mismo. Por lo tanto, durante la época en que rige esta restricción, las entidades y los organismos del Estado no deben abstenerse solamente de *suscribir* contratos originados en este procedimiento de selección, sino también de iniciar o continuar, según el caso, este tipo de procesos de selección.

B. Contratación de las actividades relacionadas con el "patrimonio cultural sumergido"

Con base en lo dispuesto en los artículos 63[167], 70[168] y 72[169] de la Constitución Política, entre otros, el Congreso de la República expidió la Ley 1675 de 2013[170], cuyo objeto con-

165 A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado.

166 En efecto, vale la pena mencionar que en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye "contratación directa", es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera **pública**, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes.

167 *"Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables".*

168 *"Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.*
La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación".

169 *"Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica".*

170 *"Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido".*

siste en "*establecer las condiciones para proteger, visibilizar y recuperar el Patrimonio Cultural Sumergido, establecido en el artículo 2o de la presente ley, así como ejercer soberanía y generar conocimiento científico sobre el mismo*" (artículo 1º).

El artículo 2º *ibídem* define el "patrimonio cultural sumergido" como "*todos aquellos bienes producto de la actividad humana, que sean representativos de la cultura que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras áreas delimitadas por líneas de base. Hacen parte de este patrimonio los restos orgánicos e inorgánicos, los asentamientos, cementerios y toda evidencia física de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves o artefactos navales y su dotación, sus restos o partes, dotaciones o elementos yacentes dentro de estas, cualquiera que sea su naturaleza o estado, y cualquiera sea la causa de la inmersión, hundimiento, naufragio o echazón*", sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 397 de 1997[171].

En sentencia de unificación del 13 de febrero de 2018[172], el Consejo de Estado -Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- se refirió *in extenso* a la evolución de la protección jurídica que se ha dispensado al "patrimonio cultural sumergido", en el ámbito nacional e internacional. A manera de síntesis, se dijo en dicha providencia:

> *"**236.** A partir del anterior recorrido normativo histórico, se concluye que varios de los objetos que eran considerados inicialmente como «tesoro» y que podían encontrarse en tierra firme o en las profundidades del mar (especies náufragas consideradas erróneamente como tesoros), se distanciaron de ese concepto y tratamiento. En consecuencia, adquirieron una especial protección legal[173] y constitucional.*
>
> ***237.** En efecto, desde antes de la expedición de la actuación administrativa objeto de revisión en este asunto, se les incluyó dentro del concepto de patrimonio histórico de la Nación, el que, si bien inicialmente hacía parte de las «especies náufragas», tenía un tratamiento especial por los tratados internacionales y la legislación interna. Finalmente, estos objetos fueron integrados al concepto autónomo de patrimonio histórico y cultural, y cultural sumergido. Esto es, el corpus iuris inequívocamente indica que son parte del patrimonio de la Nación, y en consecuencia son inalienables, inembargables y no susceptibles de prescripción. Esto permite llegar a las siguientes reglas de interpretación que han de aplicarse al caso sub examine.*
>
> *i) El patrimonio cultural y cultural sumergido tiene una protección especial tanto en el ámbito nacional, como en el internacional.*

171 *"Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias"*. El artículo 6º de esta ley, modificado por el artículo 3º de la Ley 1185 de 2008, define el patrimonio arqueológico de la Nación.

172 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación jurisprudencial del 13 de febrero de 2018, expediente CE-SIJ 25000-23-15-000-2002-02704-01.

173 *"[243] Decretos Nacionales 655 de 1968, 2349 de 1971 y Resoluciones 891 de 1981 y 148 de 1982 de la Dirección General Marítima y Portuaria".*

ii) Esta protección se remonta a épocas anteriores al inicio de la actuación administrativa objeto de análisis en este asunto.

iii) En atención a la especial protección del patrimonio cultural, las normas que lo regulan limitan o desplazan las disposiciones del Código Civil que regulan el «tesoro». Ello en virtud de la prevalencia del interés público.

iv) Los bienes que conformen el patrimonio cultural de la Nación no pueden ser considerados «tesoro» por expresa prohibición legal y, en tal virtud, su propiedad no puede ser adquirida por ocupación.174".

Ahora bien, en relación con las actividades que pueden hacerse sobre el "patrimonio cultural sumergido", el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013 estatuye:

*"**Artículo 4. Actividades sobre el patrimonio cultural sumergido**. Se autorizan las siguientes actividades, bajo estas definiciones y con estas consideraciones:*

***1. Exploración.** Toda acción científica, debidamente autorizada, que se desarrolle para buscar y localizar bienes del Patrimonio Cultural Sumergido, cualquiera sea el método que se utilice para ello, bien con buzos, naves (sumergibles o no) o cualquier otro sistema o recurso tecnológico especializado, siempre y cuando no se realice sobre dichos bienes intervención, alteración o modificación de sus condiciones físicas ni del contexto en que se hallen. La entidad o persona autorizada en los términos previstos en esta ley deberá informar al ICANH, al Ministerio de Cultura y a la Dirección General Marítima sobre el resultado de la exploración, y en especial sobre la localización precisa y georreferenciada y sobre las características de los hallazgos. En todos los casos en los cuales se realicen acciones de exploración, la Armada Nacional deberá adelantar labores de vigilancia.*

***2. Intervención**. Además de lo señalado en el régimen general del patrimonio arqueológico y para bienes de interés cultural, se considera intervención toda acción científica, debidamente autorizada, encaminada a su conocimiento y conservación, que se realice sobre el Patrimonio Cultural Sumergido, que tenga como finalidad el cambio en la ubicación de los bienes que lo constituyen, su remoción, extracción o cualquier otra modificación de las condiciones físicas o del contexto donde se hallen.*

***3. Aprovechamiento económico**. Actividades debidamente autorizadas a través de las cuales los bienes del Patrimonio Cultural Sumergido generan ingresos económicos mediante la exhibición, o divulgación al público, sea in situ o en infraestructuras culturales como museos, o cualquier clase de establecimiento cultural. La información recuperada durante las etapas de exploración e intervención, incluidos el registro en cualquier medio y soporte, entre ellos la fotografía y demás se-*

174 *"[244] En ese sentido, ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 15 de agosto de 1996".*

mejantes, podrán ser parte del aprovechamiento económico de quien realice estas actividades.

La información producida y el conocimiento generado durante cualquiera de estas actividades será propiedad de la Nación.

Para las actividades de aprovechamiento económico se hará inclusión social y económica de las comunidades aledañas a la zona, particularmente en proyectos de carácter cultural y turístico.

4. ***Preservación.*** *Cualquier actividad relacionada con el Patrimonio Cultural Sumergido, debe preservar el contexto arqueológico, garantizar la planimetría del yacimiento y disponer de un plan de manejo arqueológico que permita el máximo aprovechamiento de la información arqueológica, así como su difusión y socialización".*

Estas actividades pueden ser realizadas directamente por el Estado, por conducto de las entidades y organismos competentes, o indirectamente, mediante la contratación de personas naturales o jurídicas que tengan la idoneidad científica y técnica, así como la capacidad tecnológica y económica para acometerlas. Así se desprende de lo preceptuado, entre otras normas, por los artículos 10 y 11 *ejusdem*:

*"**Artículo 10. Autorizaciones y contratos relacionados con el patrimonio cultural sumergido.** Las autorizaciones para realizar actividades sobre el Patrimonio Cultural Sumergido, sea que impliquen o no expectativas económicas para quien las lleva a cabo, las otorgará el Ministerio de Cultura. Los contratos relacionados con el Patrimonio Cultural Sumergido los celebrará el Ministerio de Cultura, en nombre de la Nación, mediante el procedimiento de licitación pública previsto en la Ley 80 de 1993 o las normas que la sustituyan o modifiquen, cumpliendo adicionalmente los requisitos jurídicos, técnicos o de otra naturaleza establecidos en la presente ley y los que se establezcan en el reglamento que para tal efecto expida el Gobierno nacional.*

El Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) mediante convenio con otras entidades gubernamentales que estén en capacidad técnica y económica, y tengan el suficiente conocimiento histórico, podrá adelantar las actividades referidas al Patrimonio Cultural Sumergido de que trata el artículo 4º de esta ley; de tal manera que el Estado Colombiano tenga la primera opción para adelantar estas actividades.

***Artículo 11. Contratos de exploración, intervención y/o aprovechamiento económico.** El Ministerio de Cultura podrá contratar, mediante el procedimiento de licitación pública previsto en la Ley 80 de 1993, o las normas que la sustituyan o la modifiquen, con entidades expertas, la realización de una o todas las actividades previstas en el artículo 4º de esta ley". (Subrayas añadidas).*

Como se aprecia, el procedimiento de selección que debe utilizar el Ministerio de Cultura, en nombre de la Nación, cuando decida contratar con particulares cualesquiera de las

actividades descritas en el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013, en relación con el "patrimonio cultural sumergido", es, en principio, el de la licitación pública, regulado en la Ley 80 de 1993. Esto, además, lo ratifica indirectamente el artículo 13 *ibídem*, cuando dispone:

> *"**Artículo 13. Procedimientos contractuales.** El régimen contractual relacionado con el Patrimonio Cultural Sumergido, además de lo previsto en la Ley 80 de 1993, o las normas que la sustituyan o modifiquen, deberá observar procedimientos internacionalmente aceptados para acometer los trabajos de alta especificidad técnica de que trata la presente ley".*

No obstante, el artículo 17 de la misma ley también permite expresamente que, para estos fines, se estructuren proyectos de asociación público privada, conforme a la Ley 1508 de 2012, especialmente cuando la iniciativa del proyecto científico y cultural provenga de un particular, nacional o extranjero. La norma citada dispone:

> *"**Artículo 17. Iniciativa privada.** El Ministerio de Cultura, cuando lo considere conveniente, podrá contratar, de conformidad con la Ley 1508 de 2012, las actividades previstas en el artículo 4º de la presente ley. En este caso, el particular deberá manifestar su interés presentando la investigación histórica respectiva, la factibilidad técnica y financiera, y la evaluación de su impacto ambiental, debiéndose acreditar en todo caso que se cuenta con experiencia suficiente en las actividades relacionadas con el Patrimonio Cultural Sumergido. Adicionalmente, en la manifestación de interés solicitará al Ministerio de Cultura la apertura del respectivo proceso de contratación en el cual tendrá derecho a participar.*
>
> *Para efectos de la celebración de contratos, el Gobierno delimitará las áreas sobre las que pueden realizarse procesos de contratación. Todos los datos sobre coordenadas y, en general, sobre la ubicación material de los elementos del Patrimonio Cultural Sumergido, tendrán carácter reservado. Esta disposición es extensiva a la información que sobre la materia reposa actualmente en las entidades competentes".* (Se destaca).

Esta posibilidad fue confirmada por la reglamentación de la Ley 1675, contenida inicialmente en el Decreto 1698 de 2014 e incorporada posteriormente en la Parte VII, Título III, del Decreto 1080 de 2015[175].

Los artículos 2.7.3.2 y 2.7.3.3 de este último decreto disponen claramente que para la realización de las actividades relacionadas con el "patrimonio cultural sumergido", previstas en el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013, el Ministerio de Cultura puede realizar asociaciones público privadas de iniciativa pública o de iniciativa privada. En punto a estas últimas, los artículos 2.7.3.3 y 2.7.3.4 del Decreto 1080 estatuyen:

> *"Artículo 2.7.3.3. Asociaciones público-privada (sic) de iniciativa privada. Los particulares que cuentan con información científica, técnica e histórica suficiente sobre el Patrimonio Cultural Sumergido el cual haya sido informado al Instituto Colombiano de An-*

175 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura".*

tropología e Historia (ICANH), pueden presentar al Ministerio de Cultura una iniciativa de asociación público-privada de iniciativa privada para adelantar una, varias o todas las actividades previstas en el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013.

Artículo 2.7.3.4. Admisibilidad de las asociaciones público-privadas de iniciativa privada. Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada no son admisibles cuando (a) La actividad de exploración de que trata el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013 requiere recursos del presupuesto nacional o la asunción de riesgos de cualquier naturaleza por parte de la Nación; y (b) Desconozcan las reglas de remuneración del contratista establecidas en el artículo 15 de la Ley 1675 de 2013.

En todos los demás casos son aplicables las reglas de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, o las normas que modifiquen, adicionen o sustituyan a la Ley 1508 de 2012 y a sus decretos reglamentarios". (Subrayamos).

Como se aprecia, la Ley 1675 y su reglamentación facultan expresamente a la Nación, por intermedio del Ministerio de Cultura, para utilizar el mecanismo de las asociaciones público privadas (APP), con el fin de contratar las actividades de exploración, intervención, aprovechamiento económico y preservación, o cualquiera de ellas, del "patrimonio cultural sumergido", para lo cual remiten a la normatividad especial que regula dichos esquemas de negocio, que es la Ley 1508 de 2012 y aquellas que la han modificado o adicionado, junto con sus decretos reglamentarios.

La aplicación de tales disposiciones a esta clase de APP, en todo lo no previsto de forma especial en el régimen del "patrimonio cultural sumergido", fue ratificada por el artículo 2.7.3.8 del Decreto 1080 de 2015:

"Artículo 2.7.3.8. Aplicación de las normas del sistema de contratación pública y de las asociaciones público-privadas. El Ministerio de Cultura aplicará las normas del sistema de contratación pública y de las asociaciones público-privadas en el trámite de las iniciativas públicas y privadas relacionadas con el Patrimonio Cultural Sumergido".

En consecuencia, para los propósitos de esta consulta, es necesario revisar dicha normatividad, con el fin de determinar cuál es el procedimiento de selección de los contratistas que la ley ordena utilizar en los proyectos de asociación público privada, especialmente cuando la iniciativa es de un particular y no se requiere el desembolso de recursos públicos.

C. Las asociaciones público privadas, APP. Procedimiento para la realización de las APP de iniciativa privada

La Sala, en reciente ocasión[176], se refirió al objeto y al propósito general buscado por la Ley 1508 de 2012, al regular la figura de las APP:

176 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2346 del 15 de agosto de 2017.

*"**A. Los contratos de concesión bajo el esquema de asociaciones público privadas (APP)***

La Ley 1508… regula los esquemas de asociación público privada (APP), que su artículo 1º define como "un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio".

Esta legislación tiene antecedentes en la experiencia internacional de países como el Reino Unido, donde existe un completo desarrollo de este tipo de negocios para proyectos de carreteras, ferrocarriles, colegios, hospitales, puertos, cárceles, acueductos y edificios públicos, entre otros. Asimismo, aunque de forma parcial para algunos sectores, se destacan países como Francia, España, Irlanda, Canadá, Bulgaria, República Checa, Chile, Uruguay, México y Perú. A estos se suman Ecuador, República Dominicana, Jamaica, Trinidad y Tobago, El Salvador, Honduras y Panamá, que en los últimos años expidieron o reformaron el marco legal para la participación privada en proyectos públicos[177].

Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial, y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros.

El artículo 2º de la Ley 1508 señala que las concesiones, de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[178], se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP, lo que significa que tales contratos deben entenderse, hoy en día, como una modalidad o especie de asociaciones público privadas, aunque estas últimas podrían estructurarse mediante contratos distintos al de concesión.

(…)

El artículo 3º ejusdem ("ámbito de aplicación") señala que la citada ley es aplicable "a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inver-

177 *"[65] Cfr. Gaceta del Congreso, 3 de noviembre de 2011, exposición de motivos del proyecto de ley número 160 de 2011-Senado".*

178 *"[66] El artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 define así el contrato de concesión:* "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden".

sionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura”*, y precisa que, dentro de tales contratos, pueden estar incluidos aquellos que recaigan sobre la “infraestructura para la prestación de servicios públicos”.*

De todas formas, vale la pena aclarar que el parágrafo 1º de la misma norma condiciona la realización de proyectos por el esquema de APP, al hecho de que el “monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv”, y el inciso segundo del artículo 4º ejusdem agrega que esta clase de esquemas solo podrá utilizarse “cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución”*, con lo cual resalta, de paso, la importancia del principio de planeación en esta clase de contratos.*

El mismo artículo 3º añade que en estos contratos “se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera”.

Con respecto a los procedimientos de selección que deben utilizarse para la celebración de este tipo de contratos, la Sala explicó lo siguiente, en el concepto citado:

“En punto a los procedimientos de selección y a las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que instrumentan estos esquemas, el inciso cuarto del artículo que se comenta[179] *preceptúa que tales aspectos se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007,* ***salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012****. Esta misma regla se itera en el artículo 9º de la citada ley, para los esquemas de asociación público privada de iniciativa pública.*

(…)

Vale la pena aclarar que la Ley 1508 de 2012 ***establece dos clases de esquemas de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada, y dispone que en cualquiera de las dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública*** *que pretenda celebrar el contrato, según la forma como se estructure el proyecto. En relación con las* ***asociaciones público privadas de iniciativa privada****, el artículo 14 de la citada ley dispone que “[l]os particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes”.* (Negrillas añadidas).

179 Se refiere al artículo 3º de la Ley 1508 de 2012.

En efecto, tal como se indicó en el citado documento, la Ley 1508 de 2012 establece la posibilidad de estructurar dos (2) modalidades principales de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada. Sin embargo, dado que en cualquiera de las anteriores puede haber o no aporte de recursos públicos, las modalidades de asociación público privada que pueden utilizarse en nuestro país son realmente cuatro (4), a saber: *(i)* APP de iniciativa pública sin aporte de recursos públicos; *(ii)* APP de iniciativa pública con aporte de recursos públicos; *(iii)* APP de iniciativa privada sin aporte de recursos públicos, y *(iv)* APP de iniciativa privada con aporte de recursos públicos.

Para los proyectos de asociación pública privada de iniciativa pública, con o sin aportes del Estado, el artículo 9º de la Ley 1508 prescribe que el procedimiento de selección será el establecido en dicha ley, "*y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública*".

Con base en esta norma legal, el artículo 2.2.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015[180], que subrogó el artículo 12 del Decreto 1467 de 2012[181], dispuso:

> *"Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen".* (Se resalta).

Vale la pena mencionar que el artículo 10º de la Ley 1508 permite utilizar, para esta clase de APP, un sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento, conforme al cual "*se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección*".

En relación con este mecanismo, el artículo 2.2.2.1.4.5 del Decreto 1082 de 2015, que subrogó el artículo 16 del Decreto 1467 de 2012, estatuye:

> *"Artículo 2.2.2.1.4.5. Sistemas de precalificación. Para aquellos proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública cuyo costo estimado sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV), la entidad estatal competente podrá utilizar, previo a la apertura del proceso de selección, sistemas de precalificación. La entidad estatal podrá contratar con los integrantes de la lista de precalificados los estudios adicionales o complementarios que requiera el proyecto, a costo y riesgo de los precalificados.*
>
> *La conformación de la lista de precalificados no obliga a la entidad estatal a abrir el Proceso de Contratación. Así mismo, la entidad estatal podrá desistir de utilizar la lista*

180 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional".*
181 *"Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012".*

de precalificados y proceder a iniciar un proceso de selección abierto, si con posterioridad a la conformación de la lista se evidencia que no se cuenta con por lo menos cuatro (4) precalificados interesados en presentar oferta.

La entidad estatal no adquiere compromiso alguno de pago o retribución por los estudios complementarios requeridos por el proyecto que adelanten los integrantes de la lista de precalificados.

En caso de adjudicación, el adjudicatario del contrato deberá pagar a los integrantes de la lista de precalificados el valor de los estudios complementarios que haya acordado previamente con la entidad estatal competente.

(…)".

Por el contrario, para la realización de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, la Ley 1508 establece los siguientes requisitos y procedimiento:

"Artículo 14. Estructuración de proyectos por agentes privados. Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.

En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.

Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable.

Artículo 15. Revisión previa de la iniciativa privada. Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de prefactibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de tres (3) meses para verificar si la propuesta, al momento de ser analizada, es de interés de la entidad competente de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado.

Resultado de esta verificación, la entidad estatal competente podrá rechazar la iniciativa u otorgar su concepto favorable para que el originador de la propuesta continúe con la estructuración del proyecto e inicie la etapa de factibilidad. Dicho concepto, en caso de ser favorable, permitirá que el originador de la propuesta pueda continuar con la estructuración del proyecto y realizar mayores estudios, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado.

Artículo 16. Evaluación, aceptación o rechazo de la iniciativa privada. Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo

debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública.

Artículo 17. Iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos (modificado por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015[182]). Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento.

En esta clase de proyectos de asociación público-privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

En todos los casos la entidad estatal competente, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11, numerales 11.2 y siguientes de la presente ley".

(…)

Artículo 19. Iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a

182 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país".*

seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública "SECOP".

En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.

Artículo 20. Terceros interesados y selección. Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto". (Subrayas añadidas).

Mediante el Decreto 1467 de 2012, subrogado por el Decreto 1082 de 2015, se reglamentaron las condiciones para la presentación y el estudio de iniciativas privadas para proyectos de APP, con y sin desembolso de recursos públicos; el contenido mínimo que deben tener los estudios de pre-factibilidad y factibilidad que aporten los originadores; el plazo para la presentación de los estudios de factibilidad por parte del originador; los tér-

minos con que cuenta la entidad pública competente para revisar los estudios de pre-factibilidad y factibilidad, y para pronunciarse sobre los mismos y sobre la viabilidad de la iniciativa; la inscripción de las iniciativas privadas en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas, RUAPP; el contenido de la respuesta que la entidad estatal competente debe dar al originador en caso de aceptar o rechazar su iniciativa; la determinación del valor y la adquisición de los estudios efectuados por el originador, en caso de rechazo; el plazo para iniciar el proceso de selección que corresponda; las bonificaciones que la ley permite reconocer al originador, en el puntaje de su propuesta, para las iniciativas de asociación público privadas que involucren recursos públicos; la publicación en el SECOP de la documentación atinente a las APP de iniciativa privada que no requieran recursos públicos; el término para recibir manifestaciones de interés por parte de terceros y los efectos de estas; las aprobaciones que se requieren por parte de las autoridades estatales, antes y durante la estructuración de los proyectos; la estimación y asignación de los riesgos; la publicidad de la información y de los documentos que se generen en estos procesos, y la conformación de expedientes, entre otros asuntos.

Para los efectos de esta consulta, consideramos importante referirnos a las siguientes normas del Decreto Reglamentario 1082 de 2015:

> *"Artículo 2.2.2.1.5.3. Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP). <u>El originador de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada deberá radicarlos</u> a través de los medios electrónicos diseñados para el efecto <u>en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)</u>. La constancia que expida el medio electrónico será constancia suficiente de su radicación. La Entidad Estatal deberá estudiar la primera iniciativa radicada sobre un proyecto en particular, las demás iniciativas sobre el mismo proyecto solo serán estudiadas en el orden de su radicación, solo si la primera iniciativa no es declarada viable. Una iniciativa privada versa sobre un mismo proyecto cuando comparte infraestructura física, estructura de ingresos u otros elementos, que hagan inviable su implementación simultánea o coexistencia con el proyecto que se compara.*
>
> *(…)*
>
> *Parágrafo 1. El Departamento Nacional de Planeación utilizará la plataforma del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) para la radicación, registro y consolidación de la información de los proyectos de Asociación Público Privada, para lo cual la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, brindará la colaboración pertinente en el marco de sus competencias.*
>
> *Parágrafo transitorio. Mientras entra en operación el Registro Único de Asociaciones Público Privadas en el SECOP, el registro en el RUAPP deberá hacerse a través del medio electrónico establecido por el Departamento Nacional de Planeación…*
>
> *(…)*

Artículo 2.2.2.1.5.6. Evaluación de la etapa de factibilidad y respuesta. Entregada la iniciativa en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente deberá proceder a:

1. Convocar públicamente dentro del mes siguiente a la entrega en etapa de factibilidad a los terceros y autoridades competentes que puedan tener interés en el proyecto a una audiencia pública, con el propósito de recibir las sugerencias y comentarios sobre el mismo.

2. Efectuar la revisión y análisis de la iniciativa presentada, y solicitar si fuera el caso al originador, estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto, evento en el cual se podrá prorrogar el plazo establecido para dicho estudio en los términos del primer inciso del artículo 16 de la Ley 1508 de 2012.

3. En el caso de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada adelantados por entidades del nivel nacional, cuyo presupuesto estimado de inversión, sumado a los aportes del Estado a los que hace referencia el artículo 2.2.2.1.3.2 del presente decreto, sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales vigentes… o cuando los ingresos anuales estimados del proyecto sean superiores a setenta mil salarios mínimos mensuales vigentes… la entidad estatal competente deberá presentar las conclusiones del estudio de factibilidad y la correspondencia de estos con las eventuales condiciones del contrato, y las sugerencias y comentarios a que se refiere el numeral 1 del presente artículo al ministerio sectorial respectivo. Corresponderá al ministro sectorial, presentar y sustentar ante el Consejo de Ministros las conclusiones de dicho estudio, con el propósito de obtener su concepto sobre el particular.

(…)

4. Emitir respuesta al originador de la iniciativa informando sobre:

4.1. Resultado: Viabilidad o rechazo de la iniciativa privada.

4.2. Monto que acepta como valor de los estudios realizados y forma de pago.

4.3. Condiciones bajo las cuales la entidad estatal competente aceptaría la iniciativa privada.

4.4. Borrador de minuta del contrato y anexos que la entidad estatal competente tendría como base para la elaboración del borrador de pliego de condiciones.

5. Definir y acordar con el originador de la iniciativa, si a ello hubiere lugar, las condiciones bajo las cuales sería aceptada la iniciativa de conformidad con lo previsto en el cuarto inciso del artículo 16 de la Ley 1508 de 2012.

(…)

Artículo 2.2.2.1.5.9. Plazo para iniciación del proceso de selección. Dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación de que trata el artículo 2.2.2.1.6.2 del presente decreto, la entidad estatal competente dará apertura a la licitación pública cuando se trate de iniciativas privadas que requieran desembolsos de recursos públicos, o realizará la publicación en el SECOP de la información establecida en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos.

(…)

Artículo 2.2.2.1.5.11. Tiempo mínimo de duración de la publicación. En caso de ser aprobada por parte de la entidad estatal competente una iniciativa privada que no requiere desembolsos de recursos públicos a las que se refiere el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, dicha entidad estatal publicará en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) el acuerdo de la iniciativa privada, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por el término de 2 meses, el cual podrá prorrogarse a solicitud de los interesados, si la entidad estatal competente lo estima conveniente hasta por 4 meses más.[183]

Artículo 2.2.2.1.5.12. Manifestación de interés por terceros. En caso de presentarse por parte de un tercero una manifestación de interés en la ejecución del proyecto, de conformidad con lo establecido en la publicación a la que hace referencia el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, esta deberá contener además de la expresión clara de su interés, las formas de contacto y los medios de comunicación eficaces a través de las cuales la entidad estatal competente podrá comunicarse con el interesado y la garantía que respalda su interés, por el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto. (…)

Si se recibieren manifestaciones de interés dentro del término señalado en el artículo anterior y se cumple con los requisitos previstos en la publicación, la entidad estatal competente, sin consideración al presupuesto estimado de inversión, deberá proceder a conformar la lista de precalificados con quien o quienes manifestaron interés y cumplieron los requisitos establecidos por la entidad en la publicación de la iniciativa y el originador de la iniciativa privada, y con esta lista procederá a adelantar la selección del contratista a través del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía con precalificación. En caso contrario, procederá a contratar con el originador de manera directa en las condiciones publicadas.

En caso de que se adelante el proceso de selección abreviada de menor cuantía, una vez conformada la lista de precalificados, se tendrán en cuenta las reglas previstas

183 Vale la pena comentar que este aspecto se encuentra reglamentado, de manera especial, para las APP relacionadas con el "patrimonio cultural sumergido", en el artículo 2.7.3.11 del Decreto 1080 de 2015, adicionado por el artículo 2º del Decreto 1389 de 2017, así:
"Artículo 2.7.3.11. Publicación de Iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos. *Cuando los particulares presenten al Ministerio de Cultura una iniciativa de asociación público privada de iniciativa privada para adelantar una, o todas las actividades previstas en artículo 4º la (sic) Ley 1675 de 2013 y se logre un acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, el Ministerio de Cultura publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop)".*

para la selección abreviada de menor cuantía establecidas en la Ley 1150 de 2007 y sus reglamentos, con las siguientes particularidades, sin perjuicio de otras que se señalaren en el presente decreto:

1. Los factores de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada, en desarrollo del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación serán los señalados en el artículo 2.2.2.1.4.2 del presente decreto.

2. El cumplimiento de los requisitos para la estructuración de proyectos por agentes privados y la aceptación de la iniciativa privada por parte de la entidad estatal competente, a los que se refieren los artículos 14 y 16 de la Ley 1508 de 2012 en los términos previstos en el presente título y las aprobaciones de las que trata la Sección 6 del presente capítulo, serán suficientes para la apertura del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación.

3. Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere lugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.

Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.

Si el originador no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, la entidad estatal incluirá dentro del contrato que resulte del proceso de selección, la obligación de que el contratista adjudicatario reconozca al originador del proyecto el reembolso de los costos en que este haya incurrido por la realización de los estudios necesarios para la estructuración del proyecto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012.

(…)

(…)

Artículo 2.2.2.1.8.3. De la publicidad. La entidad contratante deberá garantizar la publicidad de los procedimientos, documentos y actos asociados a los procesos de contratación y precalificación de los proyectos de Asociación Público Privada, salvo el modelo financiero estatal que está sometido a reserva legal.

La publicidad a que se refiere este artículo se hará en la página web de la entidad estatal competente correspondiente y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP.

(…)

Artículo 2.2.2.1.8.6. Elaboración y custodia del expediente del proyecto. La entidad estatal competente tiene la obligación de crear un expediente por cada proyecto. (…)

En los proyectos de iniciativa privada el expediente se deberá iniciar una vez se reciba la primera propuesta del proyecto de parte del originador de la iniciativa privada. Los análisis financieros que realice la entidad estatal competente en la evaluación del proyecto serán confidenciales, y en consecuencia no harán parte del expediente". (Subrayas ajenas al texto).

Estructuración y proceso de selección en las asociaciones público privadas, en general

De las normas legales y reglamentarias transcritas se desprende que la celebración de un contrato para instrumentar un proyecto de APP implica la necesidad de llevar a cabo dos grandes procesos: (i) estructuración del proyecto y (ii) selección del contratista.

(i) La estructuración del proyecto se refiere a la realización de todos los estudios, pruebas e investigaciones científicas, técnicas, económicas, financieras, sociales y jurídicas que se requieran para determinar la viabilidad del proyecto, es decir, la posibilidad real de ejecutarlo, así como la obtención de los permisos, autorizaciones o licencias exigidas, y la elaboración de un modelo teórico, pero suficientemente detallado del proyecto, que incluya todos los componentes jurídicos, financieros, sociales, técnicos y ambientales, la metodología de ejecución, los costos estimados, las etapas y los plazos previsibles para su realización, los materiales, equipos y mano de obra requeridos, los planos y diseños y, en fin, todos los componentes o elementos que resulten necesarios para acometer materialmente el proyecto por parte del mismo originador (en el caso de las APP de iniciativa privada) o de un tercero. Este proceso se subdivide en dos grandes etapas: a) prefactibilidad y b) factibilidad, según el grado de completitud, detalle y precisión de los estudios y diseños y, en general, de la información necesaria para ejecutar el proyecto.

Vale la pena aclarar que en las asociaciones público privadas de iniciativa pública, el proceso de estructuración lo realiza íntegramente la entidad pública interesada, ya sea directamente o bien, como ocurre frecuentemente, mediante terceros contratados para la elaboración de los estudios, investigaciones, ensayos, diseños y modelos requeridos. Por el contrario, en las APP de iniciativa privada, la estructuración del proyecto la realiza el originador, a su cuenta y riesgo, aunque, a partir de la presentación del proyecto en fase de pre-factibilidad, tiene la carga de atender las inquietudes, recomendaciones y solicitudes de corrección, aclaración o complementación que le formule la entidad estatal, en aras de obtener la viabilidad del proyecto.

Sobre la importancia de la estructuración de los proyectos en esta clase de APP, por cuenta del originador, como expresión del principio de planeación en la contratación estatal, el Consejo de Estado manifestó, en reciente sentencia[184]:

> *"32.- El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 al regular la estructuración de los proyectos por agentes privados, lo hace sustentado en el principio de la planeación aplicable por expresa determinación del artículo 4 de la misma norma, y con base en los criterios que anteriormente han sido expuestos.*
>
> *33.- El mencionado artículo 14 establece ciertas reglas que deben explicarse bajo el alcance del principio de planeación: (i) al tratarse de una iniciativa privada el particular originador estructura el proyecto de infraestructura pública, por ejemplo, por su cuenta y riesgo. Esto quiere decir que es el particular originador el que debe suministrar la información, los diseños, los criterios técnicos, los elementos presupuestales, los criterios de demanda y de precios, la definición inicial de los riesgos para estructurar el proyecto; (ii) lo que debe surtirse en una primera etapa o de pre-factibilidad en donde se exige (a) la descripción completa del proyecto, (b) el [o los] diseño [s] mínimo [s] de lo que constituirá la construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación de la infraestructura; (c) el alcance del proyecto; (d) los estudios de demanda; (e) las especificaciones del proyecto; (f) su costo estimado, y; (g) su fuente de financiación [inciso 3º , artículo 14 Ley 1508 de 2012].*
>
> *34.- Como puede verse, en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una iniciativa privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo. Esto implica, que el particular debe realizar un debido proceso de planeación del negocio que le formula al Estado, ya que de seguir adelante y concretarse en la celebración del contrato respectivo y por un largo plazo se correspondería con la exigencia de optimización, racionalización y eficiencia en la inversión para los recursos públicos puede representar la concreción del proyecto".*

(ii) Ahora bien, una vez terminada la fase de factibilidad; revisados y aprobados los estudios, diseños y modelos respectivos por parte de la entidad pública interesada, y establecido por parte de esta que el proyecto de APP resulta, no solamente viable (desde el punto de vista técnico, social, legal, económico y ambiental), sino también necesario o conveniente para el interés público y, en particular, para la realización de los fines, planes, objetivos y funciones de dicha entidad, empieza el proceso de contratación propiamente dicho, es decir, el conjunto de etapas, actividades y decisiones tendientes a lograr que el Estado contrate a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que se encargará de ejecutar el proyecto, de acuerdo con las reglas que rigen las asociaciones público privadas y las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

184 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2018, radicación 11001032600020160010 1-00 (57.421).

En este punto, debe distinguirse entre (i) las asociaciones público privadas de *iniciativa pública* y las APP *de iniciativa privada que requieren el desembolso de recursos públicos*, por una parte, y (ii) las asociaciones público privadas *de iniciativa privada que no exigen* el aporte de recursos públicos, por otra parte, ya que la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015 establecen procedimientos de selección distintos para cada uno de estos dos grupos.

En efecto, para el primer conjunto, es decir, las APP de origen público y las APP de origen privado que requieren el desembolso de dineros oficiales, la Ley 1508 y el decreto reglamentario determinan, sin ambages, que el sistema de selección a utilizar es el de *licitación pública*, con algunas particularidades. No ocurre lo mismo con las asociaciones público privadas de origen privado que no exigen el aporte de recursos del Estado, para las cuales la normatividad citada establece un procedimiento de contratación especial, que coincide, parcial y eventualmente, con el de selección abreviada previsto en la Ley 1150 de 2017, como pasa a explicarse.

Procedimiento de selección en las APP de iniciativa privada, sin desembolso de recursos públicos

De lo dispuesto literalmente por los artículos 20 de la Ley 1508 de 2012 y 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015, podría entenderse, en principio, que en esta clase de APP, el proceso de selección solo principia después de vencido el plazo previsto en el artículo 19 de la Ley 1508, si dentro de dicho plazo se presentan terceros que manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones acordadas entre la entidad pública y el originador.

Sin embargo, un análisis más profundo de la cuestión permite concluir que el proceso de selección o, en términos más genéricos, el proceso de contratación se inicia realmente antes, cuando la entidad estatal decide publicar en el SECOP el acuerdo al que ha llegado con el originador, los estudios, la minuta de contrato y sus anexos, por un término de dos (2) meses, prorrogable por otros cuatro (4), en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 de 2015, pues es, a partir de ese momento, que la entidad pública oficializa su interés en contratar la ejecución del proyecto con quien resulte seleccionado, ya sea el originador o un tercero, y que las demás personas, distintas del originador, que se crean en condiciones de acometer el proyecto, pueden manifestar formalmente su interés en hacerlo, asumiendo desde ese instante compromisos frente a la entidad estatal y frente al originador (en este último caso, de reembolsarle el valor de los estudios realizados, en caso de resultar adjudicatarios).

Tan cierto es lo anterior, que el artículo 20 de la Ley 1508 y el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015 disponen que los terceros que manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, deben entregar una garantía para asegurar la seriedad de su ofrecimiento, "*por el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto*" y acreditar "*su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos*", lo cual demuestra que dicha "*manifestación de interés*" no consiste simplemente en la expresión de una intención difusa o de una posibilidad teórica, sino en la manifestación seria de su voluntad de

presentar una oferta, a partir de la cual dichos terceros quedan oficialmente vinculados al proceso de selección.

A este respecto, la Sala resalta lo dispuesto por el artículo 2.2.2.1.5.9 del Decreto 1082 de 2015, que establece el plazo dentro del cual la entidad estatal que tramite un proyecto de APP de iniciativa privada debe iniciar el proceso de contratación. Dicha norma estatuye que, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación, a que se refiere el artículo 2.2.2.1.6.2 del mismo decreto, "*la entidad estatal competente dará apertura a la licitación pública, cuando se trate de iniciativas privadas que requieran desembolsos de recursos públicos, o realizará la publicación en el SECOP de la información establecida en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos*" (se subraya), lo cual confirma que en las APP de iniciativa privada, sin aporte de recursos públicos, el inicio del respectivo proceso de contratación se da con la publicación de la información y la documentación pertinentes en el SECOP, lo cual equivale a la apertura de la licitación pública en las asociaciones público privadas de iniciativa pública y en las APP de origen privado que demandan el desembolso de recursos estatales.

Destaca la Sala que, aun cuando este procedimiento puede dar lugar a la conformación de una lista de precalificados y, con base en ella, a que se utilice "*la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación*" (se resalta), como lo preceptúa el artículo 20, inciso 2º, de la Ley 1508 de 2012, el proceso que se lleva a cabo en este caso no corresponde exactamente al de "selección abreviada", descrito y regulado en la Ley 1150 de 2007, como pudiera creerse a simple vista, sino que se trata de un procedimiento especial, previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1082 de 2015, que empieza, como se indicó, con la publicación de la información y los documentos en el SECOP, a que se refiere el artículo 19 de la mencionada ley.

De todas formas, como la ley ordena aplicar, en estos casos, la *metodología* del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, vale la pena hacer referencia a las normas que regulan dicho sistema, lo que permitirá confirmar, además, la tesis que la Sala sostiene en este concepto.

En efecto, el mecanismo de selección abreviada fue definido por el artículo 2º, numeral 2º, de la Ley 1150, en los siguientes términos:

> *"2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual".*

Asimismo, el numeral 2º del parágrafo 2º del mismo artículo estatuye:

"Parágrafo 2º. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2o del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:

(…)

2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2o del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10). Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

(…)" (Subrayas añadidas).

Se aclara que el literal b) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 se refiere a la causal de selección abreviada denominada "menor cuantía", la que se determina "*en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales*".

A este respecto, el artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015 dispone:

"Artículo 2.2.1.2.1.2.20. Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía. Además de las normas generales establecidas en el presente título, las siguientes reglas son aplicables a la selección abreviada de menor cuantía:

1. En un término no mayor a tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de apertura del Proceso de Contratación los interesados deben manifestar su intención de participar, a través del mecanismo establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

2. Si la Entidad Estatal recibe más de diez (10) manifestaciones de interés puede continuar el proceso o hacer un sorteo para seleccionar máximo diez (10) interesados con quienes continuará el Proceso de Contratación. La Entidad Estatal debe establecer en los pliegos de condiciones si hay lugar a sorteo y la forma en la cual lo hará.

3. Si hay lugar a sorteo, el plazo para la presentación de las ofertas empezará a correr el día hábil siguiente a la fecha en la cual la Entidad Estatal informe a los interesados el resultado del sorteo.

4. La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación de ofertas durante tres (3) días hábiles".

La Sala hace notar que, tanto en la norma legal (artículo 2º de la Ley 1150) como en la reglamentación, la preselección de los participantes no es un paso anterior a la apertura del procedimiento de contratación denominado "selección abreviada de menor cuantía", sino que es una etapa de dicho proceso, tendiente a seleccionar el respectivo contratista,

que opera como una especie de filtro inicial, para determinar el listado de los participantes que podrán presentar efectivamente ofertas.

También resalta la Sala que, con el ánimo de obtener la mayor participación posible de terceros interesados, y en desarrollo de los principios de publicidad y transparencia, la Ley 1508 y su decreto reglamentario establecen la imperiosa necesidad de dar suficiente publicidad a la iniciativa de asociación público privada planteada por el originador, así como a la posición de la entidad estatal en relación con la misma, manteniendo en reserva solamente "*el modelo financiero estatal*" y *"los análisis financieros que realice la entidad estatal competente en la evaluación del proyecto*".

Para tal efecto, la normatividad mencionada establece los siguientes mecanismos: *(i)* la realización de una audiencia pública, durante la evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad, para lograr la participación de las autoridades y los terceros interesados, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.1.5.6, numeral 1º, del Decreto Reglamentario 1082 de 2015; *(ii)* la obligación de publicar en el SECOP la información y la documentación principal sobre la iniciativa privada, la estructuración del respectivo proyecto y las condiciones de ejecución del mismo, una vez superada la etapa de factibilidad; *(iii)* la inscripción de la iniciativa en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas, y *(iv)* la publicación de la información y de los documentos respectivos en la página de internet de la entidad pública interesada en contratar.

Lo anterior, además de desarrollar los principios de publicidad, transparencia, planeación, moralidad e imparcialidad, entre otros, que deben regir la actividad contractual del Estado y, en general, la función administrativa, busca lograr que, mediante una convocatoria pública, participe la mayor cantidad posible de personas interesadas en ejecutar el proyecto de APP, aun en aquellos eventos en los que la iniciativa no surja del Estado, sino de un particular que esté interesado en realizar el proyecto y cuente con la suficiente información y capacidad técnica y financiera para ello.

Si bien resulta evidente que en las APP de iniciativa privada, el originador tiene una ventaja importante sobre los otros interesados y potenciales participantes, pues dicho originador es el que tiene la información más completa y detallada sobre el proyecto a ejecutar, y presumiblemente cuenta con los suficientes recursos, experiencia, conocimientos e infraestructura para materializarlo, el legislador colombiano (a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes) quiso otorgar a terceros la posibilidad de participar en este tipo de proyectos, con el fin de dar opciones a la entidad pública contratante y mejorar eventualmente su posición negociadora, para la cual trató de establecer un difícil equilibrio entre: *(i)* la necesidad de reconocer y estimular la iniciativa y el esfuerzo técnico y económico desplegado por el originador, y *(ii)* la participación de terceros en el proceso de contratación.

Esta intención del legislador fue clara y explícita desde la presentación del proyecto de ley[185] que se convirtió en la Ley 1508 de 2012, documento en el cual se incluían normas

185 Proyecto de ley 160 de 2011 Senado, presentado por el Gobierno Nacional (Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento Nacional de Planeación).

similares a las actuales en relación con las APP de iniciativa privada, y en cuya exposición de motivos se explicó lo siguiente:[186]

> *"Cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos, con el propósito de fomentar procesos competitivos, se realizará una publicación del proyecto en la cual se señalarán las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y se anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador. Sin perjuicio de lo anterior, con la finalidad de crear condiciones que posibiliten y constituyan un aliciente a la presentación de iniciativas privadas, se prevé la posibilidad de otorgarle el derecho al originador de la propuesta de mejorar el ofrecimiento considerado mejor calificado, lo que permitirá a la Administración contar con la mejor propuesta posible, y al originador ver reconocido su esfuerzo en la presentación, estructuración y análisis de un proyecto de iniciativa privada".* (Destacamos).

Merece la pena comentar que el principio de publicidad en esta clase de procesos contractuales aparece doblemente reforzado por la Ley 1675 de 2013, cuando se trata de negocios cuyo objeto se refiera a las actividades que pueden realizarse sobre el "patrimonio cultural sumergido", conforme a lo dispuesto por el artículo 16 *ibídem*:

> *"Artículo 16. Publicidad de los procesos contractuales. Sin perjuicio de realizar las publicaciones necesarias para la adecuada divulgación del proceso contractual, con el fin de asegurar la participación en el proceso de selección para adelantar la contratación de actividades sobre Patrimonio Cultural Sumergido, se podrán realizar también publicaciones en medios especializados que permitan divulgar el objeto y las características principales de la convocatoria".* (Se destaca).

Ahora bien, todo lo explicado hasta este punto permite descartar que el proceso de selección que se realice para escoger el contratista y celebrar el contrato que instrumente un proyecto de asociación público privada, pueda ser calificado como "*contratación directa*", ni siquiera en el caso de las APP de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos. En efecto, ni la ley lo califica de esa forma, ni tampoco reúne las condiciones esenciales para que pudiera tipificarse dentro de esa forma de contratación, según lo explicado en el acápite inicial de este concepto, pues en dicho proceso de selección existen: (i) convocatoria pública y (ii) la posibilidad de que participen pluralidad de oferentes.

Lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, en el sentido de que, si transcurrido el plazo de la publicación a que se refiere dicha norma, ningún tercero manifiesta a la entidad estatal competente su interés en ejecutar el proyecto, o se presentan terceros interesados que no cumplan las condiciones exigidas para participar, "*se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas"* (se resalta), no significa que dicha disposición califique el proceso de selección como una "contratación directa". Lo que significa es que, agotada esta primera etapa del proceso de selección (en la que hay, como se explicó, convocatoria pública y posibilidad de

186 *Gaceta del Congreso* de la República Nº 823 del 3 de noviembre de 2011, página 14.

participación de otros interesados), sin que personas distintas del originador manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, o expresen dicho interés pero no cumplan los requisitos establecidos para participar en la convocatoria, la entidad estatal puede contratar, de una vez, con el respectivo originador.

Así lo considera también parte de la doctrina. Por ejemplo, el autor Jorge Enrique Santos R. [187] manifiesta, sobre este punto:

> *"3. ETAPA DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA*
>
> *(…)*
>
> *a. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN RECURSOS PÚBLICOS*
>
> *En caso de que la ejecución del contrato se vaya a hacer con recursos privados exclusivamente, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, la entidad estatal competente debe publicar el acuerdo, los estudios y la minuta de contrato y sus anexos en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop), señalando las condiciones para la participación de terceros interesados en la ejecución del proyecto y precisando que, en caso de que no existan otros interesados, adjudicará el proyecto al originador.*
>
> *El plazo de la publicación se encuentra regulado en el artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 de 2015…*
>
> *Si durante el tiempo de publicación ningún tercero manifiesta su interés en ser ejecutor del proyecto, se celebrará el contrato en los términos y condiciones acordadas al final de la declaración de viabilidad del proyecto. En este caso, debe advertirse que, en nuestro criterio, no se trata de una contratación directa como algunos lo han sostenido, pues lo cierto es que terceros tuvieron la posibilidad cierta de ser el contratista, pero declinaron ejercerla".* (Resaltamos).

A este respecto, debe recordarse que en la contratación pública, una cosa es el procedimiento o sistema de selección que se utilice para escoger el potencial contratista, y otra es el resultado de dicho proceso. La "contratación directa" no alude al resultado de los procesos de contratación, sino a un sistema de selección permitido excepcionalmente por la ley, en el que las entidades estatales, desde que abren o inician formalmente el proceso, tienen la clara y expresa intención de contratar con determinada persona natural o jurídica. Esto no significa que en dicho sistema no rija el principio-deber de selección objetiva, pues la entidad estatal no puede escoger el contratista por razones de afecto, afinidad ideológica, religiosa o partidista, familiaridad, compasión, agradecimiento u otras razones de índole personal o subjetivo, sino exclusivamente por motivos de interés público objetivos, demostrables y debidamente justificados, y con fundamento en los

187 SANTOS Rodríguez, Jorge Enrique. *"Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio en la lógica contractual tradicional"*, en Contratos Públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, p. 693 y 694. Editores: Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba. Universidad Externado de Colombia, 2017.

estudios y análisis previos que se hayan realizado durante la fase de planeación, todo lo cual se refiere, no solo a la escogencia del sistema de contratación, sino también a la consideración misma de la persona natural o jurídica que deba ser contratista.

Por el contrario, no puede decirse que un proceso de selección que se inicie y se lleve a cabo en la modalidad de licitación pública, de selección abreviada o de concurso de méritos, o cualquier otra en la que exista convocatoria pública y posibilidad de participación de varios oferentes, *se transforme en un proceso de contratación directa*, por el simple hecho de que participe un solo (1) proponente, o que participen varios, pero que solo sea posible adjudicar el contrato a un oferente, debido a que los otros participantes, o las propuestas entregadas por ellos, no cumplan los requisitos de elegibilidad y, en general, los requisitos esenciales definidos por la entidad contratante en los pliegos de condiciones, en la invitación o en el documento que haya servido de apertura al proceso de contratación.

En este punto, vale la pena recordar que en un proceso de contratación que se realice en la modalidad de licitación pública, o en las otras modalidades competitivas de selección que permite el Estatuto General de Contratación Pública (distintas, por lo tanto, de la contratación directa), puede adjudicarse el contrato al único proponente que haya participado, tal como lo dispone el artículo 2.2.1.1.2.2.2.6 del Decreto 1082 de 2015, sin que esto convierta el proceso en una "contratación directa":

> *"Artículo 2.2.1.1.2.2.6. Adjudicación con oferta única. La Entidad Estatal puede adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley y el presente título para la subasta inversa, el concurso de méritos y las reglas particulares para los procesos con convocatoria limitada a las Mipyme".* (Se destaca).

D. Conclusiones generales y análisis del caso concreto

1. Conclusiones generales

De lo explicado en los acápites anteriores, la Sala extrae las siguientes conclusiones generales, que resultan determinantes para analizar el caso concreto y responder la pregunta formulada:

(i) El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a las entidades y organismos públicos utilizar el mecanismo de la "contratación directa" durante los cuatro (4) meses anteriores a la votación para elegir Presidente y Vicepresidente de la República en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, de ser el caso.

(ii) Dicha prohibición se refiere no solamente a la celebración o suscripción de contratos originados en este sistema de selección, sino también a la iniciación o continuación de dicho procedimiento.

(iii) Para efectos de la "Ley de Garantías Electorales", y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por "contratación directa" cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique.

(iv) La Ley 1675 de 2013 permite que las actividades relacionadas con el "patrimonio cultural sumergido" (definidas en su artículo 4º) sean efectuadas directamente por el Estado, o sean contratadas por este con terceros, nacionales o extranjeros, caso en el cual debe utilizar, por regla general, el procedimiento de licitación pública, regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

(v) Sin embargo, la misma ley permite expresamente (artículo 17) que el Ministerio de Cultura, en nombre de la Nación, contrate dichas actividades, "*de conformidad con la Ley 1508 de 2012*", es decir, mediante la estructuración y desarrollo de asociaciones público privadas (APP). En este caso, las reglas de estructuración, los procesos de selección, el contenido del contrato y su ejecución, entre otros aspectos, deben regirse por lo dispuesto en dicha ley y sus decretos reglamentarios, con las particularidades y reglas especiales contenidas en la Ley 1675.

(vi) En esa medida, la Sala observa que la "contratación directa" no está prevista en la Ley 1508 de 2012 como sistema de selección del contratista que haya de emprender la ejecución de un proyecto de APP, ni siquiera cuando este sea de iniciativa privada y no requiera el desembolso de recursos públicos.

(vii) Por el contrario, la Sala constata que, tal como están reguladas las asociaciones público privadas en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, tanto las de iniciativa pública como aquellas que surgen de la iniciativa privada (con o sin aportes del Estado), los procesos de selección que deben utilizarse en cada caso involucran: a) convocatoria pública y b) la posibilidad de que participen varios oferentes.

(viii) El hecho de que en una APP de iniciativa privada y sin aporte de recursos públicos se contrate con el originador, debido a que, dentro del plazo legalmente establecido, no se presenten terceros que manifiesten su interés en realizar el proyecto, o se presenten, pero no cumplan los requisitos exigidos por la entidad estatal, no significa que el proceso de selección que se lleve a cabo se convierta en uno de "contratación directa".

(ix) Finalmente, de lo anterior se colige que, bajo la Ley 996 de 2005, no está prohibida la iniciación, estructuración y contratación de proyectos en la modalidad de asociaciones público privadas (APP).

2. Análisis del caso concreto

En el caso concreto de la consulta, la Sala observa que se trata de un proyecto de asociación público privada (APP) de iniciativa privada, sin desembolso de recursos del Estado, que empezó a estructurarse desde el año 2015 y cuyo objeto consiste, según la información enviada por el Ministerio de Cultura, en realizar las actividades de "*intervención, aprovechamiento económico, preservación y divulgación del hallazgo* (galeón San José) *por parte del concesionario; así como el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública asociada, la cual se compone de un laboratorio para la conservación de materiales y un museo que permita la divulgación y apropiación del patrimonio cultural de la Nación*".

Según lo señalado en la consulta, ya se realizó todo el proceso de estructuración del proyecto, en sus fases de pre-factibilidad y factibilidad, cuyos estudios fueron revisados y aprobados por el Ministerio de Cultura, y se llegó a un acuerdo con el originador. En la actualidad, se desarrolla el proceso de selección del contratista, según lo explicado en el acápite anterior, en el cual participa el mismo originador.

En este contexto, la consulta recae sobre la eventual interpretación de que el proceso de selección que se realiza constituya una contratación directa y que, por ende, no pueda continuarse, ni suscribirse el contrato resultante, durante el período de veda impuesto por el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, especialmente en el evento de que no se presenten terceros interesados que manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, o se presenten manifestaciones de interés provenientes de terceros que no cumplan los requisitos exigidos por el Ministerio de Cultura.

Los argumentos expuestos detalladamente en los acápites anteriores, así como lo indicado en las conclusiones generales de esta parte del concepto, permiten concluir claramente, sin necesidad de explicaciones adicionales, que el proceso de selección que lleva a cabo el Ministerio de Cultura, independientemente de su resultado, no corresponde al sistema de "contratación directa", por lo que no está prohibido continuarlo, ni suscribir el contrato respectivo, durante la época de la restricción establecida por la "Ley de Garantías Electorales".

En atención a las consideraciones precedentes,

III. La Sala responde:

La suscripción del contrato de asociación público privada con el originador, en el evento de no presentarse ninguna manifestación de interés a la convocatoria pública realizada por el Ministerio de Cultura o de presentarse manifestaciones de interés que no cumplen los requisitos para ejecutar el proyecto, implica realizar una contratación directa que supondría la transgresión al artículo 33 de la Ley 996 de 2005?

No. Conforme a lo explicado en este concepto, la eventual celebración del contrato que sirva para instrumentar la asociación público privada (APP) con el respectivo originador,

en la hipótesis de que no se presente ninguna manifestación de interés por parte de terceros a la convocatoria pública efectuada por el Ministerio de Cultura, o que se presenten manifestaciones de interés que no cumplan con los requisitos exigidos para ejecutar el proyecto, no significa que se realice una contratación directa ni implica, por lo tanto, transgredir la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 ("Ley de Garantías Electorales").

Remítase a la Ministra de Cultura y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

5. Expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal para iniciar procesos de contratación financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales.

Radicado 2389

Fecha: 25/09/2018
Consejero Ponente: *Édgar González López*
Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 2-2018-036315 del 10 de octubre de 2018

El Ministro de Hacienda formula a la Sala una consulta, con el propósito de que se absuelvan algunos interrogantes relacionados con el momento en el que debe ser expedido el Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) para iniciar procesos de contratación financiados con recursos de organismos multilaterales de crédito.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de consulta se hace un recuento de los siguientes hechos y consideraciones:

1. Mediante oficio del 22 de mayo de 2018, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, de manera conjunta, solicitaron al Ministerio de Hacienda realizar la presente consulta.

2. Esta solicitud tiene origen en la diferencia de criterios que se han planteado por parte de la Subdirección Administrativa y Financiera del Ministerio de Hacienda y por Colombia Compra Eficiente, sobre el momento oportuno para que una entidad estatal expida el Certificado de Disponibilidad Presupuestal (en adelante CDP) en los procesos de contratación financiados con recursos de crédito provenientes de organismos multilaterales y que han ingresado al Presupuesto General de la Nación.

3 Destaca el Ministerio que, de acuerdo con el art 6 de la Ley 80 de 1993, es claro que el momento en que debe expedirse el CDP es la fecha de inicio del correspondiente proceso de selección del contratista, el cual depende a su vez de la respectiva modalidad de selección de que se trate.

4. Sin embargo, a su consideración, esta claridad no abarca un supuesto específico que se deriva de la posibilidad de que “los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, puedan someterse a los reglamentos de tales entidades”, de conformidad con en el inciso 2º del art. 20 de la Ley 1150 de 2007.

5. Los reglamentos de contratación a los que se refiere el art. 20 ibídem, por regla general no contemplan un acto de apertura o de resolución de apertura de un proceso de contratación, y por ende no es claro cuál es el momento exacto en el que debe ser expedido el certificado de disponibilidad presupuestal.

6. Frente a este supuesto, resalta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dos conceptos emitidos sobre esta particular y dirigidos al BID.

Por una parte, el concepto de Colombia Compra Eficiente, el cual considera que en el caso consultado, el CDP se requiere en la oportunidad en que de acuerdo con el procedimiento o reglamento del BID se abre formalmente el proceso de contratación, que en este caso ocurre al momento de adjudicación del contrato.

Por otra, el concepto del Ministerio de Hacienda, en el que se concluye que, como los recursos provenientes de empréstitos deben incorporarse al presupuesto general de la Nación, la afectación del respectivo rubro presupuestal requerirá de la existencia previa de un certificado de disponibilidad presupuestal.

7. Con base en las anteriores consideraciones, el Ministro de Hacienda formuló las siguientes preguntas:

1. *¿Cuál es el momento en el que debe expedirse el CDP para los procesos de selección que se financian con recursos de la Banca Multilateral y se rigen por su normatividad?*

2. *¿Existe o no existe posibilidad legal, para que las entidades que contraten con cargo a recursos de crédito proveniente de este mismo organismo e incorporado al presupuesto General de la Nación, procedan a emitir el CDP no al iniciar el proceso de selección sino cuando se notifique la adjudicación al proponente?*

8. Por solicitud del Magistrado Ponente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegó al expediente de esta consulta los siguientes documentos:

a. La solicitud presentada por la Contraloría General de República y la Procuraduría General de la Nación al Ministro de Hacienda y Crédito Público, para que se estudie la posibilidad de elevar la presente consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Documento de fecha 22/05/2018, identificado con el No 1-2018-044578.

   Los anexos de la referida solicitud, en especial, el concepto emitido por Colombia Compra Eficiente, de fecha 10/12/2017 y radicado No 2201713000007623, y el concepto de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de fecha 16 de diciembre de 2017.

b. Copia de la Circular BID/FMP/CCO-01/2017, emitida por el BID para los organismos ejecutores de Operaciones Financiadas por este Banco en Colombia.

9. Del concepto emitido por Colombia Compra Eficiente, la Sala destaca las siguientes consideraciones:

"PRIMER PROBLEMA PLANTEADO.

"De conformidad con el Estatuto de Contratación Estatal, ¿A partir de qué momento la Entidad contratante debe contar con (expedir) el Certificado de Disponibilidad Presupuestal para adelantar un proceso de Contratación?

- *COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE.*

La Ley 80 de 1993 estableció como uno de los requisitos para adelantar cualquier proceso de selección, contar con el certificado de disponibilidad presupuestal.

(…)

En consecuencia, cualquiera que sea el procedimiento de contratación que emplee la administración, para iniciarlo deberá contar con disponibilidad presupuestal suficiente para asumir la futura obligación de pago.

SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

¿A partir de qué momento la Entidad contratante debe contar con (o expedir) el Certificado de Disponibilidad Presupuestal para adelantar un Proceso de Contratación en el marco de la normatividad del BID)

(…)

El momento en el que la Entidad contratante debe contar con (o expedir) el Certificado de Disponibilidad Presupuestal para adelantar Proceso de Contratación que se rige por la normatividad BID, dependerá de la oportunidad en la que de acuerdo con el procedimiento y/o reglamento de dicha normatividad la Entidad Estatal da apertura formal al Proceso y/o manifiesta de manera irrevocable su voluntad de realizar la adquisición en las condiciones consignadas en los términos de referencia, esto es, el momento a partir del cual la Entidad Estatal no puede desistir del Proceso de Contratación.

(…) en el marco de la normatividad del BID, la disponibilidad presupuestal debería exigirse al momento de la notificación de la adjudicación del contrato con el propósito de garantizar la disponibilidad de los recursos asignados al negocio jurídico, toda vez que en la normatividad BID no existe acto formal de apertura del proceso de contratación que vincule jurídicamente al BID a partir de su expedición".

(…)

1. De acuerdo con la Circular BID-FMP-01/2017 los procesos de contratación pueden suspenderse o cancelarse en cualquier etapa del proceso, antes de la notificación de la adjudicación del contrato, considerando que mediante esta notificación el organismo ejecutor adquiere el compromiso con el oferente/contratista en los términos y condiciones de los contratos a suscribirse y las propuestas correspondientes.

2. En este orden de ideas, las políticas para la Adquisición de Bienes y Obras GN-2349-9 y para la selección y contratación de Consultores GN-2350-9 del Banco Interamericano de Desarrollo, no establecen un acto o resolución de apertura a partir de cuya expedición se obligue la Entidad a culminar el Proceso de Contratación. El aviso general de Adquisiciones, los Anuncios específicos de Adquisiciones, el llamado a licitación, son documentos de licitación tenientes (sic) a dar publicidad al proceso informando a los interesados los aspectos básicos de la convocatoria, pero no comprometen a la Entidad a llevar a cabo la adjudicación, siento dichos documentos asimilables al aviso de convocatoria que se publica con el proyecto de pliego de condiciones en el marco del Estatuto de Contratación Estatal colombiano".

Subraya la Sala

10. Del concepto emitido por la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda, la Sala destaca las siguientes consideraciones:

"1. Principio de legalidad del presupuesto público.

(…) En la legislación colombiana, el principio de legalidad también involucra la incorporación de ingresos y de los gastos en el presupuesto, vale decir, para incluir estos recursos en la ley anual debe establecerse el monto de ingresos, y del otro lado, las erogaciones como una autorización máxima de gastos a los órganos que lo conforman, todo lo cual se sujeta en todo caso, a los títulos jurídicos consagrados en el inciso del artículo 346 de la Constitución Política.

(…)

3. Aforo presupuestal de los recursos provenientes del crédito externo suscritos con la Banca Multilateral.

El aforo presupuestal obedece a que tal como se ha explicado, en la legislación Colombiana el principio de legalidad se traduce en la incorporación de ingresos en el presupuesto y para incluir estos recursos en la ley anual del presupuesto se debe establecer el monto de estos ingresos.

En este sentido, el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Presupuesto ha definido como recursos de capital los recursos del crédito externo.

Así, en el nivel nacional, los contratos de empréstitos, en la medida en que sean recursos de crédito con vencimiento mayor a un año, de acuerdo con los cupos autorizado por el congreso, estarían comprendidos dentro de los recursos de capital y, por ende, formarían parte del presupuesto de rentas del Presupuesto General de la Nación.

(…)

4. *Dado que el principio de legalidad se traduce en la incorporación de ingresos y gastos en el presupuesto; vale decir, para incluir estos recursos en la ley anual de presupuesto debe establecerse su monto, de otro lado, las erogaciones como una autorización máxima de gasto a los órganos que lo conforman; todo lo cual se sujeta a los títulos jurídicos consagrados en el inciso segundo del artículo 346 de la Constitución Política 14 y en el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996).*

De lo expuesto se infiere que las apropiaciones incluidas en el presupuesto, deben contar con un título constitutivo de gasto, en los términos previstos en la Constitución Política y en el mencionado Estatuto Orgánico.

Así mismo, el pluricitado Estatuto establece:

> *"Artículo 71.- Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.*
>
> *(…)*

De la norma orgánica no sobra observar que el CDP es una operación administrativa, que acompaña y materializa el acto administrativo.

Por su parte, el Decreto 1068 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público", define el certificado de disponibilidad de la siguiente manera:

> *"Artículo 2.8.1.7.2.- El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos.*

Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades". (Art. 19 Decreto 568 de 1996)

Adicionalmente, la Resolución 036 del 7 de mayo de 1998, "Por la cual se determinan algunas normas y procedimientos sobre registros presupuestales, suministro de información y su sistematización del Presupuesto General de la Nación", indica:

> *"**Artículo 2.** El proceso de afectación del Presupuesto se efectuará teniendo en cuenta las siguientes etapas:*
>
> *A. Expedición del correspondiente certificado de disponibilidad por el jefe de presupuesto del órgano respectivo o quién haga sus veces, previo a la adquisición del compromiso.*

(…)

5. Aplicación de los reglamentos de la Banca Multilateral a los contratos que administran recursos públicos y que provienen del crédito externo.

Si bien es cierto que en un principio el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, permitía que las entidades públicas colombianas se sujetaran a los reglamentos de los organismos multilaterales, cuando sus contratos se financiaban por organismos tales como el Banco Mundial, el mismo BID, y otros, (…) la Corte Constitucional se apartó de esta interpretación literal del artículo 13 y declaró la exequibilidad condicionada del inciso 4.

(…)

En la parte considerativa del fallo se explica que los contratos de administración de recursos provenientes de la Banca Multilateral deben ser aforados presupuestalmente…

Al tenor de lo dispuesto en el art. 71 el Estatuto Orgánico del Presupuesto y las normas que lo reglamentan, todos los actos administrativos que afecten una apropiación presupuestal debe (sic) contar previamente con certificado de disponibilidad presupuestal.

En el ordenamiento jurídico colombiano, todos los actos administrativos que impulsen los procesos de selección en una determinada contratación estatal y que afecten una apropiación presupuestal deben expedir certificado de disponibilidad presupuestal.

11. Por su parte, la Circular BID/FMP/CCO-01/2017, emitida por el BID, para los organismos ejecutores de Operaciones Financiadas por este Banco en Colombia, señala:

"De acuerdo con las políticas de adquisiciones (GN-2349-9 y GN-2350-9) del BID, los procesos de contratación pueden suspenderse o cancelarse en cualquier etapa del proceso antes de la notificación de la adjudicación del contrato, considerando que mediante esta notificación el organismo ejecutor, adquiere el compromiso con el oferente contratista, en los términos y condiciones de los contratos a suscribirse y las propuestas correspondientes".

12. Del escrito de la Contraloría General de República y de la Procuraduría General de la Nación, la Sala evidencia que la presente consulta tiene origen en las inquietudes planteadas por el Banco Interamericano de Desarrollo a las citadas entidades, las cuales consideran que no son competentes para pronunciarse sobre estas materias, y que es la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la que puede pronunciarse sobre el tema.

II. CONSIDERACIONES

A. Problema jurídico

Del contexto fáctico y normativo de la consulta y de las preguntas formuladas por el Ministerio de Hacienda, se extrae el siguiente problema jurídico:

¿Ante la ausencia de norma especial en la materia, cuál es el momento en el que debe expedirse el CDP para los procesos de selección que se financian con recursos de los organismos multilaterales y se rigen por su normatividad?

B. Análisis jurídico

Para resolver el problema jurídico enunciado, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: **I.** El régimen del CDP contenido en la Constitución y en el Estatuto Orgánico del Presupuesto. **II.** El régimen del CDP contenido en el Estatuto de la Contratación Pública. **III.** Aplicación de estos regímenes a los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales.

Consideraciones previas

Parte la Sala de lo manifestado por la entidad consultante, en el sentido que los interrogantes formulados en la consulta se refieren exclusivamente a los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales que son incorporados al Presupuesto General de la Nación.

Al respecto, es importante destacar que el art. 31 del Estatuto Orgánico del Presupuesto[188], establece:

> ***"Artículo 31.*** *Los recursos de capital comprenderán: los recursos del balance, <u>los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la República</u>, los rendimientos financieros, el diferencial cambiario originado por la monetización de los desembolsos del crédito externo y de las inversiones en moneda extranjera, las donaciones, el excedente financiero de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga, y las utilidades del Banco de la República, descontadas las reservas de estabilización cambiaria y monetaria".*
>
> Subraya la Sala

De conformidad con esta disposición, los recursos provenientes de créditos de organismos multilaterales - como el BID –, con vencimiento mayor de un año[189], entran al Presupuesto General de la Nación y están sujetos al Estatuto Orgánico del Presupuesto[190].

En consecuencia, estos recursos deben ser objeto de la respectiva apropiación presupuestal, con base en las cuales las entidades públicas atenderán los compromisos adquiridos durante la respectiva vigencia fiscal.

188 Decreto 111 de 1996.

189 Si un recurso de crédito tiene un plazo menor a un año se considera recurso de tesorería y no es apto para financiar un nuevo gasto público. Cfr. Eumet. Net. Enciclopedia virtual. Consultada el 13 de julio de 2018. Disponible en la página web http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/465/FONDOS%20ESPECIALES%20Y%20RECURSOS%20DE%20CAPITAL.htm.

190 Así lo concluye también el Ministerio de Hacienda en concepto del 26 de diciembre de 2017, en el cual se pronunció sobre los asuntos de esta consulta.

Justamente, sobre la apropiación presupuestal de los recursos provenientes de créditos internos y externos, el art. 11 del Decreto 0568 de 1996 dispone:

> *Art. 11.- Los recursos del crédito interno y externo con vencimiento mayor a un año se incorporaran al Presupuesto General de la Nación de acuerdo con los cupos autorizados por el Congreso de la Republica y las estimaciones de la Dirección General de Crédito Publico del Ministerio de Hacienda.*

Por su parte, en la Sentencia C-294 de 2004, mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible lo dispuesto en el inciso cuarto del art. 13 de la Ley 80 de 1993, hoy contenido en el art. 20 de la Ley 1150 de 2007, relativo a la posibilidad de que los contratos financiados con fondos provenientes de créditos de organismos multilaterales se sometan a los reglamentos de tales organismos, precisó:

> *"Como bien se puede inferir, desde el punto de vista de los recursos vinculados a la contratación estatal, este inciso se refiere* ***con exclusividad a los ingresos percibidos por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales****. Por lo mismo, este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos. Así por ejemplo,* ***este inciso resulta inaplicable en relación con los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito.*** *Por lo tanto, al decir la norma que los respectivos contratos, "(...) podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes".*
>
> *Subraya la Sala*

De conformidad con lo expuesto, es posible concluir que los recursos provenientes de organismos multilaterales y dirigidos al financiamiento de contratos estatales deben ser aforados legalmente en el Presupuesto General de la Nación y ser objeto de las respectivas apropiaciones presupuestales, con el propósito de dar certeza sobre los recursos con que cuenta la Administración para atender de manera cumplida sus obligaciones durante la respectiva vigencia fiscal.

En este sentido, es importante advertir que en nuestro ordenamiento, la regulación relativa al Certificado de Disponibilidad Presupuestal (en adelante CDP) en materia contractual reposa sobre dos grande grupos de normas, que corresponden a instituciones diferentes, aunque relacionadas[191]: **i)** El régimen del CDP contenida en la Constitución y en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y, **ii)** El régimen del CDP en el Estatuto de Contratación Pública.

191 Sobre esta dicotomía regulatoria Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014), donde al respecto se señala: *Es inocultable la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen presupuestal; la relación es tan fuerte que ha sido una constante en los estatutos de contratación que ha tenido el país. Por ende, su regulación no ha sido del resorte exclusivo de la ley de presupuesto, porque todas las leyes de contratación pública han regulado parcialmente el tema. Parte de la importancia consiste en que a través de los contratos se ejecuta la mayor parte del presupuesto público, representando otra suma importante el pago de la deuda pública –que se adquiere por medio de contratos de crédito- y los gastos de funcionamiento –incluye salarios y prestaciones sociales-. Esta simple proporción refleja la importancia que tiene el presupuesto para la contratación estatal y, a la inversa, la contratación estatal para el presupuesto.*
No obstante reconocerse esta realidad jurídico-administrativa, la relación entre estos grandes regímenes del derecho administrativo –contratación y presupuesto- no siempre es pacífica, aunque sí necesaria, toda vez que en muchos casos entran en conflicto -y muy serios-, porque uno exige para

Por esta razón, para adelantar el análisis de los interrogantes planteados a la Sala, sobre la oportunidad en la que debe ser expedido el certificado de disponibilidad presupuestal en relación con los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales y que se someten a los reglamentos de tales organismos, se hará referencia a cada uno de estos regímenes.

I. El régimen del CDP contenido en la Constitución y en el Estatuto Orgánico del Presupuesto

Varias disposiciones de naturaleza constitucional y legal integran el régimen orgánico del presupuesto público. A continuación se aborda su análisis, pero desde la perspectiva exclusiva de la disponibilidad presupuestal y su incidencia en materia contractual.

1. El principio de legalidad del gasto público, y el concepto y objetivos del certificado de disponibilidad presupuestal (CDP), de conformidad con la Constitución Política.

Los artículos 345, 346[192] y 352[193] de la Constitución Política consagran los principios esenciales del Presupuesto Público, que por lo tanto gobiernan el régimen presupuestal contenido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto (EOP)[194].

La primera de las normas citadas dispone lo siguiente:

> *"**Artículo 345.** En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.*
>
> *Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto".*

---

su perfecta funcionalidad posibilidades de acción que al otro le dificultan la suya. Por ejemplo, el manejo anualizado del presupuesto es un gran sistema de administración de los ingresos y los egresos; pero en la contratación el año calendario no está asociado a la ejecución normal de las obras, a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

En este sencillo ejemplo se advierte una tensión entre el sistema presupuestal y el sistema contractual, de allí que el legislador, en su labor de configuración del ordenamiento jurídico, tiene el deber de construir cada uno con el mayor refinamiento y precisión posible, para que ambos cumplan la finalidad de interés general que les corresponde proteger. No obstante, si no es posible armonizarlos, no cabe duda que la ley sacrificará, en mucho o en poco, las pretensiones de eficiencia total de un sistema en detrimento del otro, privilegiando la lógica de funcionamiento de alguno. Esto produce, en principio, un resentimiento en el método de proceder del sistema jurídico afectado, pero mientras no sea inconstitucional le corresponde asumir la carga de subordinarse a la razón de su contradictor.

Las ideas anteriores explican mejor por qué los arts. 25.6, 25.13 y 41 de la Ley 80, regulan aspectos que -sin duda- pertenecen al sistema presupuestal público, pero relacionados íntimamente con la contratación estatal. Se trata de disposiciones relacionadas con el valor del contrato y la forma de pago".

192 *Artículo 346. El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.*

En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones.

Subraya la Sala

193 *"Artículo 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar".*

194 Decreto 111 de 1996, por medio del cual se compilaron las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995

Subraya la Sala

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional[195], esta disposición consagra el principio de la legalidad del gasto público, definido por la misma corporación como la concreción en el campo fiscal del principio de legalidad de la actuación pública y fundamento del Estado de Derecho, el cual encuentra sus bases constitucionales, entre otros, en los artículos 121[196] y 122[197] de la Carta Política.

De manera adicional, ha establecido la Corte que el concepto de disponibilidad presupuestal se constituye en un instrumento protector del principio constitucional de la legalidad del gasto público, así:

> *[En relación con la exigencia de disponibilidad presupuestal, ella hace parte del principio de legalidad del gasto público, establecido en los artículos 345, 346 y 347 de la Constitución Política, (…) la disponibilidad se concibe como un instrumento mediante el cual se busca prevenir o evitar que el gasto sea realizado por encima del monto máximo autorizado por la correspondiente ley anual de presupuesto durante su ejecución. (…)*
>
> *Sobre el particular, conviene reiterar igualmente, lo ya expresado por esta Corporación en la Sentencia No. C-308 de 1994. M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, donde se afirmó:*
>
> *"En virtud del principio de legalidad, la destinación de recursos públicos a objetivos no previstos por la ley es contraria a derecho y no puede cumplirse por ningún organismo o persona que administre recursos públicos, y mucho menos por personas privadas que los administren como colaboradores del Estado. El principio de legalidad es demasiado inflexible para condescender con el manejo a discreción de los recursos públicos, bien sea por las autoridades oficiales o por los particulares". (…)*
>
> *De conformidad con lo anterior, la disponibilidad presupuestal constituye un elemento que permite que el principio de legalidad, dentro de un análisis sistemático, consagrado dentro del sistema presupuestal colombiano, pueda cumplirse y hacerse efectivo.*
>
> *(…) <u>los objetivos de la disponibilidad son la protección de los recursos públicos para facilitar la realización de los fines estatales, los cuales no se podrían alcanzar si los ordenadores del gasto de las entidades públicas pudieran ejecutar sumas superiores a las disponibles, constituyéndose en una garantía para que los recursos incorporados en los presupuestos sean suficientes para atender los gastos y obligaciones contraídas por el Estado.</u> No sería posible entonces efectuar una correcta ejecución presupuestal si no hay disponibilidad, porque sin ella se ejecutarían partidas por encima de las presupuestadas, en perjuicio de otras que no podrían efectuarse. El objetivo de la norma*

195 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-073 de 1993.

196 *"Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".*

197 *"Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (…)".*

no es otro que garantizar el pago de la prima técnica a que hace referencia el decreto parcialmente acusado"][198].

Subraya la Sala

Así las cosas, de acuerdo con el marco constitucional del presupuesto público colombiano y su interpretación por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el deber de contar con disponibilidad de recursos para asumir un gasto o una obligación por parte de una entidad del Estado, es una expresión del principio de legalidad del gasto público que se enmarca en el mandato constitucional de legalidad de las actuaciones públicas y que permea todo el régimen presupuestal regulado por el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Por lo tanto, de conformidad con el marco constitucional del presupuesto público, existe el deber de las entidades públicas de contar con un certificado de disponibilidad presupuestal de forma previa a la asunción obligaciones o compromisos de carácter contractual, como una garantía de la existencia de recursos suficientes para atender los gastos y obligaciones que serán contraídos por el Estado.

2. El régimen presupuestal del CDP en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y sus disposiciones reglamentarias.

Ahora bien, de las normas legales y reglamentarias que consagran y desarrollan los principios de legalidad del gasto y disponibilidad de recursos se destaca, en primer lugar, el art. 19 del Decreto 568 de 1996[199], que dispone:

*"**VII. DE LA EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO**.*

Artículo 19. El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos.

Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación para expedir nuevas disponibilidades".

De acuerdo con esta definición, el certificado de disponibilidad presupuestal es el instrumento a través del cual la administración asegura la existencia de recursos necesarios para asumir sus obligaciones futuras; garantiza que estas no excederán los límites de gastos previstos para una determinada vigencia fiscal, y permite organizar presupuestalmente a la entidad pública, pues expedido el certificado de disponibilidad presupuestal que afecta provisionalmente su presupuesto, la entidad sabe con qué recursos cuenta

198 Corte Constitucional. Sentencia C - 018 de 1996.

199 Decreto por el cual se reglamentaron las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación, posteriormente compiladas en el Decreto 111 de 1996.

para poder expedir nuevas disponibilidades presupuestales e iniciar otros procesos de contratación.

Por otra parte, el certificado de disponibilidad presupuestal también otorga certeza a los administrados sobre los recursos con los cuales cuenta la administración para atender de manera cumplida sus obligaciones.

De manera adicional, la norma transcrita evidencia la diferencia existente entre el "certificado de disponibilidad presupuestal" y el "registro presupuestal", así: mientras el primero se expide con el fin de garantizar la existencia de recursos suficientes para asumir un compromiso futuro y se expide con anterioridad al mismo afectando de manera provisional el presupuesto, el segundo se expide cuando se va a adquirir y se perfecciona un compromiso a través de un acto administrativo de carácter unilateral y se afecta de manera definitiva el presupuesto.

En efecto, en relación con este último el art. 20 del Decreto 568 de 1996 establece:

> *Art. 20.- El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.*

Por su parte, en relación con el certificado de disponibilidad presupuestal y con el registro presupuestal, el art. 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto[200], establece:

> ***"Artículo 71.*** *Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.*
>
> *Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.*
>
> *En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.*
>
> *Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.*

200 Decreto 111 de 1996.

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86. 179/94, art. 49".

Subraya la Sala

Esta norma ha sido analizada en reiteradas ocasiones por la Sección Tercera de esta Corporación, al estudiar los requisitos de perfeccionamiento de los contratos estatales.

Al respecto, en un primer momento se manifestó:

"Si bien, la norma antes transcrita hace alusión al perfeccionamiento de "actos administrativos", la misma ha de entendérsela (sic) hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna, (…)

En consecuencia, a términos (sic), de las normas antes transcritas, se deduce, que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones"[201].

De conformidad con estas consideraciones, el inciso 2 del art. 71 del EOSF, relativo a la obligación de contar con registro presupuestal como requisito de perfeccionamiento del compromiso asumido a través de un acto administrativo, debería entenderse aplicable a los contratos estatales.

Sin embargo, en sentencias posteriores de la misma corporación, prevaleció la tesis según la cual los contratos estatales nacen a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[202], esto es, cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación del negocio y este se eleve por escrito. Para el efecto, se precisa que lo dispuesto en el art. 71 del EOP en relación con la exigencia de contar con registro presupuestal como requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos, no se extiende al ámbito contractual. Lo anterior, bajo la consideración de que el inciso segundo del art. 71 ibídem solo es aplicable a los actos administrativos de carácter unilateral[203].

En específico, en Sentencia del 28 de septiembre de 2006, la Sección Tercera de esta Corporación señaló lo siguiente:

---

201 Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 27 de enero de 2000. Exp. 14935. Consejo de Estado. Sentencia Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005). Rad. No 07001-23-31-000-1995-00216-01(12846).

202 *"ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.*
<Inciso modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda".

203 Al efecto pueden consultarse, entre otras, las Sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, Exp. 12.775; el 3 de febrero de 2000 Exp. 10.399; el 28 de septiembre de 2006 y del 12 de agosto de 2014. Exp. 28565.

"A diferencia de lo afirmado en las precitadas providencias, la Sala considera que el Estatuto Orgánico de Presupuesto no modificó la ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal, por las siguientes razones:

3. Cuando el Estatuto Orgánico de Presupuesto alude a los actos administrativos no se refiere al contrato estatal.

El contrato estatal no es una especie de acto administrativo, pues aunque los dos sean actos jurídicos, el primero es esencialmente bilateral en tanto que el segundo es eminentemente unilateral. Lo que permite afirmar, como acertadamente lo hace Gordillo, que: "El contrato es una construcción demasiado especifica Goma para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídicos administrativos"[204]

Subraya la Sala

Estas consideraciones fueron reiteradas en época más reciente en la Sentencia del 12 de agosto de 2014, así[205]:

"(…) no es correcta aquella posición que señalaba que el art. 41 fue modificado por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -que estableció que los actos administrativos que involucren gastos se perfeccionan con el registro presupuestal-, porque, de un lado, se refiere al perfeccionamiento de los "actos administrativos" –inciso primero-, no al de los contratos estatales, de allí que no es pertinente aplicarla a una institución o figura completamente distinta, como es la contratación estatal. En efecto, los contratos estatales no son actos administrativos, por esta razón la norma no le aplicaba. En tal sentido, un acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, amén de las otras características, al paso que los contratos son, por definición, actos bilaterales, de manera que por este sólo presupuesto falla la identificación de estas dos formas de manifestación de la voluntad de la administración".

Subraya la Sala

Cabe destacar que estos pronunciamientos están dirigidos a señalar que el registro presupuestal exigido por el inciso 2 del art. 71 del EOP como requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos, no se extiende a los contratos estatales, pues estos gozan de una naturaleza jurídica distinta.

Por su parte, en relación con la obligación de contar con disponibilidad presupuestal para expedir los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, contenida en el inciso 1 del art. 71 ibídem, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que esta obligación subsiste en relación con todo gasto de la administración, incluidos los de carácter contractual.

En este sentido, la Sentencia del 12 de agosto de 2014, antes referida, señaló lo siguiente:

204 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2006. Rad. 73001-23-31-000-1997-05001-01.
205 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565.

"Conforme a esta disposición (se refiere al art. 71 del EOP[206]), la disponibilidad presupuestal es un requisito extendido a todo gasto, de manera que la regulación del art. 25.6 de la Ley 80 sólo ratifica, para el exclusivo contexto de la contratación estatal, lo que la ley general de presupuesto ordena para todo acto que involucre gastos. Si la norma citada de la Ley 80 no existiera, el inciso primero del art. 71 sería suficiente para entender que el requisito subsiste.

El inciso que se comenta también coincide con la Ley 80 en señalar que el certificado debe ser previo a la afectación que se haga al presupuesto, sólo que, a diferencia de aquella, no precisa el momento; pero la Ley 80 sí: antes de abrir un proceso de selección, de ahí que la complementariedad de estas leyes sea oportuna y ofrezca seguridad"[207].

Subraya la Sala

De manera adicional a lo señalado por la Sección Tercera, esta Sala considera que la obligación contar con certificado de disponibilidad presupuestal para expedir actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, incluso los de naturaleza contractual, encuentran sustento en:

i) El principio constitucional de legalidad del gasto público que gobierna el régimen presupuestal colombiano de conformidad con el art. 345 C.P., según lo analizado en este concepto.

ii) Lo dispuesto en el inciso tercero del mismo art. 71 del EOP, que establece de manera general -sin distinguir entre actos administrativos y procedimiento administrativo previo a la celebración de un contrato- que "*ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados".*

iii) Finalmente, la citada obligación encuentra respaldo en la definición del "*certificado de disponibilidad presupuestal*" incorporado en el Decreto Decreto 568 de 1996, del cual se deduce que todo compromiso que vaya a ser asumido por la administración debe estar respaldado por un certificado que garantice la existencia de recursos disponibles para el efecto y permita a la administración llevar un control de los recursos disponibles para adelantar otros compromisos.

II. El régimen de CDP en el Estatuto de la Contratación Pública.

El numeral 6 del art. 25 de la Ley 80 de 1993, que regula el principio de economía, y rige en todos los procedimientos de selección, establece:

206 Nota de la Sala.
207 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565. Cit.

"Art. 25. (…)

6. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales".

Como se puede observar, esta norma regula de manera concreta el momento o la oportunidad en la que debe ser expedido el certificado de disponibilidad presupuestal en materia contractual, esto es, en una fecha previa al momento en que se inicia el proceso de selección del contratista.

En concordancia con la citada disposición, la Ley 1882 de 2018, que modificó algunas disposiciones del Estatuto de Contratación, señaló:

"Artículo 6°. Adiciónese un parágrafo al artículo 8° de la Ley 1150 de 2007, e cual quedará así: (...) 3. Parágrafo. No es obligatorio contar con disponibilidad presupuestal para realizar la publicación del proyecto de Pliego de Condiciones".

Esta norma precisa que el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido por la entidad contratante antes de iniciar formalmente la etapa de selección del contratista, pero no en las etapas preparatorias del proceso de selección, como sería el momento de publicación del proyecto de pliego de condiciones en los procesos licitatorios.

Lo anterior no significa, claro está, que la Entidad contratante no pueda expedir el Certificado de Disponibilidad con anterioridad a la fecha de expedición del acto de apertura de un proceso de selección de un contratista, caso en el cual con sobradas razones la entidad se ajusta a la ley[208].

En todo caso, es claro que de acuerdo con el numeral 6 del art. 25 de la Ley 80 de 1993, el certificado de disponibilidad presupuestal debe expedirse en forma previa al inicio del proceso de selección, así: para la licitación pública, la selección abreviada y concurso de méritos, de manera previa a la expedición del acto administrativo de apertura formal del proceso, y para la mínima cuantía, al momento de la invitación pública y, en el caso de la contratación directa, desde el momento en que se inicia el proceso de negociación con el futuro contratista[209].

De esta manera, la Ley 80 de 1993 ratifica, para el específico campo de la contratación estatal, el principio constitucional de legalidad del gasto público y la consecuente obligación de contar con disponibilidad presupuestal antes de asumir un gasto o una obligación, pues obliga a la entidad estatal a asegurarse de que cuenta con la disponibilidad de recursos necesarios para asumir sus compromisos contractuales, antes de celebrar el respectivo contrato, e incluso antes de expedir los actos a través de los cuales se obliga a culminar el proceso de selección y adjudicar el respectivo contrato al oferentes más favorable, siempre cumplan los requisitos de ley.

208 En este sentido Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014. Exp. 28565.
209 Cfr. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de Agosto de 2014.

En este orden de ideas, además del principio de legalidad del gasto público y el de economía, la obligación de expedir y contar con disponibilidad presupuestal en materia contractual al momento de iniciar el proceso de selección del contratista, encuentra fundamento en el deber de planeación y del principio de buena fe que vincula a las entidades del Estado en los procesos de selección de sus contratistas, pues a través del certificado de disponibilidad presupuestal la entidad garantiza la existencia de recursos dentro de su presupuesto, para celebrar el contrato que resulte del proceso contractual[210], y para esto es determinante basarse en estudios serios y confiables acerca del costo del bien o servicio que se pretende contratar.

Al respecto, ha manifestado la Sección Tercera de esta corporación:

> *"… En cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales; igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello, así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia…[211]"*
>
> Subraya la Sala

En el mismo sentido se ha señalado:

> *"La omisión de la entidad pública en la obtención de la correspondiente disponibilidad presupuestal, si bien podría dar lugar a la violación de los principios de legalidad del gasto y de planeación, al punto que podría llegar a comprometer la responsabilidad personal y patrimonial de los funcionarios que actúen con desobedecimiento de tales principios, no tiene la entidad suficiente para afectar la validez del respectivo contrato, toda vez que la ausencia de disponibilidad presupuestal no está llamada a configurar una específica causal de nulidad de los contratos estatales…[212]"*
>
> Subraya la Sala

Así, al cumplir la obligación de expedir el certificado de disponibilidad presupuestal, la entidad se asegura de que en el presupuesto existe apropiación presupuestal suficiente para atender la prestación económica que se derivaría del proceso contractual y, al mismo tiempo, otorga garantía a sus futuros oferentes en relación con su respaldo económico para pagar las obligaciones que se derivarán del futuro contrato.

Finalmente, es importante destacar que, como lo ha establecido la Sección Tercera de esta Corporación, el inicio de un proceso de selección sin contar con el certificado de

210 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 1996.
211 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 03 de diciembre de 2007. Exp. 24715.
212 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de Febrero de 2013. Exp. 22892.

disponibilidad presupuestal, compromete la responsabilidad personal y patrimonial del funcionario público que adelanta el proceso:

> *"El Estado podrá adelantar procedimientos de licitación o concursos, celebrar contratos o contraer obligaciones sin contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, omisión que no solo daría lugar a la violación de los principios de legalidad y planeación, sino que comprometería la responsabilidad personal y patrimonial del funcionario que actúa con violación de estos fundamentales principios constitucionales y legales".* [213]

III. Aplicación de estos regímenes a los contratos financiados con fondos provenientes de organismos multilaterales.

De acuerdo con el inciso segundo del art. 20 de la Ley 1150 de 2007:

> *"(…) los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades".*

Es importante recordar que la disposición apenas transcrita fue originariamente contemplada por el derogado art. 13, numeral 4 de la Ley 80 de 1993[214], sobre la cual se pronunció la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> *"(…) como acertadamente lo expresa la Vista Fiscal, el inciso cuarto del artículo impugnado entraña un precepto especial de contratación, que por virtud de la misma ley 80 de 1993 permite la inaplicación del Estatuto de Contratación Pública en la hipótesis de los contratos relativos a fondos percibidos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacionales. Lo cual encuentra justificación en el hecho de que Colombia hace parte de esos organismos internacionales, como por ejemplo el FMI o el BID, y al hacer parte de ellos puede aceptar sus estatutos y régimen de contratación en cumplimiento de convenios, tratados y resoluciones de entidades supranacionales en los que el país ha participado activamente, como la ONU y la OEA, con sus filiales"*[215].

Por su parte, el art. 20 de la Ley 1150 de 2007 fue reiterado por el Decreto 1082 de 2015[216], así:

> ***"Artículo 2.2.1.2.4.4.1. Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación Internacional.*** *Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamen-*

213 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Exp. 16152.
214 Esta norma fue expresamente derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.
215 Corte Constitucional. Sentencia C-249/04.
216 **Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.**

tos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al presente título.

(…)

Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso, incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a tales operaciones en dichos documentos, sin que a ellos le sea aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

(…)"

Subraya la Sala

Al respecto, la observa la Sala lo siguiente:

i) De acuerdo con lo previsto en el art. 20 de la Ley 1150 de 2007, los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito pueden someterse a los reglamentos de tales organismos.

De ser así, el Estatuto de Contratación Pública no será aplicable a los procesos de selección, a la celebración y a la ejecución de estos contratos, a menos que los reglamentos de tales organismos se remitan a las normas de contratación pública nacional, o guarden silencio respecto a determinados aspectos del proceso contractual o de su ejecución. En este último caso, el Estatuto General de Contratación Pública será aplicable de manera supletiva.

ii) Es importante destacar que la posibilidad de inaplicar las normas nacionales de contratación pública a los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito es de naturaleza excepcional y, por lo tanto, de aplicación restrictiva.

Además, dicha posibilidad no se extiende a las normas del régimen presupuestal contenido en la Constitución Política, en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y en sus demás normas reglamentarias. Este régimen es diferente del consagrado para los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993 o por los reglamentos de los organismos multilaterales de crédito, aunque se encuentren relacionados e incluso en condición de complementariedad.

Por lo tanto, si bien los contratos financiados con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito pueden someterse a los reglamentos de tales entidades, permanecen sujetos a los principios y reglas del régimen presupuestal colombiano.

iii) De conformidad con lo expuesto, al procedimiento administrativo contractual y al respectivo contrato financiado con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito, y sometidos a los reglamentos de tales organismos, les resulta inaplicable por regla general el Estatuto General de la Contratación Pública. Sin embargo, estarán sometidos al Estatuto Orgánico del presupuesto y, entre otras obligaciones, a la obtener el certificado de disponibilidad presupuestal, en cumplimiento del régimen presupuestal analizado en este concepto.

Ahora bien, en cuanto a la oportunidad para expedir el certificado de disponibilidad, tanto el EOP, en su art. 71, como el art. 25 de la Ley 80 de 1993, consagran que este certificado debe expedirse en forma previa a la expedición del acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, como pueden ser los actos expedidos al inicio del proceso de contratación.

Para estos efectos, se debe tener en cuenta que la *ratio* que subyace a lo dispuesto en el art 25 de la Ley 80 de 1993 en relación con la oportunidad para contar con el certificado de disponibilidad presupuestal en materia contractual, es de contar, desde el mismo momento en que se expiden actos administrativos al inicio del proceso de selección del contratista, con un instrumento de planeación contractual, que garantice la existencia de los recursos necesarios para asumir el eventual compromiso, pero además, con un instrumento de organización presupuestal, que permita a la entidad pública llevar un registro de los recursos que se encuentran apropiados provisionalmente para un determinado proceso contractual, y que por ende no pueden ser apropiados para adelantar otros procesos de selección de la entidad.

Por lo tanto, en relación con los interrogantes planteados a esta Sala, el certificado de disponibilidad presupuestal proyecta sus efectos más allá de la celebración efectiva del contrato o de la obligación que adquiere la entidad pública de culminar el proceso de selección del contratista y celebrar el contrato, al punto de comprometer su responsabilidad.

Por todo lo expuesto, es claro que el momento para expedir el certificado de disponibilidad presupuestal en relación con los contratos o convenios financiados con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito y sometidos sus reglamentos, debe ser en forma previa al inicio del proceso de selección de un contratista, en específico, a la invitación pública que se realice a terceros para presentar sus ofertas, en un determinado plazo y condiciones.

De todas maneras, estas consideraciones deberán ser analizadas en cada caso concreto, según el contenido del reglamento del organismo multilateral que sea aplicable para el proceso de selección del contratista en Colombia, cuál es el acto a través del cual se inicia formalmente el proceso de selección del contratista.

iv) Aunque en algunos procesos de contratación sometidos a los reglamentos de organismos multilaterales puede no regularse un acto formal de apertura del proceso, lo cierto es que sí existen reglas fijadas en un pliego de condiciones (aunque puedan tener otra denominación)[217], que constituyen una manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, en la medida que las ofertas presentadas deben ajustarse a los plazos y condiciones previstos en estos documentos, so pena de ser rechazadas.

Por lo tanto, siempre que en los referidos procesos de selección exista un pliego de condiciones u otro documento que, independiente de su denominación, convoque a terceros a presentar sus propuestas y defina las reglas para su presentación y selección, y/o para la ejecución del contrato, existirá un acto administrativo obligatorio y vinculante para el proceso de selección del contratista. Por lo tanto, el CDP debe ser expedido en forma previa a este acto administrativo. Lo anterior, de conformidad con el art. 71 del EOP y en forma consonante con el art. 25 de la Ley 80 de 1993, y aunque no exista un acto de apertura formal para el inicio del proceso[218].

v) Ahora bien, una aplicación específica del análisis realizado en el literal anterior, a los contratos estatales financiados en Colombia con los recursos provenientes de préstamos del BID y sometidos a sus reglamentos, implica tener en cuenta las siguientes etapas de los diferentes procesos de selección previstos en los Documentos de Políticas para: A. La adquisición de bienes y obras financiadas por el BID o, B. La selección de consultores financiados por este organismo.

A. Documento sobre "Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID, GN-2349-9" de marzo de 2011[219]-[220]:

En este documento se prevén las siguientes actuaciones para los procesos de selección para la adquisición de bienes y obras financiadas por el BID:

217 En el caso del BID, por ejemplo, los reglamentos contemplan los Anuncios Específicos de Adquisiciones en el que se hace el llamado a licitación y se remite a los documentos de licitación.

218 En varios de los reglamentos de los organismos multilaterales puede no estar regulado un acto de apertura formal del proceso.

219 Consultado el 18 de julio de 2018. Disponible en el sitio web: http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=774396.

220 *"Este documento tiene por objeto informar a los encargados de la ejecución de un proyecto financiado en su totalidad o en parte con un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo o fondos administrados por el Banco y ejecutados por el Beneficiario acerca de las políticas que rigen la adquisición de bienes, de las obras y servicios conexos (distintos de los servicios de consultaría) necesarios para el proyecto (…)".*

TIPO DE PROCESO DE SELECCIÓN	ACTUACIONES QUE SE ADELANTAN EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA
1. Licitación Pública Internacional – LPI- (Regla general)[221]	Este proceso de selección consta de las siguientes etapas: a) **Un Aviso General de Adquisiciones,** que debe ser publicado en los sitios de internet de *United Nations Development Business (UNDB online)* y del Banco. El anuncio debe contener: La información referente al Prestatario (entidad contratante), el monto y finalidad del préstamo, la magnitud de las adquisiciones que hayan de efectuarse conforme a la licitación pública internacional, y el nombre, el teléfono (o número de fax) y la dirección del organismo del Prestatario encargado de las adquisiciones, incluida la dirección del sitio de Internet donde los avisos de adquisiciones estén disponibles. b) **Un Anuncio Específico de Adquisiciones**, en el que se incluya **el llamado a precalificación[222] de las ofertas o el llamado a licitación**, y el cual debe ser publicado en un periódico de circulación nacional, en la gaceta oficial o en el portal único electrónico, previsto por el país para los procesos de contratación. En los casos en que exista una invitación de precalificación, previa al llamado a licitación, a los interesados que respondan a la invitación se les enviará una descripción del alcance del contrato y una clara definición de los requisitos necesarios para la precalificación. Posteriormente, a todos los postulantes que reúnan los requisitos especificados se les permitirá presentarse a la licitación. Por su parte, el llamado a licitación remite a los Documentos de licitación, de conformidad con los cuales los oferentes podrán preparar y presentar sus propuestas. **Los documentos de licitación** deben contener, entre otros: las instrucciones a los oferentes; el formulario de las ofertas; el formulario del contrato; las condiciones contractuales, tanto generales como especiales; las especificaciones y planos; la información técnica que corresponda (incluyendo las características geológicas y ambientales); las listas de bienes o cantidades; el plazo de entrega de las ofertas y los apéndices necesarios, tales como formularios de diversas garantías. De manera adicional, estos documentos deben indicar la base sobre la cual se debe evaluar y escoger la oferta más favorable. c) Una vez vencido el plazo para la presentación de las ofertas, se procede a su apertura, evaluación y comparación. d) Por último, se procede a la adjudicación y la publicación de la adjudicación. Esta última la realiza la entidad contratante, en el sitio de internet de Naciones Unidas y del Banco, con el nombre de todos los oferentes, los precios ofertados, las evaluaciones y el nombre del ganador.
2. Licitación Internacional Limitada	Es equivalente a una Licitación Pública Internacional (LPI), pero convocada mediante invitación directa y sin anuncio público. Por lo demás, en este proceso se aplican las reglas de la LPI.

221 Los demás métodos de selección previstos en el documento BID, GN-2349-9 *"pueden ser usados en circunstancias en que la licitación pública internacional no sea el método más económico y eficiente de contratación, y para las cuales se considere más apropiado el uso de otros métodos".*

222 Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con los numerales 2.9. y 2.10 del documento BID, GN-2349-9:
"2.9. La precalificación generalmente es necesaria en los casos de obras de magnitud o de complejidad considerable, o en cualquier otra circunstancia en que el alto costo de la preparación de ofertas detalladas pudiera desalentar la competencia (…). Esto también asegura que las invitaciones a participar en la licitación se envíen solamente a quienes cuenten con la capacidad y los recursos necesarios. La precalificación debe basarse únicamente en la capacidad y recursos de los posibles oferentes para ejecutar satisfactoriamente el contrato de que se trate (…)
2.10. La invitación a la precalificación para la licitación de contratos específicos o grupos de contratos similares se debe publicar y notificar de acuerdo con lo estipulado en los párrafos 2.7 y 2.8 de estas Políticas. A los interesados que respondan a la invitación se les debe enviar una descripción del alcance del contrato y una clara definición de los requisitos necesarios para la precalificación. A todos los postulantes que reúnan los requisitos especificados se les permitirá presentarse a la licitación. El Prestatario debe comunicar los resultados de la precalificación a todos los postulantes. Tan pronto la precalificación haya terminado, los documentos de licitación deben ser puestos a la disposición de los posibles oferentes calificados (…)".

TIPO DE PROCESO DE SELECCIÓN	ACTUACIONES QUE SE ADELANTAN EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA
3. Licitación Pública Nacional –LPN-	En este caso se aplica el método de licitación competitiva que emplea normalmente en las contrataciones del sector público en el país del Prestatario, y puede constituir la forma más eficiente y económica de adquirir bienes o ejecutar obras, cuando no es probable que las adquisiciones atraigan competencia internacional. De conformidad con documento BID, GN-2349-9, los procedimientos de LPN deben ser revisados y modificados para lograr su compatibilidad con lo regulado por el BID para el proceso de LPI. En este sentido, es importante destacar la existencia de los Documentos Estándar de Licitación Pública Nacional (LPN) para Colombia, del año 2013, armonizados por Colombia Compra Eficiente, por el Banco Interamericano de Desarrollo y por el Banco Mundial, para la Adquisición de bienes, y que deben ser usados en los proyectos financiados total o parcialmente por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o el Banco Mundial (BIRF)[223]. Estos Documentos Estándar de LPN", a los que remite el "Llamado a licitación", contienen: **i) Los Procedimientos de Licitación:** con las instrucciones a los oferentes; los datos de la licitación; los criterios de evaluación y calificación; los formularios de la oferta, y los países elegibles para el BID o para el BIRF. **ii) Los requisitos de los Bienes y Servicios,** con la lista de requisitos y, iii) **El contrato,** con sus condiciones generales y especiales; los formularios del contrato, y el llamado a Licitación.
4. Comparación de Precios	En este proceso se hace una Solicitud de Cotización de precios a varios proveedores y se finaliza con una orden de compra o un contrato simplificado.
5. Contratación directa	En este proceso se procede a la contratación sin competencia entre diferentes oferentes. Una vez firmado el contrato, el Prestatario debe publicar en los sitios web de Naciones Unidas y del Banco, el nombre del contratista, el precio, la duración y un resumen del alcance del contrato. Esta publicación puede realizarse trimestralmente en forma de cuadro sumario del período anterior.
6. Administración directa	N/A
7. Compras Directas a agencias especializadas	Se aplican los procesos de contratación de la agencia especializada.
8. Agencias de Contrataciones	N/A
9. Agencias de Inspección	N/A
10. Contrataciones en Préstamos a intermediarios financieros	Para los contratos de financiamiento que realice la entidad contratante del BID, se utilizan las reglas del sector privado o comercial.
11. Contrataciones por el Sistema CPO/COT/CPOT, Concesiones y Modalidades Semejantes del Sector Privado	Se utiliza el procedimiento previsto para el proceso de Licitación Pública Internacional. De manera adicional, se le da la alternativa al concesionario de aplicar sus propios métodos para contratar bienes, obras y servicios.

223 Estos documentos son consistentes con las Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo y con las Normas de Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF (Asociación Internacional de Fomento).

TIPO DE PROCESO DE SELECCIÓN	ACTUACIONES QUE SE ADELANTAN EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA
12. Contrataciones basadas en desempeño	Se aplican los procesos de la Licitación Pública Internacional o de la Licitación Pública Nacional, pero se establece que los pagos del futuro contrato estarán basados en resultados.

Como se observa, los procesos de Licitación Pública Internacional – LPI- y de Licitación Pública Nacional, que son la regla general para la Adquisición de bienes y obras financiados con créditos del BID y que se rigen por sus reglamentos, se inician formalmente con el Llamado a licitación, en el que se invita a los oferentes a presentar sus ofertas en los plazos y condiciones previstos en los Documentos de licitación.

Por su parte, los documentos de licitación comprenden, entre otras: las instrucciones para la presentación de las ofertas; las condiciones contractuales, tanto generales como especiales del futuro contrato; las especificaciones y planos; la información técnica que corresponda; las listas de bienes o cantidades; el plazo de entrega de la oferta y los apéndices necesarios, tales como formularios de diversas garantías, y la base sobre la cual se debe evaluar y escoger la oferta evaluada.

Así las cosas, el llamado a licitación y los documentos de licitación se constituyen en manifestaciones de voluntad de la entidad, que están llamados a producir efectos jurídicos, pues establecen los plazos y condiciones en los que se deben presentar las propuestas por parte de los oferentes. Por ende, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a la expedición de estos actos administrativos.

Por su parte, en los demás procesos previstos para la adquisición de bienes y obras financiadas por el BID, que son de carácter excepcional[224], habrá que determinar si existe un documento en el que la entidad pública invita a los oferentes a presentar sus propuestas, con indicación de los plazos y reglas que deben cumplir para su presentación y selección, y/o las condiciones para la celebración y ejecución del contrato. De ser así, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a estos actos administrativos.

Finalmente, la Sala encuentra que, para los procesos de contratación directa, el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido de manera previa al momento en el que se inicia el proceso de negociación para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID.

B. Documento de "Políticas para la selección de consultores financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2350-9" de marzo d 2011[225-226]:

En este documento se prevén las siguientes actuaciones para los procesos de selección de consultores financiados por el BID:

224 Como son el proceso de Licitación Pública Internacional Limitada o el proceso de Comparación de Precios.

225 Consultado el 18 de julio de 2018. Disponible en el sitio web: http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=774399

226 *"El propósito de este documento es definir las políticas del Banco y explicar los procedimientos para la selección, contratación y supervisión de los consultores cuyos servicios se requieren para proyectos financiados total o parcialmente por el Banco o fondos administrados por el Banco y ejecutados por el Beneficiario".*

TIPO DE PROCESO DE SELECCIÓN	ACTUACIONES QUE SE ADELANTAN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA
1. Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC) (Regla general)	Este proceso de selección consta de las etapas siguientes: a) Preparación de los términos de referencia (TR)[227]. b) Preparación de la estimación de costos y presupuesto. c) Publicación de u**n Aviso General de Adquisiciones,** que debe ser publicado en los sitios de internet de *United Nations Development Business (UNDB online)* y del Banco. d) **La publicación de un Aviso específico de Adquisiciones,** solicitando expresiones de interés. Los datos solicitados en este anuncio deben ser los mínimos necesarios para formarse un juicio acerca de la idoneidad de la firma y no deben ser tan complejos como para desalentar a los consultores de expresar interés. Se deben conceder por lo menos 14 días a partir de la fecha de publicación en el sitio de Internet del UNDB online para la recepción de respuestas antes de proceder a confeccionar la lista corta. e) Preparación de la lista corta de consultores. (f) **Preparación y emisión de la solicitud de propuestas (SP)**, que debe incluir: la Carta de Invitación (CI), las Instrucciones a los Consultores (IC), los TR y el borrador de contrato propuesto]. Es importante destacar que en la Carta de Invitación (CI) debe constar la intención del Prestatario de celebrar un contrato para la prestación de servicios de consultoría, indicar la fuente de financiamiento, proporcionar los detalles del Contratante, la fecha, la hora y la dirección para la presentación de las propuestas. Por su parte, en las Instrucciones a los Consultores (IC), se debe incluir toda información necesaria para ayudar a los consultores a preparar propuestas que respondan a lo solicitado, y debe asegurar la mayor transparencia posible al procedimiento de selección al suministrar información sobre el proceso de evaluación e indicar los criterios y factores de evaluación y su ponderación respectiva, y el puntaje mínimo aceptable de calidad. La solicitud de propuesta puede ser distribuida en forma electrónica, si así lo aprueba el banco, o por el medio que garantice que no se modifiquen y que llegue solo a las personas de la lista corta. g) Recepción de propuestas. h) Evaluación de las propuestas técnicas: consideración de la calidad. i) Apertura pública de las propuestas de precio. j) Evaluación de la propuesta de precio. k) Evaluación final de calidad y costo; y l) Negociación y adjudicación del contrato a la firma seleccionada, que se publica en el sitio de internet de *United Nations Development Business (UNDB online)* y del Banco, y en el sitio oficial del país.
2. Selección Basada en la calidad	En este proceso se aplica de manera general el procedimiento de la Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC), con las modificaciones y supresiones requeridas por el método de selección de los consultores utilizada en el caso específico.

227 De acuerdo con el numeral 2.3. del documento GN-2350-9", los TR deben ser preparados por una persona o varias personas o por una firma especializada en la materia a que se refiere el trabajo. El alcance de los servicios descritos en los TR debe ajustarse al presupuesto de que se dispone. En esos TR se deben definir claramente los objetivos, las metas y el alcance del trabajo encomendado y suministrarse información básica (incluso una lista de los estudios y datos básicos pertinentes que ya existan) con objeto de facilitar a los consultores la preparación de sus propuestas. (…) Sin embargo, los TR no deben ser demasiado detallados ni inflexibles, a fin de que los consultores que compitan puedan proponer su propia metodología y el personal asignado. Se alentará a las firmas a que comenten los TR en sus propuestas. En los TR se deben definir claramente las responsabilidades respectivas del Prestatario y los consultores.

TIPO DE PROCESO DE SELECCIÓN	ACTUACIONES QUE SE ADELANTAN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA
3. Selección Basada en Presupuesto	En este proceso se aplica de manera general el procedimiento de la Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC), con las modificaciones y supresiones requeridas por el método de selección de los consultores utilizada en el caso específico.
4. Selección Basada en el Menor Costo	En este proceso se aplica de manera general el procedimiento de la Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC), con las modificaciones y supresiones requeridas por el método de selección de los consultores utilizada en el caso específico.
5. Selección Basada en las calificaciones de los Consultores	Este método se puede utilizar para servicios menores, para los cuales no se justifica ni la preparación ni la evaluación de propuestas competitivas. Este proceso de selección consta de las siguientes etapas: a) Preparación de los TR. b) Solicitud de expresiones de interés e información sobre la experiencia y la competencia de los consultores en lo que respecta al trabajo. c) Elaboración de una lista corta y selección de la firma que tenga las calificaciones y las referencias más apropiadas. d) Solicitud a la firma seleccionada, para que presente una propuesta técnica conjuntamente con una propuesta de precio. e) Luego se invitará a la firma a negociar el contrato. f) La entidad contratante debe publicar en el sitio de Internet del UNDB online, en el sitio de Internet del Banco y, si corresponde, en el sitio de Internet único oficial del país, el nombre del consultor al cual se le adjudicó el contrato, así como el precio, la duración y el alcance del contrato. La publicación puede hacerse trimestralmente en forma de un cuadro sumario que cubra el período anterior.
6. Selección directa	El prestatario debe publicar en el sitio de internet de Naciones Unidas, en el sitio web del Banco y si corresponde en el sitio único oficial del país, el nombre del consultor al que se adjudicó el contrato, y el precio de duración y alcance del contrato. Esta publicación puede hacerse trimestralmente y en el formato de un cuadro sumario que cubra el período anterior.

Como se observa, por regla general, los procesos de selección de un consultor financiados con recursos del BID y en los que se aplican los reglamentos de estos organismos, se adelantan a través de la modalidad de Selección Basada en la calidad y el Costo (SBCC) o a través de otras modalidades en las que se aplican las reglas generales de este proceso.

Estos procesos inician formalmente con la Solicitud de Propuestas, en los que se invita a los consultores de la lista elaborada por la entidad pública, a presentar sus ofertas en los plazos y condiciones previstos en los documentos que acompañan la Solicitud de Propuestas. En consecuencia, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a la expedición de este acto administrativo.

Por su parte, para los procesos de selección a los que no se aplican las reglas generales del proceso de selección basada en la calidad y el costo (SBCC), como sucede con el proceso de selección basado en las calificaciones de los consultores, habrá que determinar si existe algún documento (como puede ser la Solicitud de Propuesta Técnica), que determine los plazos y las reglas que deben cumplir los oferentes para la presentación de

sus ofertas, así como para su selección, y/o para la celebración y ejecución del contrato. De ser así, el certificado de disponibilidad presupuestal deberá ser expedido de manera previa a este acto administrativo.

Finalmente, la Sala encuentra que, para los procesos de contratación directa de un consultor, el certificado de disponibilidad presupuestal debe ser expedido de manera previa al momento en el que se inicia el proceso de negociación para la contratación.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

IV. LA SALA RESPONDE:

1. *¿Cuál es el momento en el que debe expedirse el CDP para los procesos de selección que se financian con recursos de la Banca Multilateral y se rigen por su normatividad?*

2. *¿Existe o no existe posibilidad legal, para que las entidades que contraten con cargo a recursos de crédito proveniente de este mismo organismo e incorporado al presupuesto General de la Nación, procedan a emitir el CDP no al iniciar el proceso de selección sino cuando se notifique la adjudicación al proponente?*

Por su unidad temática se responden conjuntamente las preguntas 1 y 2.

En los procesos de selección que se financian con recursos provenientes de organismos multilaterales de crédito, que ingresan al Presupuesto General de la Nación y que se rigen por los reglamentos de tales organismos, el certificado de disponibilidad presupuestal debe expedirse de manera previa al acto a través del cual la entidad inicia el proceso de selección del contratista, con efectos vinculantes para las personas que deseen presentar sus ofertas. Lo anterior, según las consideraciones expuestas en este concepto.

Remítase al señor Ministro de Hacienda y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

6. Democratización de la propiedad accionaria del Estado. Empresas domiciliadas en el exterior.
Radicado 2407
Fecha: 27/11/2018 Consejero Ponente: *Édgar González López* Levantamiento de la reserva mediante oficio del 19 de diciembre de 2018

El Departamento Administrativo de la Función Pública consulta a la Sala con el propósito de que se precise el concepto No. 2314 del 15 de diciembre de 2016, con relación a la autorización que requiere Empresas Públicas de Medellín (EPM) E.S.P. para llevar a cabo inversiones de sociedades en el exterior y disponer luego ellas.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta se presentaron a la Sala las siguientes consideraciones:

1. En el concepto No. 2314 del 15 de diciembre de 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado respondió el siguiente interrogante:

   "1. ¿Debe aplicarse la Ley 226 de 1995 a la enajenación total o parcial de participaciones accionarias (incluyendo bonos y cualquier participación en el capital social de cualquier empresa), cuando dichas participaciones accionarias se poseen en una empresa domiciliaria fuera del territorio nacional?

   No. En virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad, la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de participación accionaria estatal en empresas que se encuentran domiciliadas en el extranjero.

   En todo caso, las personas que representen los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate".

2. Empresas Públicas de Medellín (EPM) fue creada en el año de 1955 como establecimiento público autónomo. Posteriormente se transformó en empresa industrial y comercial del Estado. Su único propietario es el municipio de Medellín.

   Además de las normas que le resultan aplicables por su naturaleza jurídica, la compañía se encuentra sujeta a la Ley 142 de 1994.

3. Con el propósito de superar la contingencia que enfrenta por lo sucedido con el proyecto Hidroituango, la Junta directiva de EPM autorizó la venta de algunas inversiones en Colombia y en el exterior. En consecuencia, el Alcalde de Medellín presentó ante el Concejo de la ciudad el Proyecto de Acuerdo 150 de 2018, "Por medio del cual se autoriza la enajenación de unas participaciones accionarias", entre las

que se encuentran las acciones que EPM tiene en Interconexión Eléctrica S.A E.S.P. (ISA), Hidroeléctrica del Río Aures S.A E.S.P. y otras.

La solicitud de autorización obedece al cumplimiento del procedimiento consagrado en la Ley 226 de 1995, para la venta de la participación accionaria estatal en Colombia.

4. En el desarrollo de los debates realizados al interior del Concejo de Medellín surgió la discusión sobre si era aplicable o no el procedimiento consagrado en la Ley 226 de 1995 a la venta de las participaciones accionarias que EPM proyecta realizar sobre tres sociedades propiedad de la compañía, constituidas y domiciliadas en Chile.

   Las compañías que EPM tiene pensado vender en el exterior son: i) Parque Eólico Los Cururos Ltda., EPM Transmisión Chile S.A. y Aguas de Antofagasta S.A., todas ellas sociedades chilenas, cuya enajenación se llevará a cabo a través de los vehículos de inversión constituidos de tiempo atrás en ese país por EPM, y que son también sociedades constituidas y domiciliadas en Chile.

   En efecto, de acuerdo con lo manifestado a la Sala, la Junta Directiva de EPM aprobó que las inversiones que la compañía posee en Chile sean enajenadas con el propósito de obtener liquidez para hacer frente a la contingencia del Proyecto Ituango.

   Las inversiones de EPM en el país austral se instrumentan por medio de la participación que la propia EPM y la sociedad EPM Inversiones S.A. (sociedad de economía mixta, constituida y domiciliada en Colombia, en la que EPM tiene el 99,999% de su capital) tienen en EPM Chile S.A. en los negocios de energía y gas.

   EPM Chile S.A. fue constituida el 22 de febrero de 2013 en Chile, y está domiciliada en la capital del país. Su creación se adelantó conforme a la legislación chilena para que a través de ella se adquirieran las sociedades Parque Eólico El Pacífico S.A y Parque Eólico La Cebada S.A., también chilenas. Ambas sociedades se fusionaron el 16 de abril de 2013 siendo la absorbente la primera de ellas, y modificándose su razón social por la de “Parque Eólico Los Cururos Ltda”.

   Dando cumplimiento a una obligación de carácter legal en Chile, el 2 de febrero de 2017 los accionistas de Parque Eólico Los Cururos Ltda. (EPM Inversiones S.A. y EPM Chile S.A.) acordaron escindir el patrimonio de la sociedad, de manera que los activos de generación de energía quedaran separados de los activos de transmisión, creando una nueva compañía denominada EPM transmisión Chile S.A. (constituida y domiciliada en ese país) . Como resultado de esta división, la nueva empresa, EPM Transmisión Chile S.A., quedó con los activos de transmisión, relacionados con la subestación; y la sociedad Parque Eólico Los Cururos Ltda. quedó con los activos relacionados con la generación de energía de ese país. Las dos sociedades quedaron con idéntica composición accionaria.

De otra parte, en el año 2014 las sociedades chilenas "Inversiones ¨Punta de Rieles Limitada" y "Antofagasta Railway Company P.LC", accionistas de Aguas de Antofagasta S.A. (ADASA), iniciaron un proceso competitivo para vender sus acciones en dicha sociedad, dedicada a la producción y distribución de agua potable, la recolección de aguas servidas, y el tratamiento y disposición de aguas servidas. En el proceso de venta participó EPM, quien para el efecto construyó unos vehículos adicionales de inversión, y resultó ganadora. De esta suerte, el 23 de abril de 2015 suscribió un contrato de compraventa de acciones entre los entonces accionistas de ADASA y los vehículos constituidos por EPM para esta inversión. Actualmente, son accionistas de ADASA: i) la sociedad subsidiaria de EPM "Inversiones y Asesorías South Water Services SpA" quien posee una participación accionaria del 98,9% en ADASA y ii) la filial EPM Chile S.A. propietaria del 1.1% de las acciones de ADASA.

En el caso de que se lleven a cabo las desinversiones proyectadas en Chile, el paquete accionario mayoritario de las sociedades no se enajenaría directamente por EPM, sino a través de las compañías chilenas propietarias de acciones, así:

(i) Las de Parque Eólico Los Cururos Ltda. y EPM Transmisión Chile S.A., por EPM Chile S.A.;

(ii) Las de ADASA S.A. por EPM Chile S.A., o por Inversiones y Asesorías South Water Services SpA, dependiendo de dónde se dé la mayor eficiencia financiera y tributaria en la operación.

Como puede observarse, según EPM, se trata de una enajenación que realizarían unas compañías constituidas y domiciliadas en Chile para ser titulares de las inversiones operativas en los negocios de aguas y energía en ese país, y regidas por las leyes del mismo. Si bien es la Junta Directiva de EPM la que ha impartido la autorización general para llevar a cabo las desinversiones que ahora se proyectan, será el órgano estatutario de cada una de las sociedades vendedoras – EPM Chile S.A. e Inversiones y Asesorías South Water Services SpA- los que tomen la respectiva decisión corporativa requerida por las normas chilenas para disponer de las acciones de las sociedades operativas en venta.

4.1. Frente al debate suscitado en el Concejo, la Personería de Medellín señaló que "[e]n el caso de la enajenación de acciones de propiedad de EPM en el extranjero no se aplica la Ley 226 de 1995, toda vez que por aplicación de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad consagrados en la Carta Política no sería oponible en territorios extranjeros, este precepto concordado con el concepto emitido por el Consejo de Estado ya mencionado".

Asimismo, recomendó consultar a órganos consultivos como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

4.2. Por su parte, el municipio de Medellín y EPM concuerdan con el Consejo de Estado en el sentido de que a la luz de los principios de territorialidad de las leyes, la autodeterminación de los pueblos y el tratado internacional de Montevideo, las sociedades se rigen por las leyes del país de su domicilio. Por lo tanto, la enajenación de la participación estatal de una sociedad domiciliada en el extranjero no está sometida a la Ley 226 de 1995. Su regulación será la normatividad interna del país en el cual está domiciliada la sociedad.

Asimismo, señalan que si se aplicara el procedimiento previsto en la Ley 226 de 1995 para la enajenación, la empresa enajenante estaría enfrentada a una dificultad práctica que atentaría contra los principios de democratización y preferencia que consagra la Ley 226. Lo anterior, habida cuenta que el derecho de preferencia se reconocería en primer lugar a los trabajadores, pensionados y ex trabajadores de la empresa extranjera y no a los ciudadanos colombianos, al igual que, de manera eventual, a otras entidades del sector solidario de Chile.

Para las dos entidades "es claro que las consagración normativa del órgano territorial competente, obedece a la forma de implementar un procedimiento que en esencia desarrolla la democratización contenida en la ley, sobre la base de que dicha ley aplique. No puede decirse entonces que se toma de la Ley 226 la competencia del Concejo de Medellín para autorizar la enajenación de acciones de empresas de EPM en el exterior, cuando es claro, por los argumentos expuestos, que la enajenación de esas acciones se somete al procedimiento establecido en la Ley 226 de 1995. Hacerlo, sería ir contra el principio de inescindibilidad de la Ley, '… en virtud de la cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno u otro régimen ofrezca'".

En lo que respecta al órgano competente para autorizar las desinversiones en el exterior, consideran que, a diferencia de las participaciones accionarias que se tienen en Colombia, y en virtud de que no aplica la Ley 226, la facultad de enajenación no es del Concejo, sino de la Junta Directiva de EPM, órgano competente estatutariamente para autorizar la participación en sociedades.

5. Asimismo se estima, que cuando el concepto 2314 señala que "En todo caso, las personas que representen intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes (…)", la Sala se está refiriendo a lo establecido por normas como el numeral 3º del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, para la creación de filiales de las empresas industriales y comerciales de Estado.

6. Igualmente, se señala en el texto de la consulta, que en el caso de EPM, se entiende que la autorización de la "autoridad territorial competente" para crear sociedades y participar en su capital, "la obtuvo dicha entidad a partir de la autorización que de manera genérica el Concejo de Medellín del año de 1998 plasmó en sus estatutos, para que esta se asociara "con otras personas jurídicas, nacionales o extranjeras,

con el fin de lograr la universalidad, calidad y eficacia en la presentación de los servicios públicos", y con la asignación de competencias a su Junta Directiva para que impartiera la autorización en cada caso concreto.

En este sentido, se argumenta que la autorización que se imparte para la participación de EPM en sociedades conlleva la habilitación para que el gerente de esa entidad concurra a la constitución de la sociedad que se crea, mediante la suscripción del contrato de sociedad; o celebre el contrato de compraventa de acciones para hacerse a la propiedad de una parte del capital social, si la sociedad ya existe. En uno y otro caso, el efecto es que EPM se convierta en accionista de la sociedad, lo cual implica unos derechos y obligaciones.

7. Se indica además que el disponer de las acciones mediante una venta es un derecho de los accionistas. Por lo tanto, cuando una empresa como EPM se convierte en accionista de una sociedad por haber sido autorizada por la Junta Directiva en desarrollo de la autorización general que le fue impartida por el Concejo de Medellín como autoridad territorial competente, se considera que queda habilitada para ejercer todos los derechos inherentes a su condición de tal. De esta suerte, al tomarse decisiones en relación con la gestión de la inversión que representa la participación accionaria, así se trate de la venta de dicha acciones, se está ejerciendo los derechos que comporta la inversión misma, y en consecuencia, no se requiere de otra autorización por parte de la autoridad territorial.

8. En suma, consideran el Municipio de Medellín y la EPM que la autorización para que esta pueda llevar a cabo inversiones en el exterior y disponga posteriormente de dichas inversiones, fue obtenida por la empresa con la autorización de que de manera genérica el Concejo le otorgó en el año de 1998 a través de los estatutos de la entidad y que fue asignada a la Junta Directiva para que impartiera la autorización en cada caso concreto.

Con fundamento en lo anterior, el Departamento Administrativo de la Función Pública formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. ¿Cuál es el alcance del siguiente texto contenido en el Concepto del Consejo de Estado No. 2314 del 15 de diciembre de 2016: "¿(sic) En todo caso, las personas que representan los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate"?

2. Para el caso específico de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., ¿puede concluirse que la autoridad territorial competente para autorizar sus inversiones en sociedades dentro o fuera del país fue el Concejo de Medellín con la autorización general consagrada en los estatutos de la entidad? ¿y que la competencia para autorizar cada caso concreto fue asignado a su Junta Directiva, la cual, en consecuencia, autoriza también la disposición de esas inversiones de manera directa o indirecta? En caso de que la respuesta sea negativa ¿cuál

sería la autoridad llamada a impartir la respectiva autorización para la enajenación de la inversión?

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a la pregunta objeto de consulta, la Sala se referirá a la conclusión a la que se arribó en el señalado concepto, así como a la interpretación que se le deba dar a la autorización requerida para efectos de la enajenación de la propiedad accionaria de sociedades domiciliadas en el exterior.

1. La Ley 226 de 1995

La Constitución Nacional establece en su artículo 60 que:

> *"Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia".*

Esta disposición constitucional fue desarrollada a través de la Ley 226 de 1995[228], tal como se evidencia de la ponencia para primer debate, en la que se señaló:

> *"Dicho proyecto desarrolla el inciso segundo del artículo 60 de la Constitución Política, el cual establece que, en el momento en que el Estado decida enajenar su participación en una empresa, deberá tomar las medidas conducentes a la democratización de las acciones que enajene y ofrecerá condiciones especiales a ciertos sectores, los indicados en el artículo 3º del proyecto"[229].*

Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha indicado que el artículo 60 superior:

> *"i) Contribuye a la materialización de los fines que persigue el Estado social de derecho, como lo son, la función social de la propiedad, la promoción de la propiedad asociativa, el acceso a la propiedad y el incentivo a los trabajadores para que participen en la gestión de las empresas.*
>
> *ii) Impone al Estado la obligación de proveer los medios necesarios para que se materialice el acceso a la propiedad estatal. En consecuencia, debe establecer condiciones*

228 Justamente la Ley 226 desarrolló el artículo 60 de la Carta Política y estableció las condiciones y las reglas para la enajenación de la propiedad accionaria estatal, tal y como se explicará detalladamente más adelante.
No debe olvidarse que el primer destinatario del artículo 60 de la Constitución Política no es propiamente el Gobierno Nacional, sino el Congreso de la República que, mediante leyes, como la Ley 226, permite garantizar el principio previsto en ese artículo. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025). "El amplio alcance que la Corte Constitucional le atribuye a lo preceptuado en el artículo 60 de la Carta Política, también debe orientar la interpretación de la ley 226 de 1995, en cuyas normas se desarrolla ese mandato superior. Expresado de otra manera, si el artículo 60 de la Carta es aplicable no solamente para la enajenación de acciones, cuotas, derechos, partes de interés o cualquier otra de las modalidades de derechos o títulos que pueden presentarse sino que puede abarcar igualmente la enajenación de activos estatales, necesariamente ha de entenderse también que la Ley 226 de 1995 tiene esos mismos alcances, pues al fin y al cabo la democratización de la propiedad, es un mandato constitucional que está llamado a orientar, en casos como este, la democratización de la propiedad". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00021-00.

229 *Gaceta del Congreso*. No. 384 del 7 de noviembre de 1995, pp. 2 y 3.

especiales en favor de los grupos solidarios y de trabajadores para que estos puedan competir con los grupos económicos convencionales. Así se ha señalado por la Corte Constitucional:

"El deber social de garantía de acceso a la propiedad estatal societaria y, específicamente, de la democratización de su titularidad, se concreta en la obligación de ofrecer 'condiciones especiales' a un sector social determinado, en desarrollo del mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva (C.P., arts 58, 60, 13). Este deber se estructura, en primer término, en el reconocimiento de los trabajadores y organizaciones solidarias y del trabajo como los destinatarios de un régimen especial de acceso a la propiedad accionaria del Estado, que por estar consagrado directamente en la Constitución no admite restricción o limitación por parte del legislador. También se materializa en el establecimiento de instrumentos mediante los cuales los beneficiarios puedan hacer realidad la voluntad constitucional de acceso y democratización de dicha propiedad, esto es, verdaderas prerrogativas frente a las condiciones ordinarias de acceso previstas para el público en general, suficientes para garantizar a sus titulares la posibilidad real y efectiva de concretar la adquisición de activos estatales en los procesos de enajenación accionaria. Estamos, entonces, frente a un principio de diferenciación positiva a favor de trabajadores y organizaciones solidarias, que exige del Estado condiciones de acceso real a la propiedad accionaria que se pone en venta".

Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de otorgar a los trabajadores y a las organizaciones solidarias un acceso preferente en los procesos de enajenación de la propiedad estatal.

iii) Otorga un derecho preferencial a los trabajadores y organizaciones para acceder a la propiedad del Estado, derecho que de acuerdo con la Corte Constitucional no admite restricción o limitación, pues la ley no le impuso ninguna condición.

iv) Debe interpretarse de forma sistemática con otras disposiciones constitucionales tales como los artículos 25, 57, 58, 333, y 334, los cuales buscan que los particulares accedan a la propiedad estatal, promoviéndose con ello la participación democrática y la promoción del sector trabajo.

v) Es un instrumento para equilibrar la participación de los diferentes sectores de la sociedad en el manejo de los bienes y servicios, lo cual hace posible que a través de dicha participación se produzca una reformulación de los objetivos y políticas en materia de desarrollo social y crecimiento económico.

vi) Opera en los procesos de privatización de empresas estatales, pues la norma se refiere con claridad a la enajenación de la propiedad del Estado . Por lo tanto, el mandato que se deriva del artículo 60 no es obligatorio cuando se trate de una transferencia entre entidades públicas"[230].

230 Concepto B. 5 de julio de 2016 Radicación Interna: 11001-03-06-000-2016-00056-00 0. Número Único: 2289

Dentro de este marco, la Ley 226 de 1995 regula, en términos generales, las competencias, procedimientos y responsabilidades para llevar a cabo la enajenación de la participación accionaria del Estado. A través de sus disposiciones se busca garantizar un ofrecimiento preferente a los trabajadores y a las organizaciones solidarias y de los trabajadores, y asegurar la existencia de condiciones especiales favorables, para que estos puedan accionar a dicha propiedad.

Como mecanismo para asegurar los propósitos perseguidos por la ley, así como los principios que guían el procedimiento de enajenación (democratización, preferencia, protección del patrimonio público y continuidad del servicio (artículos 2 a 5))[231], el artículo 17 de la Ley establece expresamente la obligación de los entes descentralizados de obtener la autorización respectiva para llevar a cabo la enajenación de su participación accionaria:

> *"Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares, se regirán por las disposiciones de esta Ley, adaptándolas a la organización y condiciones de cada una de éstas y aquéllas.*
>
> *Los Concejos Municipales o Distritales o las Asambleas Departamentales, según el caso autorizarán, en el orden territorial las enajenaciones correspondientes".*

2 El concepto 11001-03-06-000-2016-00208-00(2314) del 15 de diciembre de 2016

En el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016 se preguntó a la Sala acerca de la aplicación de la Ley 226 de 1995 frente a la venta de la propiedad accionaria que el Estado posee en empresas domiciliadas fuera del territorio nacional. Respecto a este interrogante, la Sala concluyó, basado en los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad, que la Ley 226 de 1995 no era aplicable:

> *"Sin embargo, no obstante el peso específico del artículo 60 Superior y de la Ley 226 de 1995 en el conjunto de valores y principios constitucionales, así como el hecho de que se trata de mandatos aplicables a la generalidad de órganos y empresas del Estado en todos sus niveles[232], no puede desconocerse que tanto la Constitución Política como las leyes expedidas con base en ella solo están destinadas a regir, por regla general, dentro del territorio nacional.*
>
> *En este sentido, cuando la Constitución Política señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger "a todas las personas residentes en Colombia" (artículo 2º C.P.), queda determinado el ámbito de aplicación de sus normas internas, pues es en ese espacio físico -el del territorio nacional, artículo 101 ibídem-, donde las autoridades colombianas pueden actuar y ejercer las competencias que les confiere el*

231 "Luego de haber definido el campo de aplicación del mismo, el proyecto se detiene a formular cuatro principios generales, esenciales al procedimiento de enajenación, son estos:". *Gaceta del Congreso.* No. 384 del 7 de noviembre de 1995, p 3.

232 Sentencia C-632 de 1996 (*supra*, numeral 2)

ordenamiento jurídico interno para la garantía de los principios y derechos consagrados en ella.

Por tanto, como se señaló, no es necesario que toda ley disponga expresamente que su ámbito de aplicación está restringido al territorio nacional, del mismo modo que tampoco podría entenderse que el silencio del legislador en ese punto genera duda sobre la aplicación o no de una ley colombiana en el territorio de otro país. Tal vacío o incertidumbre normativa no existe, porque simplemente los principios de soberanía nacional y de reciprocidad establecidos en los artículos 9 y 226 de la Constitución Política, los cuales a su vez son parte de los principios generales de derecho internacional, determinan que el ámbito material (natural) de aplicación de las leyes está limitado al territorio de cada Estado.

Según se indicó, la Ley 226 de 1995 regula competencias, procedimientos, responsabilidades, sanciones, facultades de reglamentación y ordenación, entre otros aspectos, que lógicamente solo podrían ejercerse dentro del territorio nacional y que, por lo mismo, no podrían extenderse a actos y contratos que, como en el caso consultado, tendrían que perfeccionarse, cumplirse y ejecutarse en el extranjero.

En consecuencia, la Sala concluye que la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la enajenación de participación accionaria estatal en empresas establecidas en el exterior y regidas por la normatividad interna de otro Estado".

Con todo, en el mismo concepto la Sala señaló que de todas maneras debía contarse con la respectiva autorización de la autoridad nacional o territorial competente para llevar a cabo la enajenación de la participación accionaria. Así, la Sala concluyó:

"1. ¿Debe aplicarse la Ley 226 de 1995 a la enajenación total o parcial de participaciones accionarias (incluyendo bonos y cualquier participación en el capital social de cualquier empresa), cuando dichas participaciones accionarias se poseen en una empresa domiciliaria fuera del territorio nacional?

No. En virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad, la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de participación accionaria estatal en empresas que se encuentran domiciliadas en el extranjero.

En todo caso, las personas que representen los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate.

Además los funcionarios nacionales que autoricen la venta de la participación accionaria del Estado en el exterior estarán sujetos a responsabilidad fiscal y disciplinaria y los recursos de la venta podrán ser objeto de control fiscal".

Ahora bien, es importante destacar que, tal como lo indicó expresamente la Sala, la respuesta contenida en el concepto fue proferida dentro de un ámbito general, en atención a los términos planteados en la Consulta:

> *"Cabe advertir que de acuerdo con los antecedentes expuestos, la Sala entiende que la consulta recae sobre empresas constituidas y domiciliadas en otros Estados bajo reglas de derecho privado, razón por la cual no ejercen en esos países ningún tipo de representación oficial ni condición alguna de autoridad pública colombiana, a partir de lo cual sea necesario hacer un estudio particular de tratados o regímenes especiales.*
>
> *De otra parte, la Sala aclara que responderá la consulta desde la misma perspectiva general en que ha sido planteada, esto es sin referencia a ningún caso, empresa o país en particular. Por tanto, lo que enseguida se señala se entiende sin perjuicio del análisis que puedan exigir casos específicos o regímenes normativos especiales (nacionales o internacionales)".*

3. El caso concreto

3.1. Sobre la autoridad competente para autorizar la enajenación de la propiedad accionaria de sociedades domiciliadas en el exterior

En el caso objeto de estudio se pregunta a la Sala sobre el alcance de la expresión *"En todo caso, las personas que representen los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate",* contenida en el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016.

En relación a este interrogante, la Sala considera lo siguiente:

i) El ámbito de la referida expresión contenida en el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016 debe interpretarse de forma sistemática con la aclaración final realizada en el mismo concepto, que señalaba:

> *"5. Aclaración final*
>
> *Ha quedado establecido que la Ley 226 de 1995 no es aplicable a la venta de propiedad accionaria del Estado en empresas domiciliadas en otro país por virtud de los principios de soberanía, territorialidad y reciprocidad en que se funda la Constitución Política.*
>
> *No obstante, la Sala considera necesario aclarar que lo anterior no comporta una desvinculación absoluta de las respectivas empresas con el derecho nacional. En primer lugar porque de conformidad con los artículos 150-7 de la Constitución Política y 49 de la Ley 489 de 1998, la participación del Estado en cualquier empresa o sociedad en el territorio nacional o en el exterior, debe contar con autorización legal. En ese sentido, la legislación nacional es la que determina la posibilidad de que funcionarios*

o representantes del Estado colombiano concurran en el exterior en la creación de una empresa con capital público, así como su responsabilidad por la toma de decisiones que comprometan recursos o intereses nacionales.

En segundo lugar porque sin perjuicio de que los actos a que hace referencia la consulta se perfeccionen o desarrollen en el exterior, en cualquier caso las personas que representen los intereses del Estado Colombiano, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades competentes de nuestro país, quienes, a su vez, deberán guiarse por los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate.

En tercer lugar, porque es claro que la actuación de los funcionarios nacionales que autoricen la venta, estará sujeta a los principios de la actuación administrativa previstos en los artículos 209 de la Constitución Política, 3 de la Ley 489 y 3 del CPACA, así como al deber de protección y defensa de los recursos públicos, lo que los hace responsables fiscal y disciplinariamente por sus decisiones. Por lo mismo, los recursos públicos de la venta deberán tener el destino, tratamiento presupuestal y custodia que disponga la ley colombiana, además de que, lógicamente, estarán sujetos a control fiscal (artículo 267 C.P).

La Sala advierte además que lo señalado en este concepto no significa que las entidades y empresas nacionales en las que existe participación pública estén facultadas para trasladar al exterior las empresas o sus recursos y así enajenar la propiedad accionaria estatal sin cumplir los mandatos de democratización ordenados en la Constitución Política y la Ley 226 de 1995. Lo anterior sería una desviación de los fines constitucionales y legales y podría generar también responsabilidades disciplinarias y fiscales".

De lo anterior se advierte que la aclaración iba dirigida a resaltar que la no aplicación de la Ley 226 de 1995 no implicaba una desconexión total de las empresas del Estado domiciliadas en otro país con el derecho nacional. Así, por ejemplo, se hizo referencia a los artículos 150-7 de la Constitución Política y 49 de la Ley 489 de 1998, disposiciones relativas a la creación de órganos descentralizados, entre los que se encuentran las empresas industriales y comerciales del estado. En este sentido, la referida norma constitucional establece:

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

(…)

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

la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta".

Por su parte, el artículo 49 de la Ley 489 de 1998 determina que:

"Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma".

Asimismo, se señaló que las personas que representan los intereses del Estado debían estar autorizadas por las autoridades competentes del país, quienes a su vez debían guiar su actuación con fundamento en los mandatos constitucionales y legales que resultan aplicables, los principios de la actuación administrativa previstos en los artículos 209 de la Constitución Política, 3 de la Ley 489 y 3 del CPACA, así como también el deber de protección y defensa de los recursos públicos.

Dentro de este contexto, para la *creación* o *enajenación* de las empresas con capital estatal con domicilio en el extranjero, en algunos casos, la ley o los estatutos de las empresas titulares del capital en sociedades extranjeras fuera del territorio, requieran de autorización para su constitución o traspaso. Así por ejemplo, el artículo 94, numeral 3 de la Ley 489 de 1998 establece:

"Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio. Salvo las reglas siguientes:

(…)

3. Creación de filiales

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurran a la creación de una empresa filial actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, la cual podrá constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes". (subrayado fuera del texto).

Otro ejemplo lo constituye lo señalado en los estatutos de la sociedad "EPM Inversiones" (filial de EPM), los cuales señalan:

"Artículo Vigésimo Sexto. Funciones de la Junta Directiva. En la Junta Directiva se entiende delegado el más amplio mandato para administrar la Sociedad y, por

consiguiente, ella tendrá atribuciones suficientes para ordenar se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y que no fuere de la competencia de la Asamblea General de accionistas: (…)

De manera especial le corresponde: (…)

(…)

6º. Aprobar cualquier inversión de capital en otras compañías o entidades, lo que exigirá que previamente se presente a su consideración un estudio que sustente el respectivo proyecto en sus aspectos financiero, económico, jurídico y de conveniencia. Igualmente, para participar en consorcios, uniones temporales o cualquier otra forma de riesgo compartido con el objeto de desarrollar actividades propias de su objeto social y previa la presentación del estudio a que se refiere este numeral.

(…)

Artículo Trigésimo Primero. Funciones del Gerente. El Gerente tendrá las siguientes funciones: (…)

1. Representar a la sociedad y administrar su patrimonio. Al respecto, el Gerente podrá celebrar o ejecutar todos los actos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad, cuya cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales. Aquellos actos que excedan la mencionada cuantía requerirán la autorización de la Junta Directiva. (…)"[233].

Así las cosas, cuando la Sala se refirió en el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016 a que: *"En todo caso, las personas que representan los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate",* estaba aclarando que el hecho de que la Ley 226 de 1995 no aplique para la enajenación de la participación accionaria del Estado en sociedades domiciliadas en el exterior, ello no significaba o podía entenderse en el sentido de que la normatividad colombiana en materia de autorizaciones, no tuviera o fuera aplicable cuando la ley lo estableciera. Lo anterior, teniendo en cuenta además que los funcionarios que administran recursos públicos están sujetos a control por las autoridades competentes.

De allí que, en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, deban tenerse en cuenta aquellas normas que ordenan, en un caso concreto, la obtención de una autorización para llevar a cabo las enajenaciones de activos del Estado, sea en el país o en el extranjero.

233 Estatutos de "EPM Inversiones".

Finalmente, es importante señalar con claridad que la enajenación de la participación accionaria del Estado en sociedades domiciliadas en el exterior no está sujeta a la autorización exigida en el artículo 17 de la Ley 226 de 1995 habida cuenta que, como se indicó en el concepto 2314, en dichos casos, la Ley 226 no aplica. Adicionalmente, si a través de la mencionada autorización se busca asegurar la realización de los objetivos perseguidos por la ley 226 de 1995, así como de los principios que guían el procedimiento de enajenación, al no aplicarse la Ley, carecería de sentido exigir la referida autorización.

3.2. La autoridad competente para autorizar a EPM inversiones en sociedades dentro y fuera del país

Un segundo interrogante que se plantea a la Sala consiste en establecer si es posible concluir, en el caso específico de EPM, "que la autoridad territorial competente para autorizar sus inversiones en sociedades dentro o fuera del país fue el Concejo de Medellín con la autorización general consagrada en los estatutos de la entidad".

Asimismo, se pregunta si ¿"la competencia para autorizar cada caso concreto fue asignado a su Junta Directiva, la cual, en consecuencia, autoriza también la disposición de esas inversiones de manera directa o indirecta?".

Como puede observarse, las preguntas se refieren a la *autorización* y *disposición* de inversiones en sociedades, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, de EPM.

Establecido lo anterior, se pasa a continuación a responder cada una de ellas:

i) De conformidad con el artículo 1º de los estatutos de EPM, contenidos en el Acuerdo Municipal No. 12 de 1998, su naturaleza jurídica corresponde a una empresa industrial y comercial del Estado:

> *"Personalidad jurídica. La empresa industrial y comercial del Estado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., es una persona jurídica del orden municipal, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio. Sus actuaciones se sujetarán a las reglamentaciones establecidas en la ley y en estos estatutos. Es, en consecuencia, sujeto de los derechos y obligaciones inherentes a la personalidad jurídica, de conformidad con las normas generales que para este tipo de actividades le sean aplicables".*

ii) Como empresa industrial y comercial del Estado, EPM goza de autonomía administrativa y financiera y está sujeta para el desarrollo de su actividad económica, a lo dispuesto por sus estatutos[234].

iii) Según el artículo 3º de los mismos estatutos, para desarrollar su objeto social puede desarrollar todo tipo de contratos o asociarse con otras personas naturales o jurídicas,

234 "La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que las rigen; en el cumplimiento de sus actividades, se ceñirán a la ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos; además de las actividades o actos allí previstos, podrán desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado". Ley 489 de 1998, artículo 86.

nacionales o extranjeras. Igualmente, podrá realizar alianzas estratégicas, asociaciones a riesgo compartido y suscribir cualquier tipo de convenios o contratos de colaboración empresarial que le permitan cumplir su objetivo social (artículo 3º):

> *"Objeto social. Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. tienen como objeto social la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía, distribución de gas combustible, telefonía fija básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, y demás servicios de telecomunicaciones. Podrá también prestar el servicio público domiciliario de aseo, así como las actividades complementarias propias de todos y cada uno de estos servicios públicos y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras.*
>
> *Para el cumplimiento de su objeto social, las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. sin menoscabar la propiedad de sus activos, podrán desarrollar todo tipo de contratos o asociarse o formar consorcios con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, prestadoras o usuarias, con el fin de lograr la universalidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios a sus usuarios, procurando siempre el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, atendiendo precisos criterios técnicos, rigor jurídico, costos de operación y prestación de los servicios, y solidaridad y redistribución de ingresos.*
>
> *Parágrafo: Con el igual propósito podrá realizar alianzas estratégicas, asociaciones a riesgo compartido y suscribir cualquier tipo de convenios o contratos de colaboración empresarial que le permitan el cumplimiento de su objetivo; participar en actividades para el fomento de la innovación, investigación científica y el desarrollo tecnológico, en los campos relacionados con los servicios públicos que constituyen su objeto y suscribir convenios para ofrecer o recibir cooperación técnica, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia; y en general, todas aquellas actividades que se encuentren dentro de su objeto social o sean necesarias para el cumplimiento de sus fines".*

iv) En línea con lo anterior, el artículo 17 de los estatutos de la empresa[235] otorgó la competencia a la Junta Directiva para autorizar la participación en sociedades, consorcios y uniones temporales o cualquier otra forma de asociación permitida por la ley para el cumplimiento de su objeto social:

> *"Funciones de la Junta Directiva: Son funciones de la Junta Directiva:*
>
> *(…)*

235 El artículo 90 de la Ley 489 de 1998 determina que las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado cumplen, entre otras funciones, las señaladas en los correspondientes estatutos: "Corresponde a las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado: a) Formular la política general de la empresa, el plan de desarrollo administrativo y los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo; b) Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca; c) Aprobar el proyecto de presupuesto del respectivo organismo; d) Controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada; e) Las demás que les señalen la ley y los estatutos internos".

d) Autorizar la participación en sociedades, consorcios, uniones temporales o cualquiera otra forma de asociación permitida por la ley para el cumplimiento de su objeto".

v) Dentro de este marco, se observa que el Concejo de Medellín, a través de los estatutos de EPM, contenidos en el Acuerdo Municipal No. 12 de 1998, autorizó a la empresa la *realización* de inversiones en sociedades *dentro* o *fuera* del país, decisión que debe ser adoptada por la Junta Directiva en cada caso[236].

vi) Respecto de la disposición o enajenación de las inversiones en dichas sociedades, la Sala encuentra que:

a) Frente a sociedades domiciliadas en el país, se requiere la autorización del Concejo de Medellín, por existir norma expresa, esto es, el artículo 17 de la Ley 226 de 1995.

Esta autorización debe obtenerse cada vez que se vaya a realizar la enajenación total o parcial de la participación accionaria estatal en la sociedad, con miras a garantizar, en cada una de esas actuaciones, el cumplimiento de los mandatos y objetivos perseguidos por la Ley 226 de 1995.

b) En tratándose de las sociedades domiciliadas fuera el país, no está previsto el requisito de obtener una nueva autorización del Concejo de Medellín, pues, por una parte, dicha enajenación no está sujeta a la Ley 226 de 1995[237], y por la otra, sería del resorte y competencia asignada a la Junta Directiva, de acuerdo con sus estatutos, decidir sobre la disposición de dichas inversiones.

Por consiguiente, es congruente con la naturaleza de EPM, como EICE, y la necesidad de contar con los instrumentos necesarios y oportunos para su cumplir su objeto social, que tenga la libertad para disponer de su participación accionaria en sociedades domiciliadas en el exterior, y en tratándose de recursos del patrimonio público, con el cumplimiento de los principios de la función administrativa. Lo anterior, en aras de lograr una mayor eficiencia y eficacia en el desarrollo de su objeto social, y a su vez, promover su competitividad.

Es claro, además, que si se trata de sociedades domiciliadas en el país, es aplicable en su integridad la Ley 222 de 1995 para la democratización de la propiedad accionaria en los términos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política.

---

236 "Para el cumplimiento de su objeto social, las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. sin menoscabar la propiedad de sus activos, podrán desarrollar todo tipo de contratos o asociarse (…).
Parágrafo: Con el igual propósito podrá realizar alianzas estratégicas, asociaciones a riesgo compartido y suscribir cualquier tipo de convenios o contratos de colaboración empresarial que le permitan el cumplimiento de su objetivo (…)". Estatutos de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Acuerdo Municipal No. 12 de 1998. Concejo de Medellín, artículo 3º. "Funciones de la Junta Directiva: Son funciones de la Junta Directiva: (…) d) Autorizar la participación en sociedades, consorcios, uniones temporales o cualquiera otra forma de asociación permitida por la ley para el cumplimiento de su objeto". Estatutos de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Acuerdo Municipal No. 12 de 1998. Concejo de Medellín, artículo 17.

237 No resulta tampoco aplicable el artículo 313 de la Constitución Nacional, pues esta norma se refiere a la autorización que debe otorgar el Concejo al Alcalde: "Corresponde a los concejos: (…) 3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo". En la misma dirección, el artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 , consagra: "De conformidad con el numeral 3º. del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos: 1. Contratación de empréstitos. 2. Contratos que comprometan vigencias futuras. 3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles. 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes. 5. Concesiones. 6. Las demás que determine la ley".

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala responde:

1. *¿Cuál es el alcance del siguiente texto contenido en el Concepto del Consejo de Estado No. 2314 del 15 de diciembre de 2016: "¿(sic) En todo caso, las personas que representan los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate"?*

Cuando la Sala se refirió en el concepto 2314 del 15 de diciembre de 2016 a que: "En todo caso, las personas que representan los intereses del Estado Colombiano en esas empresas, deberán estar debidamente autorizadas por las autoridades nacionales o territoriales competentes, quienes, a su vez, estarán sometidas a los mandatos constitucionales y legales aplicables al caso de que se trate", estaba aclarando que el hecho de que la Ley 226 de 1995 no aplique para la enajenación de la participación accionaria del Estado en sociedades domiciliadas en el exterior, ello no significaba o podía entenderse en el sentido de que la normatividad colombiana en materia de autorizaciones, no tuviera o fuera aplicable cuando la ley lo estableciera. Lo anterior, teniendo en cuenta además que los funcionarios que administran recursos públicos están sujetos a control por las autoridades competentes.

De allí que, en los procesos de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, deban tenerse en cuenta aquellas normas que ordenan, en un caso concreto, la obtención de una autorización para llevar a cabo las enajenaciones de activos del Estado, sea en el país o en el extranjero.

2. *Para el caso específico de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., ¿puede concluirse que la autoridad territorial competente para autorizar sus inversiones en sociedades dentro o fuera del país fue el Concejo de Medellín con la autorización general consagrada en los estatutos de la entidad? y ¿que la competencia para autorizar cada caso concreto fue asignado a su Junta Directiva, la cual, en consecuencia, autoriza también la disposición de esas inversiones de manera directa o indirecta? En caso de que la respuesta sea negativa ¿cuál sería la autoridad llamada a impartir la respectiva autorización para la enajenación de la inversión?*

El Concejo de Medellín, autorizó a Empresas Públicas de Medellín E.S.P, a través de sus estatutos, contenidos en el Acuerdo Municipal No. 12 de 1998, la realización de inversiones en sociedades *dentro* o *fuera* del país, decisión que debe ser adoptada por la Junta Directiva en cada caso.

Respecto de la disposición o enajenación de las inversiones en dichas sociedades, la Sala encuentra que:

a) Frente a sociedades domiciliadas en el país, se requiere la autorización del Concejo de Medellín, por existir norma expresa, esto es, el artículo 17 de la Ley 226 de 1995.

Esta autorización debe obtenerse cada vez que se vaya a realizar la enajenación total o parcial de la participación accionaria estatal en la sociedad, con miras a garantizar, en cada una de esas actuaciones, el cumplimiento de los mandatos y objetivos perseguidos por la Ley 226 de 1995.

b) En tratándose de las sociedades domiciliadas fuera el país, no está previsto el requisito de obtener una nueva autorización del Concejo de Medellín, pues, por una parte, dicha enajenación no está sujeta a la Ley 226 de 1995, y por la otra, sería del resorte y competencia asignada a la Junta Directiva, de acuerdo con sus estatutos, decidir sobre la disposición de dichas inversiones.

Remítase al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

IV. ENTIDADES TERRITORIALES

1. Aplicación del artículo 177 de la Ley 136 de 1994 respecto del pago de salarios a los personeros municipales.

Radicado 2321

Fecha: 19/09/2017
Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 22 de marzo de 2018

El señor ministro del Interior solicita concepto de esta Sala en relación con la aplicación del artículo 177 de la Ley 136 de 1994 respecto del pago de salarios a los personeros municipales. Concreta el problema jurídico objeto de la consulta en determinar cuál *"debe ser la sección presupuestal dentro del presupuesto municipal a través de la cual debe pagarse el salario del personero, pero también, si existen alternativas que, yendo más allá de la aplicación directa del principio de especialización presupuestal, permitan a los municipios cumplir con las inflexibilidades en el gasto, sin violar la Ley 617 de 2000"*.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de consulta, el señor ministro del Interior enuncia las disposiciones que el ministerio considera son el marco jurídico relacionado con el tema objeto de consulta. En consecuencia, transcribe las siguientes disposiciones: a) Fundamentos constitucionales: artículos 6, 118, 121, 209, 352 y 353; b) Fundamentos legales y reglamentarios: artículo 177 de la Ley 136 de 1994, artículos 10, 80 y 90 de la Ley 617 de 2000 y artículos 18, 44, 104, 107 y 110 del Decreto 111 de 1996.

Menciona que en relación con el problema jurídico planteado en la consulta existen tres (3) tesis:

La primera tesis señala que el *"salario del personero se paga a través de la sección presupuestal correspondiente a la administración central del presupuesto municipal… El fundamento de esta tesis es la lectura que se le da al artículo 177 de la Ley 136 de 1994, particularmente, a aquel apartado de acuerdo con el cual "los salarios y prestaciones de los personeros, como empleados de los municipios, se pagarán con cargo al presupuesto del municipio". De acuerdo con los defensores de esta tesis, la mención a que el salario del personero se paga con cargo al presupuesto del municipio, significa que la sección afectada es la de la administración central y no la de la personería, como si la personería tuviera su propio presupuesto y no fuera apenas una sección dentro del presupuesto municipal"*.

La segunda tesis argumenta que el *"salario del personero se paga a través de la sección presupuestal correspondiente a la personería municipal del presupuesto municipal"*. Se sustenta en que el *"principio de especialización, consagrado en el artículo 18 del EOP y de acuerdo con el cual, "las operaciones deben referirse a cada órgano de la administración (sic) a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas", se traduce en que la sección presupuestal afectada con el pago de los salarios del personero no es otra que la correspondiente a la personería municipal, sección que hace parte del municipio. Lo anterior en virtud a que (sic) si las funciones asignadas a*

la personería se cumplen a través de las acciones que lleva a cabo el personero y éste, a su vez, recibe un salario por el ejercicio de aquellas, entonces la sección que se afecta con el pago de sus salarios es la de la personería. Esta tesis tiene soporte, adicionalmente, en los artículos 18, 44 y 110 del EOP".

La tercera tesis se fundamenta en que el *"salario del personero se paga a través de la sección presupuestal correspondiente a la personería municipal del presupuesto municipal, sin perjuicio de que ante circunstancias excepcionales y debido a inflexibilidades en el gasto de las personerías, éstos puedan extraordinariamente ser pagados a través de la sección presupuestal correspondiente a la administración central"*. La sustentan en que *"… los principios presupuestales consagrados en la Constitución Política y el EOP (dentro del que cabe el de especialización) pueden ser aplicados por las entidades territoriales, pero analógicamente…"*, fundamentando tal afirmación en lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2015 (que vuelve sobre la Sentencia C-478 de 1992), al igual que en lo señalado en la sentencia C-643 de 2010 de la que se desprende *"que existe una restricción implícita al sistema presupuestal, de acuerdo con la cual la sección presupuestal correspondiente a la administración central no podría hacerse cargo de los gastos de las secciones correspondientes a los órganos de control porque con ello socavaría los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 constitucional"*. Indica el ministro en su consulta que *"… los partidarios de esta tercera tesis ponen en evidencia las dificultades de aplicar directamente, o lo que es lo mismo, sin ningún ajuste o adaptación el principio de especialización a las entidades territoriales, pero, simultáneamente, exponen la necesidad que en cumplimiento de los principios que orientan la función administrativa, la aplicación analógica de dicho principio se enmarque dentro de los criterios orientadores de la función. De esta manera, reconocen que la aplicación directa del principio de especialización, puede poner a un municipio en situación de incumplimiento de los límites de gasto..",* por lo que *"los partidarios de la tercera tesis proponen una salida de acuerdo con la cual al momento de aprobar el presupuesto de la sección presupuestal personería, se deben apropiar dentro de ellas todos los gastos que con ocasión del ejercicio de la función de la personería se realizan (incluyendo los salarios de los personeros), guardando los límites que establece la Ley 617 de 2000, para con ello aplicar (sic) artículo 209 constitucional. Sin embargo, si durante la ejecución del presupuesto se evidencia que las sumas apropiadas son insuficientes, pero una adición significa sobrepasar aquellos límites, entonces debe matizarse la aplicación del principio de especialización para que (sic) de manera excepcional, los gastos de la personería se puedan pagar a través de la sección presupuestal correspondiente a la administración central"*

Con base en lo antes reseñado formula las siguientes **PREGUNTAS**:

> *"3.1 Los pagos referidos al salario del personero municipal, ¿deben realizarse a través de la sección presupuestal correspondiente a la personería municipal dentro del presupuesto municipal o a través de la sección presupuestal correspondiente a la administración central del presupuesto municipal?"*
>
> *"3.2 A partir de la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual los principios presupuestales y demás normas constitucionales y orgánicas sólo aplican de manera*

analógica e indirecta, ¿es posible que de manera excepcional y debido a inflexibilidades en el gasto de las personerías, que éstos puedan extraordinariamente ser pagados a través de la sección presupuestal correspondiente a la administración central?"

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: i) Del Ministerio Público y la naturaleza de los personeros municipales y personerías municipales; ii) De las leyes orgánicas del presupuesto y su aplicación en el nivel territorial; iii) De la Ley 617 de 2000 – Ley conformada tanto por normas ordinarias como por normas orgánicas de presupuesto; iv) De los límites en las transferencias para gastos de funcionamiento de las personerías – inflexibilidad presupuestal; v) Sección presupuestal para el pago de los salarios de los personeros municipales – alcance del artículo 177 de la Ley 136 de 1994; vi) Conclusiones.

i) Del Ministerio Público y la naturaleza de los personeros municipales y personerías municipales

Dentro de la Estructura del Estado, definida por la Constitución Política de 1991, se encuentra el Ministerio Público, como un órgano de control[238], cuyo director supremo es el Procurador General de la Nación[239]. A dicho órgano le *"corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas"*[240]. Es ejercido *"por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales,* ***por los personeros municipales*** *y por los demás funcionarios que determine la ley…"* [241](El resaltado es nuestro)

Respecto al Ministerio Público como órgano de control del Estado y los personeros municipales como uno de los funcionarios que ejercen funciones de Ministerio Público, ha precisado la Corte Constitucional[242] lo siguiente:

"**3. El Ministerio Público y los personeros municipales.**

Conforme a la regulación normativa que de conjunto contiene la Constitución en relación con la institución del Ministerio Público, se infiere lo siguiente:

El Ministerio Público es uno de los órganos de control del Estado (arts. 113 y 117 de la C.P.). Es ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los Procuradores Delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley.

238 Constitución Política, artículo 117.
239 Ibídem, artículo 275.
240 Ibídem, artículo 118.
241 Ibídem, artículo 118.
242 Corte Constitucional. Sentencia C- 223 del 18 de mayo de 1995, Exp. No. D-691.

El Procurador General de la Nación tiene la suprema dirección del Ministerio Público; cumple sus funciones directamente o a través de sus "delegados y agentes". (art. 242-2-4, 275, 277, 278 y 281 C.P.)

De modo general corresponde al Ministerio Público "la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas" (art. 118 C.P.). Dichas atribuciones aparecen señaladas concretamente con respecto al Procurador General y al Defensor del Pueblo en los arts. 277,278 y 282 constitucionales.

Conforme a las precisiones precedentes, se puede inferir que el Ministerio Público tiene un carácter institucional en la Constitución que corresponde al órgano autónomo e independiente de control encargado de realizar específicas funciones estatales; pero es de anotar, que el Ministerio Público no se manifiesta e identifica como una entidad única, orgánica y funcionalmente homogénea, pues la variedad de las funciones que le han sido encomendadas están asignadas a los órganos institucionales y personales que se determinan en el art. 118.

La Constitución, alude a los personeros no sólo en el art. 118, sino en el art. 313-8 al determinar que corresponde a los concejos "elegir personero para el período que fije la ley". Fuera de las funciones generales que les corresponden como integrantes del Ministerio Público, no aparecen en la Constitución funciones detalladas; por lo tanto, ellas deben ser determinadas por el legislador.

El personero municipal, aun cuando puede considerarse como agente del Ministerio Público, en el sentido de que actúa o funge como tal al desarrollar funciones que pertenecen a la órbita de dicha institución, no es en sentido estricto y en los términos de los artículos 277 y 280 de la Constitución delegado inmediato, como lo son los procuradores delegados, ni agente permanente del Procurador General de la Nación ante las autoridades jurisdiccionales, no pertenece ni orgánica ni jerárquicamente a la estructura de la Procuraduría General de la Nación ni a la planta de personal de la misma; es un funcionario del orden municipal, aun cuando se encuentra sujeto a la dirección suprema del Procurador General de la Nación y, por lo tanto, sus funciones se desarrollan dentro de un sistema de articulación funcional y técnica, en virtud del cual, de alguna manera, se encuentra sujeto a la autoridad y al control de la Procuraduría y del Defensor del Pueblo, como se deduce de las siguientes funciones que le asigna el art. 178 de la ley 136 de 1994.

"4) (...) adelantar las investigaciones correspondientes acogiéndose a los procedimientos establecidos por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de la investigación".

"5) Intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales".

"16) Cooperar en el desarrollo de las políticas y orientaciones propuestas por el Defensor del Pueblo en el territorio municipal".

"17) Interponer por delegación del Defensor del Pueblo las acciones de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión".

"18) (....) El poder disciplinario del personero no se ejercerá con respecto del alcalde, de los concejales y del contralor.

Tal competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación, la cual discrecionalmente puede delegarla en los personeros.

La Procuraduría General de la Nación, a su juicio, podrá delegar en las personerías la competencia que se refiere a este artículo con respecto a los empleados públicos del orden nacional o departamental, del sector central o descentralizado, que desempeñen sus funciones en el respectivo municipio o distrito".

"23) Todas las demás que le sean delegadas por el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo".

Consecuente con lo expresado, si bien la personería y el personero son órganos institución y persona del nivel municipal, que forman parte del Ministerio Público, no se puede asimilar al personero a la condición de delegado o agente del Ministerio Público dependiente del Procurador General de la Nación, en los términos de los arts. 118, 277 y 280 de la C.P.

En este orden de ideas, la norma del art. 280 de la C.P. se aplica única y exclusivamente a quienes tienen el carácter de agentes del Ministerio Público dependientes del Procurador, los cuales actúan de manera permanente con fundamento en las atribuciones señaladas en la Constitución y la ley ante los magistrados y jueces que ejercen la función jurisdiccional".

En el mismo sentido, el Consejo de Estado[243] al resolver una demanda sobre un tema pensional, hizo un análisis sobre la estructura del Ministerio Público y la naturaleza de los personeros, en los siguientes términos:

"2.2.1. Estructura del Ministerio Público y naturaleza de los personeros municipales.

De acuerdo con la Constitución Política el Ministerio Público es uno de los órganos de control del Estado[13]. Es ejercido por el Procurador General de la Nación, por el

243 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 23 de marzo de 2017, Radicación No. 25000-23-42-000-2012-01170-01(1370-14). Las citas siguientes son del original de la sentencia: [13] Artículos 113 y 117 de la Constitución Política / [14] Artículos 242-2-4, 275, 277, 278 y 281 ídem / [15] Artículo 118 ibídem / [16] M. P.: Antonio Barrera Carbonell / [17] En lo que tiene que ver con los personeros, no solo se hace mención de ellos en el artículo 118 de la Carta Magna, sino también en su artículo 313 cuando indica que su elección le corresponde a los concejos para el periodo fijado por la ley / [18] El numeral 8 del artículo 313 de la Constitución Política dispone que corresponde a los concejos «Elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que esta determine».

Defensor del Pueblo, por los Procuradores Delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley.

El Procurador General de la Nación es el director del Ministerio Público. Sus funciones las cumple directamente o por medio de sus «delegados y agentes»[14].

Al Ministerio Público le corresponde «la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas»[15]. Estas atribuciones están señaladas para el Procurador General y para el Defensor del Pueblo en los artículos 277, 278 y 282 superiores.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-223 de 1995, señaló que **el Ministerio Público no se manifiesta e identifica como una entidad única, orgánica y funcionalmente homogénea,** pues la variedad de las funciones que le han sido encomendadas están asignadas a los órganos institucionales y personales que se determinan en el art. 118.[16]

Ahora bien (sic) en lo que tiene que ver con **los personeros[17], si bien estos ejercen funciones del Ministerio Público, no pertenecen a la estructura orgánica del mismo**. En la sentencia precitada el Alto Tribunal resaltó:

«[…]

El personero municipal, aun cuando puede considerarse como agente del Ministerio Público*,* en el sentido de que actúa o funge como tal al desarrollar funciones que pertenecen a la órbita de dicha institución, **no es en sentido estricto y en los términos de los artículos 277 y 280 de la Constitución delegado inmediato,** como lo son los procuradores delegados, ni agente permanente del Procurador General de

la Nación ante las autoridades jurisdiccionales, no pertenece ni orgánica ni jerárquicamente a la estructura de la Procuraduría General de la Nación ni a la planta de personal de la misma; es un funcionario del orden municipal, aun cuando se encuentra sujeto a la dirección suprema del Procurador General de la Nación y, por lo tanto, sus funciones se desarrollan dentro de un sistema de articulación funcional y técnica, en virtud del cual, de alguna manera, se encuentra sujeto a la autoridad y al control de la Procuraduría y del Defensor del Pueblo, como se deduce de las siguientes funciones que le asigna el art. 178 de la ley 136 de 1994.

[…]

Consecuente con lo expresado, si bien la personería y el personero son órganos institución y persona del nivel municipal, que forman parte del Ministerio Público, **no se puede asimilar al personero a la condición de delegado o agente del Ministerio Público dependiente del Procurador General de la Nación**, **en los términos de los arts. 118, 277 y 280 de la C.P.**

[…]» Negrillas y subrayas fuera del texto.

En concordancia con esta posición, esta Subsección, en sentencia de 25 de marzo de 2010, C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, resaltó:

«[…]

Queda claro entonces que los personeros municipales, si bien ejercen funciones propias del Ministerio Público, no están adscritos orgánicamente al mismo. Los personeros, son servidores públicos del nivel local, y por tanto, enmarcados dentro de la estructura orgánica y funcional de las respectivas personerías, de manera que sus titulares, delegados y funcionarios hacen parte de la estructura orgánica de la administración municipal, por consiguiente, sujetos al régimen de dichas entidades.

En ese orden, el demandante como funcionario de la Personería Municipal en calidad de Personero Delegado para la Contratación, Vigilancia Administrativa y Asuntos Presupuestales, estaba sujeto a la Administración municipal y **en consecuencia su salario y prestaciones sociales se pagaban con cargo al presupuesto del municipio, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 136 de 1994.**

[…]» **Resaltado fuera del texto original.**

Así las cosas, la personería municipal hace parte de la organización municipal, es una dependencia del ente territorial que cuenta con una planta del personal dentro de la que se encuentra el personero, quien es una autoridad propia del municipio pues su elección corresponde al concejo municipal[18]…”

Al igual que la sentencia citada, el Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias[244] ha hecho alusión a la naturaleza de los personeros y las personerías, reiterando que las son entidades del orden municipal y forman parte de los municipios.

Por último, debe señalarse que las personerías municipales, organismo al cual pertenecen los personeros municipales, están dotadas de autonomía administrativa y presupuestal[245], pues su función de vigilancia y control de las autoridades municipales demandan independencia del resto de instituciones que integran la administración local, por tal razón, si bien las personerías municipales forman parte del nivel local, por ser organismos de control del orden municipal, no pertenecen a la administración municipal. Señala la Corte Constitucional[246] al respecto:

> "Ahora bien, esta autonomía también es predicable de la personerías municipales que como integrantes del Ministerio Público tienen a su cargo en el nivel local la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas (art. 118 de la C.P.), tareas que deben cumplir con la debida independencia de las instituciones que integran la administración local, para lo cual se dispone que los personeros deben ser elegidos por el concejo municipal (art. 313-8 de la C.P.).
>
> Estando claro que los órganos de control del nivel local no hacen parte de la administración municipal, porque se trata de entidades que por mandato superior gozan de la debida autonomía administrativa y presupuestal para el cumplimiento de su función de fiscalización de la actividad administrativa, es fácil inferir que el alcalde carece de competencia para ordenar sus gastos como se si tratara de instituciones que conforman la infraestructura administrativa del municipio.
>
> La imposibilidad del alcalde para oficiar como ordenador del gasto de las contralorías y personerías municipales, asumiendo directamente la capacidad para contratar y comprometer las partidas presupuestales asignadas a nombre de estos órganos de control, constituye prenda de garantía de la efectividad del principio basilar del Estado Social de Derecho, que consagra el artículo 113 Fundamental y que corrobora el artículo 121, en virtud del cual los diferentes órganos estatales tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, estándoles vedado el ejercicio de funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

244 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 19 de febrero de 2015, Radicación No. 5000-23-25-000-2012-00914-01(2138-13). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 22 de mayo de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2003-00061-01(7325-05). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 29 de Julio de 2010, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-10886-01(1860-09). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 18 de marzo de 2015, Radicación No. 70001-23-31-000-2002-00207-01(0854-11). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia del 18 de abril de 2002, Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1106-01(2547-00). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 18 de enero de 2000, Radicación No. AI-046.

245 Decreto 111 de 1996, artículo 108: "Las contralorías y personerías distritales y municipales tendrán la autonomía presupuestal señalada en la Ley Orgánica del Presupuesto" (Ley 225/95, artículo 30).

246 Corte Constitucional. Sentencia C-365 de 2001.

> Suponer que la Carta autoriza a los alcaldes para ordenar el gasto de las contralorías y personerías municipales es desconocer el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales que, en general, le aseguran a los órganos de control la autonomía necesaria para el ejercicio de su labor fiscalizadora, atributo que deriva diáfanamente de lo señalado en los artículos 113, 117, 118, 119, 268, 272, 277 y 313-8 del Ordenamiento Superior.
>
> (….)
>
> Es incuestionable, pues, que las contralorías y personerías tienen competencia para ordenar sus gastos con independencia de lo decidido por el alcalde para la administración local, lo cual constituye, incuestionablemente, una expresión de la autonomía presupuestal que les reconoce la Carta Política para la consecución de las (sic) altos propósitos que les ha trazado el Estatuto Superior.
>
> En punto a la autonomía presupuestal, que es el asunto de fondo que se controvierte en el presente proceso, debe tenerse presente que la Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad de algunas expresiones del inciso primero del artículo 51 de la Ley 179 de 1994, compilado por el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, reconoció la competencia del legislador para definir este atributo, sin desconocer que de su núcleo esencial forma parte la facultad de ordenación del gasto".

En conclusión, el Ministerio Público es un órgano de control autónomo e independiente, que no se identifica con una única entidad orgánica y funcionalmente homogénea[247], dado que las funciones están asignadas a un sin número de instituciones y personas que no necesariamente dependen unos de otros, entre los que se encuentran los personeros municipales, quienes son empleados del orden municipal, elegidos por el concejo municipal, pero sujetos funcionalmente a la dirección suprema del Procurador General de la Nación, en virtud de la coordinación y articulación que debe imperar en el ejercicio de las funciones de Ministerio Público. Los personeros como servidores públicos del orden municipal pertenecen a la estructura orgánica y funcional de las respectivas personerías, organismos que forman parte del nivel local pero no pertenecen a la administración municipal, y por ser las personerías parte del nivel municipal el salario y prestaciones sociales del personero se pagan con cargo al presupuesto del municipio, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 136 de 1994.

ii) De las leyes orgánicas del presupuesto y su aplicación en el nivel territorial

Las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones son normas orgánicas, por así disponerlo el artículo 151 de la Constitución Política.

247 Corte Constitucional. Sentencia C-223 de 1995.

El significado de una norma orgánica ha sido definido por la Corte Constitucional[248], de la siguiente manera:

*"**2.1.1 Concepto de Leyes Orgánicas***

Se trata de unas leyes que tienen unas características especiales, esto es, gozan de una prerrogativa especial, por su posición organizadora de un sistema legal que depende de ellas. Estas leyes reglamentan plenamente una materia: son estatutos que abarcan toda la normatividad de una serie de asuntos señalados expresamente en la Carta Política (Art. 151). Es importante anotar que las leyes orgánicas condicionan, con su normatividad, la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, según lo dispone la norma constitucional citada, sujetan el ejercicio de la actividad legislativa.

Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que éstas deben ajustarse a lo que organiza aquella. Pero, propiamente hablando, la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el Estatuto Fundamental. La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias preestablecidas, no por ella misma, sino por la Constitución. Así, la norma constitucional es creadora de situaciones jurídicas, sin tener carácter aplicativo sin ninguna juridicidad anterior, al paso que la ley orgánica sí aplica una norma superior -la constitucional- y crea, a la vez, condiciones a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa; ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo establecido por las leyes orgánicas (art. 151).

La importancia de estas leyes es la que justifica que sean limitadas sólo a los temas que le asigne la Constitución y que requieran, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de una y otra Cámara, de acuerdo con lo previsto en la norma fundamental citada".

Cabe preguntarse si las normas orgánicas de presupuesto tienen aplicación o incidencia en los presupuestos de las entidades territoriales, para el caso objeto de análisis, en el presupuesto de los municipios, dado que la misma Carta Política faculta a los concejos para "*Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos"*[249].

Los artículos 352[250] y 353[251] constitucionales establecen que los presupuestos de las entidades territoriales estarán sometidos a lo señalado en la Constitución y en la ley orgáni-

248 Corte constitucional. Sentencia C-337 de 1993.

249 Constitución Política, artículo 313, numeral 5.

250 Constitución Política, artículo 352: "Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar".

251 Constitución Política, artículo 353: "Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto".

ca del presupuesto. Adicionalmente, el artículo 109 del Decreto 111 de 1996 *"Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto"*, en desarrollo del precepto constitucional, señala:

> ***"Artículo 109.*** *Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.*
>
> *Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo, para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes. Mientras el tribunal decide regirá el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad" (Ley 38/89, artículo 94. Ley 179/94, artículo 52).*

Significa lo anterior que "*las normas orgánicas presupuestales de los órdenes departamental y municipal se elaborarán teniendo en cuenta, en primer lugar, los principios constitucionales del título XII, particularmente los contenidos en los artículos 345 a 352; en segundo término, los principios contenidos en la Ley Orgánica de Presupuesto, que, como los anteriores, son básicamente principios o pautas de procedimiento; y por último, las normas o principios que independientemente de los anteriores estime necesarios o convenientes la respectiva Asamblea o Concejo y que no contradigan tácita o expresamente los cánones constitucionales y legales"*[252]

De igual forma señala el Dr. Mario Mejía Cardona[253] al referirse al contenido de los artículos 352 y 353 de la Constitución Política: *"Estos dos artículos le confieren a la ley orgánica del presupuesto una cobertura universal en materia presupuestal que obligan a todas las entidades públicas de cualquier orden, nacional o territorial y a sus entes descentralizados a cumplir a cabalidad lo establecido en ella. Todo ello sin perjuicio de las normas concretas establecidas en los respectivos estatutos locales de presupuesto, que en todo caso no pueden apartarse sustancialmente de lo dispuesto en la ley orgánica"*.

La misma Corte Constitucional[254], en cuanto a la aplicación de la ley orgánica del presupuesto en las entidades territoriales, señaló:

> ***"2) Aplicación de la Ley Orgánica del Presupuesto en las entidades territoriales.***
>
> *Por disposición del artículo 352 de la Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto se aplica también en las entidades territoriales y en sus entidades descentralizadas.*

252 Paula Robledo Silva. *La autonomía municipal en Colombia,* Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 369.
253 Mario Mejía Cardona. *El Laberinto Fiscal,* Colombia, Escuela Superior de Administración Pública, 2002, p. 40.
254 Corte Constitucional. Sentencia C- 540 de 2001.

La Corte ha resaltado siempre el alcance de esta ley en el orden territorial y ha conservado su línea jurisprudencial en este sentido:

Estas características de la Ley Orgánica de Presupuesto hacen de ella un elemento unificador poderoso, pues todas las leyes anuales de presupuesto tendrán forzosamente un parámetro común en lo sustantivo y en lo formal. Igualmente, por disposición expresa del art. 352 de la nueva Constitución, ese poder homologador de la Ley Orgánica se extiende a los demás presupuestos, sean los que elaboren los entes descentralizados por servicios como los que adopten las entidades autónomas territoriales. Es una pauta general, de cobertura nacional, de enorme poder centralizador y racionalizador".

Dado que, además de la Constitución Política, las leyes orgánicas de presupuesto se aplican a nivel territorial, deben estas entidades acoger las disposiciones concernientes a la preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, así como los principios del sistema presupuestal[255].

En conclusión, las normas orgánicas de presupuesto que expidan las entidades territoriales, y concretamente los concejos municipales, están subordinadas a los preceptos constitucionales y a las leyes orgánicas de presupuesto, pueden dichos cuerpos colegiados, igualmente, expedir otras normas en materia presupuestal que se consideren necesarias, pero las mismas no pueden apartarse ni contradecir lo dispuesto en las normas superiores, su competencia es reducida en materia presupuestal.

iii) De la Ley 617 de 2000 – Ley conformada tanto por normas ordinarias como por normas orgánicas de presupuesto

La Ley 617 de *2000 "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional"*, es una ley que contiene tanto normas ordinarias como orgánicas.

El artículo 95 de la citada ley señala: *"Los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13, 14, 52, 53, 54, 55, 56, 89, 91, 92 y 93 son normas orgánicas de presupuesto",* disposición declarada exequible por la Corte Constitucional[256], indicando en su fallo que las normas allí contenidas, cuya naturaleza es la de ser normas orgánicas, cumplieron con todos los requisitos señalados por la misma Corporación para tener tal connotación, es decir, cumplieron con (i) **el fin de la ley**, porque *"ellas se relacionan con el sistema presupuestal de las entidades territoriales. Las materias adicionadas en la Ley Orgánica del Presupuesto o sus artículos modificados son los que contienen las normas a las cuales deben sujetarse las normas orgánicas de presupuesto de las entidades territoriales. Luego, es evidente que la finalidad de la Ley 617 en esta materia fue modificar la Ley Orgánica del Presupuesto, la cual desde su expedición ha sido igualmente vinculante para departamentos, distritos y municipios (C.P.,*

255 Decreto 111 de 1996, artículo 12: "Los principios del sistema presupuestal son: la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, inembargabilidad, la coherencia macroeconómica y la homeostasis" (Ley 38/89, artículo 8º Ley 179/94, artículo 4º). Principios desarrollados en los artículos del 13 al 19 ibídem.

256 Corte Constitucional. Sentencia C- 540 de 2001.

art. 352)"; (ii) **su contenido o aspecto material**, por las materias que está regulando, así *"En el nivel municipal la Ley 617 de 2000, además de establecer límites en la programación presupuestal, modificó el método de cálculo establecido en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Presupuesto; fijó un límite al presupuesto de la contraloría y la personería municipales y los hizo extensivos al concejo municipal ya que la Ley Orgánica no contenía norma específica sobre el monto máximo del presupuesto para esta corporación administrativa… para la Corte existe relación de finalidad y de contenido entre los asuntos regulados por los artículos mencionados en el artículo 95 de la Ley 617 de 2000 y las materias propias de la Ley Orgánica del Presupuesto. En estos aspectos armonizan con los mandatos de los artículos 151 y 352 de la Constitución Política";* (iii) **la votación mínima aprobatoria,** pues **"***los artículos de ley orgánica de presupuesto de la Ley 617 en todos los eventos en que se discutieron fueron aprobados por la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara, en cumplimiento de la exigencia señalada en el artículo 151 de la Constitución Política";* y (iv) **el propósito del legislador al tramitar y aprobar el respectivo proyecto**, dado que en el trámite del proyecto de ley se observan una serie de expresiones que muestran la intención del legislador de tramitar las disposiciones señaladas en el artículo 95 como normas orgánicas.

En consecuencia, al ser los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13, 14, 52, 53, 54, 55, 56, 89, 91, 92 y 93 de la Ley 617 de 2000 normas orgánicas de presupuesto, deben ser respetadas por las entidades territoriales y en el caso de estudio, por los municipios, pues tal como se señaló, las normas en materia presupuestal que profieran los concejos municipales están subordinadas a los preceptos constitucionales y a las leyes orgánicas de presupuesto.

iv) De los límites en las transferencias para gastos de funcionamiento de las personerías – inflexibilidad presupuestal

Una de las normas orgánicas de presupuesto, tal como lo expuso la Sala en párrafos anteriores, es el artículo 10 de la Ley 617 de 2000, el cual regula el valor máximo de los gastos de los concejos, las personerías y las contralorías distritales y municipales.

En cuanto a los gastos de las personerías, señala la norma:

> **"Artículo 10. VALOR MÁXIMO DE LOS GASTOS DE LOS CONCEJOS, PERSONERÍAS, CONTRALORÍAS DISTRITALES Y MUNICIPALES.** Durante cada vigencia fiscal… Los gastos de personerías…, no podrán superar los siguientes límites:
>
> **PERSONERÍAS**
>
> Aportes máximos en la vigencia
>
> Porcentaje de los Ingresos
>
> Corrientes de Libre Destinación

CATEGORÍA

Especial	1.6%
Primera	1.7%
Segunda	2.2%

Aportes Máximos en la vigencia en

Salarios Mínimos legales mensuales

Tercera	350 SMML
Cuarta	280 SMML
Quinta	190 SMML
Sexta	150 SMML

(…)

Esta disposición impone una restricción a los gastos de funcionamiento de las personerías, entre otras instituciones, límite al cual deben ajustarse los municipios al momento de elaborar sus presupuestos, pues de la lectura de la norma se observa un imperativo "Los gastos de las personerías… **no podrán** superar los siguientes límites…:" (La negrilla es nuestra). Además, al ser una norma orgánica de presupuesto, deben las entidades territoriales sujetarse a ella, por así disponerlo los artículos 352 y 353 de la Constitución Política y 109 del Decreto 111 de 1996 (Ley 38/89, artículo 94. Ley 179/94, artículo 52).

Estas normas orgánicas de presupuesto de la Ley 617 de 2000 (dentro de las cuales se encuentra el artículo 10), fueron expedidas por el Congreso como un mecanismo para ajustar los presupuestos de las entidades territoriales, y sobre las que ya hubo pronunciamiento de la Corte Constitucional[257] admitiendo la imposición de restricciones a las entidades territoriales a la hora de determinar sus gastos de funcionamiento.

> "Corresponde a la Corte, entonces, determinar la relevancia de esas reglas para el caso presente. Ello se hará efectuando el análisis de las medidas que adoptan los artículos 3 al 11, acusados, una a una.
>
> En primer lugar, debe resaltarse el hecho de que, en este caso, las normas acusadas imponen una triple limitación sobre los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales:

257 Corte Constitucional. Sentencia C- 579 de 2001.

a) señalan que éstos (sic) gastos sólo podrán ser financiados con cargo a los ingresos corrientes de libre destinación, excluyendo así los recursos de capital y los ingresos corrientes de destinación forzosa;

b) enuncian ciertos recursos, tanto exógenos (situado fiscal, transferencias, regalías) como endógenos (sobretasa al ACPM), que no podrán ser destinados a financiar gastos de funcionamiento; y

c) establecen un porcentaje máximo de los ingresos corrientes de libre destinación restantes que se podrán destinar a financiar tales gastos.

(…)

Desde la exposición de motivos del proyecto de ley No. 046 Cámara (Gaceta del Congreso No. 257 de agosto 17 de 1.999, p. 1), se señaló que el proyecto formaba parte del conjunto de políticas puestas en marcha para equilibrar la economía nacional: se trataba de un componente del programa de reforma estructural para hacer frente a los problemas financieros del Estado; *"sin su aprobación no será posible garantizar la viabilidad económica del país en el mediano y largo plazo"* (ibid.).

(…)

Para la Corte resulta claro, por ende, que existe un grave problema fiscal en las entidades territoriales, propiciado en gran parte por el crecimiento desmedido del gasto público, y específicamente, los gastos de funcionamiento. El proyecto busca imponer reformas fiscales que cambien la estructura ingreso-gasto en dichas entidades, favoreciendo el ahorro y la inversión pública.

(…)

- Las normas acusadas establecen, entre otras, unas determinadas limitaciones sobre el uso que las entidades territoriales le pueden dar a sus recursos de fuente endógena; sin embargo, estas limitaciones son **racionales** (puesto que se dirigen a atacar la causa directa del problema que se ha identificado, a saber, el desbordamiento del gasto de funcionamiento de los entes territoriales, constituyendo así un medio eficaz para lograr el fin propuesto) y son **proporcionadas** (por cuanto los porcentajes de limitación del gasto varían de acuerdo con la categoría de la cual se trate, imponiendo los mayores costos sobre las entidades que mayores gastos generan, en términos cuantitativos, y porque se preserva un amplio margen de autonomía para la entidad respectiva en la destinación de los recursos con los que cuenta, garantizando al mismo tiempo un interés mayor de la colectividad nacional, sin que exista discriminación –puesto que es una medida general para todas las entidades territoriales– … Esto quiere decir que las medidas bajo examen, en general, busca (sic) combatir un desequilibrio entre los ingresos y los gastos de las entidades territoriales, estipulando que entre éstos (sic) factores debe existir una relación estable y armónica, en forma tal que los gastos permanentes

de las entidades territoriales se puedan financiar con los ingresos corrientes o constantes con los que cuentan, evitando así futuros descalabros; por ello, son constitucionalmente aceptables.

(…)

El resto de las medidas adoptadas en el artículo 3, así como las que se consagran en los artículos 4 al 11, demandados, se adaptan a las normas arriba explicadas; por lo mismo, se declararán exequibles".

Este límite a los gastos de funcionamiento de las personerías es una inflexibilidad presupuestal. *Hablar de inflexibilidad en el presupuesto se refiere a los componentes presupuestales que no tienen posibilidad discrecional de la autoridad frente a la vigencia fiscal, un ejemplo claro es la nómina o el servicio a la deuda… "La inflexibilidad del presupuesto deriva en las apropiaciones de las vigencias futuras y los fondos especiales haciendo que el presupuesto general de la nación se asigne ex ante por alguna norma, dificultando que el gobierno pueda hacer ajustes que conduzcan al saneamiento de las finanzas, los autores reiteran que hay tres rubros catalogados como inflexibles, los que dictan un gasto obligatorio, los de destinación específica y los parafiscales"*[258]

En conclusión, el límite presupuestal establecido en el artículo 10 de la Ley 617 de 2000, es de obligatorio cumplimiento para las entidades territoriales, por lo que, los gastos de funcionamiento de las personerías no pueden superar el límite allí establecido.

v) Sección presupuestal para el pago de los salarios de los personeros municipales – alcance del artículo 177 de la Ley 136 de 1994.

Como ya lo indicó la Sala, las personerías son organismos que forman parte del nivel municipal pero no pertenecen a la administración municipal como tal, debido a que están dotadas de autonomía administrativa y presupuestal y deben guardar la independencia requerida para cumplir con sus funciones de control y vigilancia de las actuaciones de los funcionarios municipales. Los personeros son funcionarios del orden municipal, elegidos por el concejo, y se encuentran adscritos a las personerías, es decir, pertenecen a la estructura orgánica y funcional de las mismas, no a la estructura de la administración municipal.

Dado que las personerías para su funcionamiento reciben recursos de los respectivos municipios, éstos se asignan en el presupuesto general de dichas entidades territoriales.

Los municipios al elaborar sus presupuestos deben cumplir con las normas constitucionales y con las leyes orgánicas de presupuesto, es decir, deben acoger las disposiciones concernientes a la preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, así como los principios del sistema presupuestal.

258 Jorge Enrique Diaz Varela. *La batalla política por el presupuesto en Colombia: inflexibilidades o supervivencia fiscal*, Colombia, artículo consultado en la página web http://www.monografias.com/trabajos68/batalla-politica-presupuesto-colombia/batalla-politica-presupuesto-colombia2.shtml#ixzz4orDYA3Oy (consultado en agosto 4 de 2017)

El Decreto 111 de 1996, compilatorio de las leyes orgánicas de presupuesto, señala, en el artículo 36, en cuanto a la composición del presupuesto de gastos, lo siguiente:

> ***"Artículo 36.*** *El Presupuesto de Gastos se compondrá de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión.*
>
> ***Cada uno de estos gastos se presentará clasificado en diferentes secciones*** *que corresponderán a: la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, una (1) por cada ministerio, departamento administrativo y establecimientos públicos, una (1) para la Policía Nacional y una (1) para el servicio de la deuda pública. En el Proyecto de Presupuesto de Inversión se indicarán los proyectos establecidos en el Plan Operativo Anual de Inversión, clasificado según lo determine el Gobierno nacional.*
>
> *En los presupuestos de gastos de funcionamiento e inversión no se podrán incluir gastos con destino al servicio de la deuda" (Ley 38/89, artículo 23, Ley 179/94, artículo 16).*

En consecuencia, aplicada la norma a nivel territorial según lo dispuesto por los artículos 352 y 353 de la Constitución Política y 109 del Decreto 111 de 1996, las personerías municipales son secciones presupuestales dentro de los presupuestos de cada municipio y por ende, los recursos destinados para su funcionamiento, en el límite señalado por el artículo 10 de la Ley 617 de 2000, deben ser asignados por los alcaldes y los concejos en la sección presupuestal correspondiente a dicha institución. Esto a su vez es reafirmado, respecto al presupuesto de las personerías, entre otras instituciones, por lo dispuesto en el artículo 107 del Decreto 111 de 1996 al señalar que: *"La programación, preparación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución de las apropiaciones de las contralorías y personerías distritales y municipales se regirán por las disposiciones contenidas en las normas orgánicas del presupuesto de los distritos y municipios que se dicten de conformidad con la Ley Orgánica del Presupuesto o de esta última en ausencia de las primeras"* (Ley 225/95, artículo 29).

Adicionalmente, y dado que las personerías están dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, como lo indicó la Sala, éstas tienen capacidad, para contratar y comprometer a nombre del municipio del cual forman parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en su sección presupuestal. Así lo indica el artículo 110 del Decreto 111 de 1996:

> ***"Artículo 110.*** *<u>Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cuál hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley</u>. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes. (Aparte subrayado correspondiente al artículo 51 de la ley 179 de 1994, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-101 de 1996)*

En la sección correspondiente a la Rama Legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica. (Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 365 de 2001).

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación" (Ley 38 de 1989, artículo 91. Ley 179 de 1994, artículo 51).

Por tal razón, cuando el artículo 177 de la Ley 136 de 1994 dispone *que* los *"salarios y prestaciones de los personeros, como empleados de los municipios, se pagarán con cargo al presupuesto del municipio…",* significa que efectivamente dicho salario se paga con cargo al presupuesto municipal, pero debe imputarse a la sección presupuestal de las personerías, no a la sección presupuestal de la administración central. Esto, igualmente es virtud del principio de Especialización definido en el artículo 18 del Decreto 111 de 1996 que expresa:

"Artículo 18. ESPECIALIZACIÓN. *Las operaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas". (Ley 38/89, artículo 14, Ley 179/94, artículo 55, inciso 3º).*

De otro lado, pretender que los salarios de los personeros se paguen con cargo a los recursos del municipio, imputables a la sección presupuestal de la administración central y no a la sección presupuestal de las personerías, no sólo viola los límites máximos establecidos por la Ley 617 de 2000 y el principio de Especialización, sino que es una forma de menguar o desconocer la garantía que tiene un órgano de control para ejercer su función de vigilancia de la gestión de las autoridades públicas del nivel local, pues el personero quedaría sujeto a lo que el alcalde disponga como órgano principal de la administración local, viola por tanto, el principio de autonomía administrativa y presupuestal de las personerías.

Adicionalmente, la Corte Constitucional[259] al declarar inexequible, mediante sentencia C- 643 de 2012, el artículo 3[260] de la Ley 1416 de 2010 *"Por medio de la cual se fortalece al*

259 Corte Constitucional. Sentencia C-643 de 2012. Señala el aparte pertinente del fallo: *"…la Sala Plena de esta Corporación encuentra que la disposición acusada desconoce el artículo 209 de la Carta, al desestimular drásticamente la eficiencia en el manejo presupuestal y en la gestión administrativa de las contralorías y, eventualmente, la moralidad administrativa, en la medida en que los gastos que se generan de la actuación de estos órganos de control no serían pagados por estos sino que impactarían directamente el presupuesto de los respectivos entes territoriales y, con ello, la disponibilidad presupuestal en la cual se basa el plan sectorial de desarrollo que se afecta de manera importante, al cargarse esos emolumentos a las finanzas territoriales, poniendo en riesgo el adelantamiento de dicho plan y el cumplimiento de las funciones a cargo de las entidades que tienen mayor peso, pues afecta la ejecución de su presupuesto en desmedro de los objetivos, programas y planes de desarrollo sectorial. La regla incorporada en la disposición demandada tiene un claro efecto de disminución del nivel de fuerza de la restricción presupuestal de las contralorías territoriales, pues supone que estas queden a la espera de que sus costos, derivados de las contingencias de que trata la norma, sean cubiertos por un tercero (ente territorial) y, por ende, con el leve compromiso de emplear poco o ningún esfuerzo en la defensa de sus intereses. Lo anterior, indiscutiblemente, propicia el aumento de los costos de la administración territorial.."*

260 Ley 1416 de 2010, artículo 3. Esta disposición declarada inexequible por la Corte constitucional señalaba lo siguiente: *"En desarrollo del fortalecimiento, garantía y salvaguarda del control fiscal territorial, las entidades territoriales correspondientes, asumirán de manera directa y con cargo a su presupuesto el pago de las conciliaciones, condenas, indemnizaciones y cualquier otra forma de resolución de conflictos de las Contralorías, sin que esto afecte el límite de gastos del funcionamiento en la respectiva Contraloría Territorial".*

ejercicio del control fiscal", que pretendió que los gastos generados por condenas, conciliaciones, indemnizaciones, etc. de las contralorías se asumieran directamente con cargo al presupuesto de la correspondiente entidad territorial, señaló que se estaban vulnerando los principios del artículo 209 de la Constitución "*al desestimular drásticamente la eficiencia en el manejo presupuestal y en la gestión administrativa de las contralorías y, eventualmente, la moralidad administrativa"*, entre otros argumentos, sentencia que no obstante referirse a las contralorías se puede extender su argumento al caso analizado sobre el pago de los salarios de los personeros cuando se quiere imputar a la sección presupuestal de la administración municipal.

Por último, es importante traer a colación el fallo de tutela de la Corte Constitucional[261], mediante el cual el máximo tribunal tuteló el derecho fundamental al mínimo vital de la personera municipal de Moñitos como consecuencia de la omisión del ente territorial en realizar el giro de las transferencias correspondientes a algunos meses de los años 2013 a 2015, sumas de las cuales depende el pago de su salario y de las prestaciones de la seguridad social. En este fallo, la Corte analizó el papel que cumple el municipio como ente girador de los recursos de los cuales depende el salario de los trabajadores de la personería, como es el caso del personero, y no como empleador de dicho organismo de control:

> **"4.7. Del deber de los municipios de efectuar transferencias a las personerías municipales**
>
> 4.7.1. Como órganos de control del Estado a las personerías municipales se les otorga autonomía presupuestal y financiera para el ejercicio de sus funciones. No obstante, los recursos para dicho funcionamiento provienen del presupuesto del municipio, de forma que es éste quien debe realizar las transferencias a las cuentas de esas entidades. En efecto, antes de ser derogado, el artículo 168 de la Ley 136 de 1994[31], modificado por el artículo 8 de la Ley 177 de 1994[32], disponía que: "Las personerías del distrito capital, distritales y municipales, cuentan con autonomía presupuestal y administrativa. En consecuencia, los Personeros elaborarán los proyectos de presupuesto de su dependencia, los cuales serán presentados al Alcalde dentro del término legal, e incorporados respectivamente al proyecto de presupuesto general del municipio o distrito, el cual sólo podrá ser modificado por el Concejo y por su propia iniciativa. Una vez aprobado, el presupuesto no podrá ser objeto de traslados por decisión del Alcalde".
>
> A pesar de que esta norma perdió vigencia por la derogación expresa realizada en el artículo 96[33] de la Ley 617 del 2000[34], subsisten en el ordenamiento jurídico otras

261 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Tutela T-169 del 11 de abril de 2016 Referencia: Exp. T-5.097.478. Las citas siguientes son del original de la sentencia: [31] *"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"* / [32] *"Por la cual se modifica la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones"* / [33] Artículo 96.- Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga los Artículos: 17 de la Ley 3ª de 1991; Parágrafo 3º del Artículo 11 de la Ley 87 de 1993; el segundo inciso del Parágrafo del Artículo 97 de la Ley 99 de 1993; 57 de la Ley 101 de 1993; 96 y 106 del Decreto 1421 de 1993; la Ley 166 de 1994; Artículos 1º, 3º, 5º, 6º, 8º y 11 de la Ley 177 de 1994; el Artículo 68 de la Ley 181 de 1995; 53 de la Ley 190 de 1995; los Artículos 7º, 11, 12 y 13 de la Ley 330 de 1996; 23 de la Ley 397 de 1997 y las demás disposiciones que le sean contrarias. Se deroga lo establecido en el numeral 4º del Artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y la expresión "quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan sido empleados públicos o trabajadores oficiales, ni" del numeral 5º del Artículo 44 de la Ley 200 de 1995. (subrayado fuera del texto original) / [34] *"Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional"* / [35] *"Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto".*

prescripciones legislativas, que permiten advertir que se mantiene el mismo modelo de financiamiento y de obtención de recursos presupuestales por parte de las Personerías. En efecto, el artículo 108 del Decreto 111 de 1996[35], dispone que las personerías municipales tendrán autonomía presupuestal, para cuya realización el artículo 106 del mismo Decreto dispone que: "Los alcaldes y los concejos distritales y municipales, al elaborar y aprobar lo (sic) presupuestos, respectivamente, tendrán en cuenta que las apropiaciones para gastos de funcionamiento de las contralorías y personerías, no podrán ser superiores a las que fueron aprobadas en el presupuesto vigente, incrementadas en un porcentaje igual al índice de precios al consumidor esperado para la respectiva vigencia fiscal" (subrayas fuera del texto original).

En este punto resulta importante resaltar, en el mismo sentido que lo hace la Defensoría del Pueblo en su insistencia, la importante misión que cumplen las personerías municipales como entidades que ejercen control sobre los órganos del orden territorial, de ahí que resulte de vital importancia que dichos órganos de control cuenten con los recursos necesarios para un funcionamiento autónomo e independiente (numerales 3 y 4 del artículo 178 de la Ley 136 de 1994). En efecto, la omisión en el giro oportuno de los recursos que por concepto de transferencias le (sic) corresponden (sic) a las personerías, pone en riesgo la realización de sus funciones constitucionales y legales, entre las que se encuentran vigilar el cumplimiento de la Constitución, la ley y demás normas de nivel territorial, así como defender los intereses de la sociedad (artículo 178 de la Ley 136 de 1994).

(…)

De ahí que también resulte importante precisar el papel que cumple el municipio como ente girador de los recursos de los cuales depende el salario de los trabajadores de la personería y no como empleador de dicho organismo de control. Sobre el particular, es preciso enfatizar que si vienen las obligaciones laborales y de la seguridad social dependen del presupuesto del municipio, es la personería y no el citado ente territorial el empleador de los funcionarios del organismo de control. Sobre la naturaleza de la relación entre el municipio como ente girador de las transferencias y la personera como empleada de la personería Municipal, señaló en la Sentencia T-632 de 2002 que:

"Esta Sala no desconoce lo sostenido por los demandados en el sentido de que, no es el municipio de Rovira (Tolima) el ente empleador de la tutelante, pues ésta, como cabeza del ministerio público en el citado municipio, depende de la Personería de este ente territorial, pero esta Sala tampoco puede pasar por alto que los recursos de los cuales depende el cabal funcionamiento de la personería municipal, incluidos los salarios y los aportes a la seguridad social integral (salud, pensión y riesgos profesionales) de la actora, se obtienen de las transferencias que debe hacer la alcaldía municipal a la mencionada entidad, no siendo de recibo los argumentos de los demandados de que por encontrarse en proceso de reestructuración, no es posible cancelar las acreencias que requiere no solamente la actora para su subsistencia, sino también para el buen funcionamiento del ministerio público de esa en-

tidad territorial, pues cuando se trata *de salarios, "sean estos anteriores o posteriores a dicho proceso, constituyen gastos de administración que deben ser cancelados de preferencia, a fin de no comprometer ni vulnerar derechos fundamentales". (Sentencia T-1160/01)…"*

Se concluye que las personerías municipales son una sección del presupuesto municipal, a cuyo cargo se imputan los salarios y prestaciones sociales de los personeros, los cuales constituyen gastos de funcionamiento. Asumir dichos gastos con el presupuesto de la administración municipal vulneraría no sólo los límites máximos establecidos por la Ley 617 de 2000 sino los principios de especialización presupuestal, autonomía administrativa y presupuestal de las personerías, eficiencia en el manejo presupuestal y en la gestión administrativa de las personerías y, eventualmente, la moralidad administrativa.

vi) Conclusiones

El Ministerio Público es ejercido, entre otros funcionarios, por los personeros municipales, quienes son empleados del orden municipal, elegidos por el concejo municipal, pero sujetos funcionalmente a la dirección suprema del Procurador General de la Nación, en virtud de la coordinación y articulación que debe imperar en el ejercicio de las funciones de Ministerio Público.

Los personeros como servidores públicos del orden municipal pertenecen a la estructura orgánica y funcional de las respectivas personerías, organismos que forman parte del nivel local pero no pertenecen a la administración municipal, y por ser las personerías parte del nivel municipal el salario y prestaciones sociales del personero se pagan con cargo al presupuesto del municipio, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 136 de 1994, pero la imputación de dicho gasto debe hacerse a la sección presupuestal de las personerías, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en párrafos anteriores.

Por último, como la competencia de las entidades territoriales es reducida en materia presupuestal, pues la expedición de las normas orgánicas del presupuesto del municipio están subordinadas a los preceptos constitucionales y a las leyes orgánicas de presupuesto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 352 y 353 de la Constitución Política y 109 del Decreto 111 de 1996, no pueden los municipios vulnerar los límites impuestos por las normas superiores (artículo 10 de la Ley 617 de 2000) para los gastos de funcionamiento de las personerías.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

III. La Sala responde:

"3.1 Los pagos referidos al salario del personero municipal, ¿deben realizarse a través de la sección presupuestal correspondiente a la personería municipal dentro del presupuesto municipal o a través de la sección presupuestal correspondiente a la administración central del presupuesto municipal?"

Como se indicó, los salarios y prestaciones sociales de los personeros deben pagarse con cargo al presupuesto de la sección presupuestal de las personerías.

"3.2 A partir de la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual los principios presupuestales y demás normas constitucionales y orgánicas sólo aplican de manera analógica e indirecta, ¿es posible que de manera excepcional y debido a inflexibilidades en el gasto de las personerías, que éstos puedan extraordinariamente ser pagados a través de la sección presupuestal correspondiente a la administración central?"

No. Los salarios de los personeros siempre deben pagarse con cargo a la sección presupuestal de las personerías, asumir dichos gastos con el presupuesto de la administración municipal vulneraría no sólo los límites máximos establecidos por la Ley 617 de 2000 sino los principios de especialización presupuestal, autonomía administrativa y presupuestal de las personerías, eficiencia en el manejo presupuestal y en la gestión administrativa de las personerías y, eventualmente, la moralidad administrativa.

Por último, la Sala estima, tal como lo ha manifestado en otros conceptos, la importancia que el Gobierno nacional promueva sin dilación alguna, una modificación a la Ley 617 de 2000, con el fin de ajustarla a la realidad actual de la administración pública del país. Es importante señalar que dicha ley fue expedida como parte de la política gubernamental para equilibrar la economía nacional y contrarrestar los problemas financieros por los que, en dicha oportunidad, estaba atravesando el Estado colombiano y, luego de 17 años de aplicación, no solo la situación del país ha cambiado sino la dinámica de las Entidades (tanto las nacionales como las territoriales), las cuales han adquirido nuevas competencias y funciones[262].

Remítase al señor Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Álvaro Namén Vargas, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

262 No obstante la anterior recomendación, la Sala observa que el Gobierno Nacional ya había considerado esta alternativa de modificación de la Ley 617 de 2000, en su "Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018: Todos por un nuevo país", al señalar dentro de su política de Buen Gobierno, entre otros, el objetivo de *"Optimizar la gestión de la inversión de los recursos públicos"*, y como una de sus estrategias para el logro de dicho objetivo la de *"e. Incrementar los ingresos de las entidades territoriales"*:
"… Por otra parte, con el objeto de garantizar la viabilidad fiscal de las entidades territoriales y brindarles un mayor margen de maniobra en relación con sus gastos de funcionamiento, el Gobierno nacional, en cabeza del MHCP, explorará la viabilidad de impulsar un proyecto de reforma a la Ley 617 del 2000. De ser procedente, este proyecto será discutido con las entidades territoriales y su objeto será flexibilizar y ajustar los indicadores de funcionamiento y la forma de categorizar a los departamentos y municipios a la realidad actual, además de resolver otras problemáticas como la de los gastos asociados a las contralorías, personerías y cuerpos colegiados" (Subrayado de la Sala) (Cita tomada de la página web https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%202%20internet.pdf "Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018: Todos por un nuevo país", consultada el 13 de septiembre de 2017).

1. Prima de vida cara.

Radicado 2376

Fecha: 30/04/2018
Consejero Ponente: *Germán Alberto Bula Escobar*
Levantamiento de la reserva mediante oficio 20186000142411 del Departamento Administrativo de la Función Pública

La Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública consulta sobre la viabilidad de continuar con el pago de la *"Prima de Vida Cara",* creada por la Asamblea del Departamento de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

Por solicitud del señor Gobernador de Antioquia, la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública consulta a la Sala sobre varios temas relacionados con el pago de la *"Prima de Vida Cara*" a los empleados del Departamento de Antioquia.

Explica la Directora que la "*Prima de Vida Cara"* fue creada por la Asamblea de Antioquia con la Ordenanza 34 de 1973, la que ha sido modificada y desarrollada por las ordenanzas 33 de 1974, 31 de 1975, 33 de 1980, 17 de 1981 y 12 de 1988.

Anota que contra estas ordenanzas se han incoado acciones de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y que las respectivas sentencias han sido apeladas y se encuentran pendientes de fallo por parte del Consejo de Estado.

Resulta entonces necesario tener certeza sobre si la administración departamental debe hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, cuando se encuentran en curso acciones de nulidad o se han expedido providencias ejecutoriadas *"donde se han debatido los motivos por los cuales se considera que la norma es inconstitucional".*

Así las cosas, formula las siguientes **PREGUNTAS:**

"1. ¿Es viable el reconocimiento y pago de la prima de vida cara en cumplimiento de la Ordenanza 34 de 1973, modificada por las ordenanzas 33 de 1974, 31 de 1975, 17 de 1981 y 12 de 1988, que no han sido suspendidas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia ni el Consejo de Estado (sic)?

2. ¿Cuándo procede la inaplicación de una norma inferior, si se encuentra cuestionada su legalidad y constitucionalidad ante la autoridad jurisdiccional competente?

3. ¿Procede la inaplicación de una ordenanza, cuando se han proferido sentencias en primera instancia (Tribunal Contencioso Administrativo) que las encontraron ajustadas a la Constitución y la ley?

4. ¿Es facultad del operador administrativo inaplicar una ordenanza, en el caso departamental, que ha obtenido sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada?

5. ¿Si la inaplicación procede cuando hay evidente contradicción entre la Constitución y el acto administrativo de inferior categoría, el operador administrativo debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad o puede abstenerse de aplicarla, partiendo del principio que las normas inferiores (ordenanzas) ya surtieron el trámite de un proceso de nulidad en primera instancia y los Magistrados consideraron que se encontraban ajustadas a la norma superior?

6. ¿Se encuentra vigente una ordenanza que creó una prima como factor salarial (Ordenanza 34 de 1973), cuando en primera instancia el Tribunal la encontró ajustada a la Constitución y a la ley y se encuentra al despacho del Consejo de Estado para resolver la apelación?

7. ¿Qué efectos tiene una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo que se abstiene de decretar la nulidad de una ordenanza y ésta no fue apelada?

II. CONSIDERACIONES

Ante la información suministrada por la señora Directora consultante en el sentido de que se han incoado acciones de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Antioquia contra los actos que contienen la llamada *"Prima de Vida Cara",* y que las respectivas sentencias han sido apeladas y se encuentran pendientes de fallo por parte del Consejo de Estado, el Consejero Ponente mediante auto para mejor proveer dispuso oficiar a la Secretaría de la Sección Segunda para que informara al respecto.

En respuesta a lo solicitado, el Secretario de la Sección Segunda de la Corporación mediante oficio del 16 de abril de 2018 manifiesta que en la Sección Primera aún cursa un proceso de nulidad contra el artículo primero de la Ordenanza 33 de 1974, proferida por la Asamblea Departamental de Antioquia.

Revisada la página Web del Consejo de Estado el día 23 de abril de 2018, se advierte que en efecto se encuentra en apelación un auto dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante el que se decretó la suspensión provisional del artículo primero de la Ordenanza 33 de 1974, proferida por la Asamblea Departamental de Antioquia.

El artículo demandado es del siguiente tenor:

"Artículo Primero. El Departamento de Antioquia, pagará a los servidores Departamentales, empleados, obreros, profesores y maestros, como una prima de vida cara consistente en un setenta y cinco por ciento (75%), de su salario mensual, por una sola vez, durante el año de 1975 y de un ciento por ciento (100%) a partir de 1976. La prima de vida cara se pagará también a los empleados de la Asamblea Departamental por un periodo de servicio y su valor será equivalente a un sueldo mensual desde 1974.

Parágrafo primero. La prima será pagada a las personas que tengan una asignación básica mensual no superior a ocho mil quinientos sesenta pesos ($8.560.oo).

Parágrafo segundo. La prima será cubierta en dos periodos por partes iguales; la primera durante el mes de febrero y la segunda mitad en el mes de agosto".

Al respecto se advierte que la Sala ha entendido de manera reiterada que no es procedente pronunciarse sobre materias que están sometidas a decisión jurisdiccional, bien sea que se trate de materias idénticas, ora que resulten sustancialmente conexas con la que se ha puesto a su consideración.

En efecto, se ha sostenido que la función consultiva no puede ejercerse sobre controversias que se encuentran pendientes de ser resueltas judicialmente por haberse iniciado un proceso para su definición. [263]

Así las cosas, y en vista de las decisiones judiciales pendientes sobre la legalidad de la *"Prima de Vida Cara",* la Sala se declara inhibida para conceptuar.

Remítase a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Édgar Gonzalez López, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

263 Ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Pronunciamiento del 31 de octubre de 2012. Radicación Interna 2129 y pronunciamiento del 9 de abril de 2014. Radicación interna 2196.

3. Planes de ordenamiento territorial. Procedimiento para su formulación, revisión y modificación. Concertación de los aspectos ambientales. Competencias de las áreas metropolitanas. Efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de contenido general.

Radicado 2348

Radicado 2392

Fecha: 16/10/2018
Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*
Levantamiento de la reserva mediante Ofi 1844464 OAJ-1400 del 6 de noviembre de 2018

El entonces Ministro del Interior, por petición del Concejo Municipal de Floridablanca, Santander, solicitó a la Sala su concepto sobre los efectos jurídicos que puede generar, en relación con el trámite del proyecto de acuerdo de revisión general del plan de ordenamiento territorial (POT) del municipio de Floridablanca, la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 21 de junio de 2018, mediante la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 016 de 2012, expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga, por el cual se creó la autoridad ambiental metropolitana.

Con base en la información suministrada por el Presidente y la Primera Vicepresidenta del Concejo Municipal de Floridablanca, en el oficio SG-2018-953 del 11 de julio de 2018, enviado al Ministerio del Interior, y en los documentos allegados con el mismo, los antecedentes más importantes de esta consulta se pueden resumir así:

1. Mediante el Acuerdo Metropolitano 004 de 2006, expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga, se asignaron a dicha entidad territorial las funciones establecidas en los artículos 55 y 66 de la Ley 99 de 1993[264], "*previa organización técnica y administrativa para ejercer las atribuciones como autoridad ambiental*"[265].

2. Por medio del Acuerdo Metropolitano 016 del 31 de agosto de 2012, dictado por la Junta Metropolitana de Bucaramanga, se constituyó, organizó y reglamentó la "*Autoridad Ambiental Metropolitana*".

3. Para tal efecto, con dicho acuerdo se creó la Subdirección Ambiental Metropolitana, que asumió el carácter de *autoridad ambiental* dentro del perímetro urbano de los municipios que conforman el área metropolitana, entre ellos, el de Floridablanca, con las mismas funciones atribuidas a la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, en adelante CDMB, en lo relativo al medio ambiente urbano.

4. El Área Metropolitana de Bucaramanga, en adelante AMB, mediante la Resolución 840 del 11 de octubre de 2017, expedida en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 388 de 1997[266] y en desarrollo de las facultades que le confirió el Acuerdo Me-

264 *"Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones".*

265 Primer "considerando" del Acuerdo Metropolitano 016 del 31 de agosto de 2012.

266 *"Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones".*

tropolitano 016 de 2012, declaró concertados los aspectos ambientales urbanos del proyecto de plan de ordenamiento territorial "*de Segunda Generación*" para el municipio de Floridablanca.

5. La CDMB y otras personas demandaron la nulidad del Acuerdo 016 de 2012, por considerarlo violatorio de la Constitución Política y la ley, al estimar que no se cumplieron los requisitos exigidos para que el Área Metropolitana de Bucaramanga pudiera constituirse y funcionar como "autoridad ambiental urbana".

6. El Alcalde de Floridablanca presentó, ante el respectivo Concejo Municipal, el proyecto de acuerdo Nº 031 de 2018, *"[p]or medio del cual se aprueba el Plan de Ordenamiento de segunda generación del Municipio de Floridablanca 2018-2030*", y dicha corporación inició el estudio del proyecto.

7. El Consejo de Estado, mediante fallo de segunda instancia proferido el 21 de junio de 2018[267], revocó la sentencia del 21 de enero de 2014 emitida por el Tribunal Administrativo de Santander y, en su lugar, declaró la nulidad del Acuerdo Metropolitano 016 de 2012.

8. Finalmente, en el expediente remitido por el Ministerio del Interior, se encuentra copia de los siguientes actos administrativos, relacionados con este mismo proyecto de acuerdo:

   - Resolución 840 del 11 de octubre de 2017, suscrita por el Director del Área Metropolitana de Bucaramanga, ya referida.

   - Acuerdo Metropolitano 020 del 26 de octubre de 2017, expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga, "*[p]or medio del cual se declara concertado el proyecto de revisión y ajuste del Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de segunda Generación del municipio de Floridablanca, en lo que tiene que ver con el componente de largo plazo según Directrices de Ordenamiento Territorial Metropolitano y el Plan Integral de Desarrollo Metropolitano*".

   - Resolución 0254 del 13 de marzo de 2018, dictada por la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, CDMB, "*[p]or la cual se declaran concertados los asuntos exclusivamente ambientales del proyecto de REVISIÓN GENERAL del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Floridablanca*".

En atención a los hechos y consideraciones anteriores, el ministro consultante formuló a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

267 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de junio de 2018. Expedientes acumulados 68001-23-33-000-2012-00213-00, 68001-23-33-000-2012-00193-00, 68001-23-33-000-2012-00199-00, 68001-23-33-000-2012-00205-00, 68001-23-33-000-2013-00258-00 y 68001-23-33-000-2013-00348-00.

"1. ¿Si el Concejo Municipal debe suspender el estudio del Proyecto de Acuerdo del Plan de Ordenamiento Territorial, teniendo en cuenta que el Municipio concertó los temas ambientales Urbanos con el Área Metropolitana de Bucaramanga y que el Consejo de Estado, mediante providencia que aun (sic) no está en firme declaró la nulidad del Acuerdo Metropolitano No. 016 del 2012 que le daba calidad de autoridad ambiental Urbana al Área Metropolitana?

2. ¿Conociendo el contenido del fallo del Consejo de Estado, que declaró la Nulidad del Acuerdo Metropolitano No. 016 de 2012 es preciso esperar la ejecutoria del mismo para proceder en consecuencia?

3. ¿Cuál es el procedimiento a seguir una vez cobre firmeza el fallo de nulidad del Acuerdo Metropolitano 016 de 2012? ¿Se debe devolver por parte del Concejo Municipal el proyecto de Acuerdo No. 031 'Por medio del cual se aprueba el Plan de Ordenamiento Territorial Segunda Generación (POT) 2018-2030', al señor Alcalde Municipal para que proceda a la concertación con la Autoridad Ambiental Urbana?"

I. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes planteados, la Sala analizará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) los planes de ordenamiento territorial y su relación con el medio ambiente; procedimiento para su formulación y revisión; (ii) competencias de las áreas metropolitanas; (iii) la sentencia del 21 de junio de 2018, proferida por el Consejo de Estado; (iv) efectos de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de contenido general, y (v) análisis del caso concreto y conclusión.

I. Los planes de ordenamiento territorial y su relación con el medio ambiente. Procedimiento para su formulación inicial y para su revisión

1. La función de ordenamiento territorial y su relación con la conservación y protección del medio ambiente. Competencias

El artículo 311 de la Constitución Política dispone que a los municipios, como "*entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado*", les corresponde, entre otras funciones, "*ordenar el desarrollo de su territorio*".

En el mismo sentido, el artículo 313 *ibídem* establece que una de las atribuciones de los concejos municipales es la de "*reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda*" (numeral 7º) (se destaca).

Por otro lado, en relación con la conservación y la protección del medio ambiente y de los recursos naturales, los artículos 79, 80 y 334 de la Carta Política preceptúan, en lo pertinente:

"Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

(…)

Artículo 334 (modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 3 de 2011). La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes… para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. (…)

(…)". (Subrayas añadidas).

Dentro de este marco constitucional, la Ley 99 de 1993 definió inicialmente lo que debía entenderse por "ordenamiento ambiental del territorio" y señaló algunas competencias en esta materia. En relación con lo primero, el artículo 7 de dicha ley prescribe:

"Artículo 7º. Del ordenamiento ambiental del territorio. Se entiende por ordenamiento ambiental del territorio para los efectos previstos en la presente ley, la función atribuida al Estado de regular y orientar el proceso de diseño y planificación de uso del territorio y de los recursos naturales renovables de la nación, a fin de garantizar su adecuada explotación y su desarrollo sostenible".

Asimismo, el artículo 5 *ibídem* señala, como una de las funciones del "Ministerio del Medio Ambiente" (hoy en día, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), la de "*[e]xpedir y actualizar el estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio para su apropiado ordenamiento y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente a sus aspectos ambientales y fijar las pautas generales para el ordenamiento y manejo de cuencas hidrográficas y demás áreas de manejo especial*" (numeral 12).

Igualmente, el artículo 31 de la Ley 99 establece las funciones principales de las corporaciones autónomas regionales, entre las cuales resulta pertinente citar las siguientes:

"(…)

2) Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente;

(…)

5) Participar con los demás organismos y entes competentes en el ámbito de su jurisdicción, en los procesos de planificación y ordenamiento territorial a fin de que el factor ambiental sea tenido en cuenta en las decisiones que se adopten;

(…)

30) Las demás que anteriormente estaban atribuidas a otras autoridades, en materia de medio ambiente y recursos naturales renovables, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, en cuanto no pugnen con las atribuidas por la Constitución Nacional a las entidades territoriales, o sean contrarias a la presente ley o a las facultades de que ella inviste al Ministerio del Medio Ambiente.

31) Sin perjuicio de las atribuciones de los municipios y distritos en relación con la zonificación y el uso del suelo, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 numeral séptimo de la Constitución Nacional, las Corporaciones Autónomas Regionales establecerán las normas generales y las densidades máximas a las que se sujetarán los propietarios de vivienda en áreas suburbanas y en cerros y montañas…

(…)

Parágrafo 3. Cuando una Corporación Autónoma Regional tenga por objeto principal la defensa y protección del medio ambiente urbano, podrá adelantar con las administraciones municipales o distritales programas de adecuación de áreas urbanas en zonas de alto riesgo… así mismo podrá administrar, manejar, operar y mantener las obras ejecutadas o aquellas que le aporten o entreguen los municipios o distritos para esos efectos;

Parágrafo 4. Las Corporaciones Autónomas Regionales realizarán sus tareas en estrecha coordinación con las entidades territoriales y con los organismos a las que éstas hayan asignado responsabilidades de su competencia;

(…)". (Subrayas añadidas).

Por su parte, en relación con las funciones ambientales de los municipios y distritos (incluido el Distrito Capital de Bogotá), el artículo 65 *ejusdem* dispone que a dichas entidades territoriales compete "*[d]ictar, dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las disposiciones superiores, las normas de ordenamiento territorial del municipio y las regulaciones sobre usos del suelo*" (numeral 8º).

Y los artículos 55 y 66 de la misma ley estatuyen lo siguiente, sobre las competencias ambientales de las grandes ciudades o "grandes centros urbanos":

> *"Artículo 55. De las competencias de las grandes ciudades. Los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a 1.000.000 de habitantes serán competentes, dentro de su perímetro urbano, para el otorgamiento de licencias ambientales, permisos, concesiones y autorizaciones cuya expedición no esté atribuida al Ministerio del Medio Ambiente.*
>
> *(…)*
>
> *Artículo 66. Competencias de grandes centros urbanos. Los municipios, distritos o áreas metropolitanas cuya población urbana fuere igual o superior a un millón de habitantes (1.000.000) ejercerán dentro del perímetro urbano las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales, en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano. Además de las licencias ambientales, concesiones, permisos y autorizaciones que les corresponda otorgar para el ejercicio de actividades o la ejecución de obras dentro del territorio de su jurisdicción, las autoridades municipales, distritales o metropolitanas tendrán la responsabilidad de efectuar el control de vertimientos y emisiones contaminantes, disposición de desechos sólidos y de residuos tóxicos y peligrosos, dictar las medidas de corrección o mitigación de daños ambientales y adelantar proyectos de saneamiento y descontaminación.*
>
> *Los municipios distritos o áreas metropolitanas de que trata el presente artículo asumirán ante las Corporaciones Autónomas Regionales la obligación de trasferir el 50% del recaudo de las tasas retributivas o compensatorias causadas dentro del perímetro urbano y de servicios, por el vertimiento de afluentes contaminantes conducidos por la red de servicios públicos y arrojados fuera de dicho perímetro, según el grado de materias contaminantes no eliminadas con que se haga el vertimiento".* (Se destaca).

Más adelante, el artículo 41 de la Ley 152 de 1994[268] dispuso que, "*[p]ara el caso de los municipios, además de los planes de desarrollo regulados por la presente ley, contarán con un plan de ordenamiento que se regirá por las disposiciones especiales sobre la materia*", y añadió que "*[e]l Gobierno nacional y los departamentos brindarán las orientaciones y apoyo técnico para la elaboración de los planes de ordenamiento territorial*" (resaltamos).

Posteriormente se expidió la Ley 388 de 1997, con varios objetivos señalados expresamente en su artículo 1, entre ellos, el de armonizar y actualizar las normas de la Ley 9 de 1989[269] con las disposiciones de la Constitución Política de 1991, de la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, de la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas y de la Ley 99 de 1993; establecer mecanismos que permitan a los municipios, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la conservación y defensa del patrimonio ecológico y la prevención de desastres, así como

268 *"Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo".*

269 *"Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones"*. Esta ley ya había sido modificada por la Ley 3 de 1991.

promover la "*armoniosa concurrencia de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias y autoridades administrativas y de planificación, en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales*" relacionadas con el ordenamiento del territorio.

El artículo 5 de la Ley 388 define el ordenamiento territorial de los municipios y distritos, así:

> *"Artículo 5. Concepto. El ordenamiento del territorio municipal y distrital comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales".* (Subrayamos).

Asimismo, el artículo 6 *ejusdem* preceptúa que el objeto del ordenamiento territorial municipal y distrital consiste en "*complementar la planificación económica y social con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible*", y añade que dicha actividad "*se hará tomando en consideración las relaciones intermunicipales, metropolitanas y regionales; deberá atender las condiciones de diversidad étnica y cultural, reconociendo el pluralismo y el respeto a la diferencia; e incorporará instrumentos que permitan regular las dinámicas de transformación territorial de manera que se optimice la utilización de los recursos naturales y humanos para el logro de condiciones de vida dignas para la población actual y las generaciones futuras*". (Se destaca).

Años después, el artículo 2 de la Ley 1454 de 2011[270] definió el concepto y la finalidad del ordenamiento territorial, en los siguientes términos:

> *"Artículo 2º. Concepto y finalidad del ordenamiento territorial. El ordenamiento territorial es un instrumento de planificación y de gestión de las entidades territoriales y un proceso de construcción colectiva de país, que se da de manera progresiva, gradual y flexible, con responsabilidad fiscal, tendiente a lograr una adecuada organización político administrativa del Estado en el territorio, para facilitar el desarrollo institucional, el fortalecimiento de la identidad cultural y el desarrollo territorial, entendido este como desarrollo económicamente competitivo, socialmente justo, ambientalmente y fiscalmente sostenible, regionalmente armónico, culturalmente pertinente, atendiendo a la diversidad cultural y físico-geográfica de Colombia.*
>
> *(…)".* (Destacamos).

270 "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones".

Aunque el ordenamiento territorial es una función pública compleja, en la cual intervienen distintas autoridades, instancias y niveles, como la Nación, por conducto del Congreso de la República y el Gobierno nacional; las corporaciones autónomas regionales; los departamentos, los municipios, los distritos y las áreas metropolitanas, entre otros[271], dicha función se materializa y concreta en la expedición de los denominados planes de ordenamiento territorial, POT, por parte de los municipios y distritos.

Tales planes están definidos en el artículo 9 de la Ley 388 de 1997, así:

> *"Artículo 9º. Plan de ordenamiento territorial. El plan de ordenamiento territorial que los municipios y distritos deberán adoptar en aplicación de la presente ley, al cual se refiere el artículo 41 de la Ley 152 de 1994, es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal. Se define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. (…)".* (Se resalta).

El artículo 10 *ibídem* menciona los "*determinantes*" que los municipios deben tener en cuenta para la elaboración y expedición de los POT, es decir, aquellos aspectos, principios y normas de superior jerarquía que necesariamente deben incluirse y respetarse en tales planes. Entre los "determinantes" que esta norma señala, la Sala destaca los siguientes, por su pertinencia para este concepto:

> *"1. Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales…*
>
> *(…)*
>
> *4. Los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 128 de 1994 y la presente ley".*

Vale la pena mencionar también, en relación con este asunto, que los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 1523 de 2012[272] establecen la obligación de tener en cuenta, en los planes de desarrollo y en los planes de ordenamiento territorial, las consideraciones referentes a la posibilidad de riesgos de desastres, así como de incluir mecanismos y normas para la prevención y el manejo de tales riesgos, en concordancia con el "plan nacional de gestión del riesgo" que adopte el Gobierno nacional. En particular, el artículo 40 citado, en su primer inciso, dispone que "*[l]os distritos, áreas metropolitanas y municipios en un plazo no mayor a un (1) año, posterior a la fecha en que se sancione la presente ley, deberán incorporar en sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial las consideraciones*

271 El artículo 29 de la Ley 1454 de 2011 establece la distribución de competencias en materia de ordenamiento territorial, entre la Nación, los departamentos, los municipios, los distritos especiales y las áreas metropolitanas.

272 *"Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones".*

sobre desarrollo seguro y sostenible derivadas de la gestión del riesgo, y por consiguiente, los programas y proyectos prioritarios para estos fines, de conformidad con los principios de la presente ley".

Debe recordarse, asimismo, que los planes de ordenamiento territorial tienen tres partes o componentes básicos, como lo señala el artículo 11 *ibídem*: (i) El componente general, que está constituido por los objetivos, estrategias y contenidos estructurales de largo plazo; (ii) el componente urbano, constituido por las políticas, acciones, programas y normas para encauzar y administrar el desarrollo físico urbano, y (iii) el componente rural, que está conformado por las políticas, acciones, programas y normas requeridas para garantizar la adecuada interacción entre los asentamientos rurales y la cabecera municipal, así como la conveniente utilización del suelo.

Dentro del componente general del POT, el artículo 12 de la Ley 388 de 1997 ordena incluir, entre otros aspectos, "*[l]a clasificación del territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana, con la correspondiente fijación del perímetro del suelo urbano… siguiendo los lineamientos de las regulaciones del Ministerio del Medio Ambiente en cuanto a usos del suelo, exclusivamente en los aspectos ambientales y de conformidad con los objetivos y criterios definidos por las Areas* (sic) *Metropolitanas en las normas obligatoriamente generales, para el caso de los municipios que las integran*" (numeral 2.5).

Como se infiere de todas las normas citadas, existe una íntima e indisoluble relación entre la función pública de ordenamiento territorial, la de planeación del desarrollo y el deber constitucional, a cargo del Estado, de conservar y proteger los recursos naturales y el medio ambiente, tanto en el ámbito rural como en el urbano.

Adicionalmente, el ordenamiento del territorio debe respetar el ejercicio armónico de las competencias entre la Nación y las entidades territoriales, incluyendo las atribuidas a las autoridades ambientales de cada nivel, así como las interrelaciones físicas, naturales, sociales y económicas que existen entre los municipios, el departamento, la región y el país. Específicamente, en el caso de los municipios y distritos que conforman áreas metropolitanas, la Ley 388 de 1997, en armonía con la ley orgánica que regula dichas entidades, exige que los POT tengan en cuenta los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieren a "hechos metropolitanos", así como los objetivos y criterios generales definidos por dichas áreas para el ordenamiento del territorio por parte de los municipios y distritos que las integran.

2. Procedimientos para la formulación y la revisión del POT

En relación con los procedimientos para la elaboración ("formulación") y adopción de los planes de ordenamiento, vale la pena señalar que estos se encuentran regulados detalladamente en los artículos 22 a 28 de la Ley 388, normas de las cuales se puede inferir que la expedición de los POT, por parte de los municipios y distritos, exige agotar dos etapas globales, claramente diferenciadas: (i) la "formulación" del proyecto de plan de ordenamiento territorial, por parte de la administración municipal o distrital (alcaldía), que se refiere a la elaboración de dicho documento, y (ii) la discusión y aprobación o des-

aprobación del respectivo proyecto de acuerdo que contenga el POT, a cargo del concejo municipal o distrital y, subsidiariamente, del alcalde.

El procedimiento para la "formulación" del plan es netamente participativo e involucra varias etapas, algunas de las cuales pueden desarrollarse simultáneamente, y busca fundamentalmente asegurar que el proyecto de plan de ordenamiento territorial que el alcalde presente ante el respectivo concejo haya sido previamente *(i)* consultado con la comunidad, en general, y con los diferentes gremios y sectores que puedan resultar afectados, y *(ii)* concertado con las autoridades que tienen la competencia para pronunciarse sobre los aspectos ambientales, de planeación y de integración intermunicipal (en el caso de las áreas metropolitanas).

Desde este punto de vista, el artículo 22 de la Ley 388 de 1997 establece, en primer lugar, la necesidad de propiciar la participación comunitaria en la construcción del proyecto de plan de ordenamiento territorial, así:

> *"Artículo 22. De la participación comunal en el ordenamiento del territorio. Para efectos de organizar la participación comunal en la definición del contenido urbano del plan de ordenamiento, las autoridades municipales o distritales podrán delimitar en el área comprendida dentro del perímetro urbano, los barrios o agrupamientos de barrios residenciales usualmente reconocidos por sus habitantes como referentes de su localización en la ciudad y que definen su pertenencia inmediata a un ámbito local o vecinal. Lo pertinente regirá para la participación comunitaria en la definición del contenido rural, caso en el cual la división territorial se referirá a veredas o agrupaciones de veredas.*
>
> *En el curso de la formulación y concertación de los planes de ordenamiento territorial, las organizaciones cívicas debidamente reconocidas de dichos agrupamientos de barrios o veredas, a través de mecanismos democráticos que aseguren la representatividad de los elegidos, podrán designar representantes para que transmitan y pongan a consideración sus propuestas sobre los componentes urbano y rural del plan.*
>
> *(…)".* (Subrayas ajenas al texto).

Por otro lado, en cuanto al trámite y la concertación requeridos para la formulación del POT, el artículo 23 *ibídem* dispone, en lo pertinente:

> *"Artículo 23. Formulación de los planes de ordenamiento territorial. En un plazo máximo de dieciocho (18) meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las administraciones municipales y distritales con la participación democrática aquí prevista, formularán y adoptarán los planes de Ordenamiento Territorial, o adecuarán los contenidos de ordenamiento territorial de los planes de Desarrollo, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.*
>
> *En lo sucesivo dentro de los seis (6) meses anteriores al vencimiento de la vigencia del plan de Ordenamiento, las administraciones municipales y distritales deberán iniciar el trámite para la formulación del nuevo plan o su revisión o ajuste.*

En la formulación, adecuación y ajuste de los planes de ordenamiento se tendrá en cuenta el diagnóstico de la situación urbana y rural y la evaluación del plan vigente.

(…)". (Se resalta).

Es necesario aclarar que el plazo que señalaba dicha norma para la formulación y adopción inicial de los planes de ordenamiento territorial, por parte de los municipios y distritos, fue modificado por la Ley 507 de 1999[273], que lo extendió hasta el 31 de diciembre de ese año.

Ahora bien, el artículo 24 de la Ley 388 señala los diferentes tipos de concertación que las administraciones municipales o distritales deben surtir obligatoriamente para formular el proyecto de POT, los plazos en que dicha concertación debe realizarse y las autoridades competentes en cada caso:

"Artículo 24. Instancias de concertación y consulta. El alcalde distrital o municipal, a través de las oficinas de planeación o de la dependencia que haga sus veces, será responsable de coordinar la formulación oportuna del proyecto del plan de Ordenamiento Territorial, y de someterlo a consideración del Consejo de Gobierno.

En todo caso, antes de la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial a consideración del concejo distrital o municipal, se surtirán los trámites de concertación interinstitucional y consulta ciudadana, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. El proyecto de plan se someterá a consideración de la Corporación Autónoma Regional o autoridad ambiental correspondiente, para su aprobación en lo concerniente a los asuntos exclusivamente ambientales, dentro del ámbito de su competencia de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 99 de 1993 y en especial por su artículo 66, para lo cual dispondrá de treinta (30) días; sólo podrá ser objetado por razones técnicas y fundadas en los estudios previos. Esta decisión será, en todo caso, apelable ante el Ministerio del Medio Ambiente.

2. Durante el mismo término previsto en el numeral anterior se surtirá la instancia de concertación con la Junta Metropolitana para el caso de planes de ordenamiento de municipios que formen parte de áreas metropolitanas, instancia que vigilará su armonía con los planes y directrices metropolitanas, en asuntos de su competencia.

3. Una vez revisado el proyecto por las respectivas autoridades ambientales y metropolitanas, en los asuntos de su competencia, se someterá a consideración del Consejo Territorial de Planeación, instancia que deberá rendir concepto y formular recomendaciones dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes.

273 "*Por la cual se modifica la Ley 388 de 1997*".

4. Durante el período de revisión del plan por la Corporación Autónoma Regional, o la autoridad ambiental correspondiente, la Junta Metropolitana y el Consejo Territorial de Planeación, la administración municipal o distrital solicitará opiniones a los gremios económicos y agremiaciones profesionales y realizará convocatorias públicas para la discusión del plan, incluyendo audiencias con las juntas administradoras locales, expondrá los documentos básicos del mismo en sitios accesibles a todos los interesados y recogerá las recomendaciones y observaciones formuladas por las distintas entidades gremiales, ecológicas, cívicas y comunitarias del municipio, debiendo proceder a su evaluación, de acuerdo con la factibilidad, conveniencia y concordancia con los objetivos del plan. Igualmente pondrán en marcha los mecanismos de participación comunal previstos en el artículo 22 de esta ley.

Las administraciones municipales y distritales establecerán los mecanismos de publicidad y difusión del proyecto de plan de ordenamiento territorial que garanticen su conocimiento masivo, de acuerdo con las condiciones y recursos de cada entidad territorial.

Parágrafo. La consulta democrática deberá garantizarse en todas las fases del plan de ordenamiento, incluyendo el diagnóstico, las bases para su formulación, el seguimiento y la evaluación". (Subrayas ajenas al texto).

Este procedimiento, en lo que se refiere a la concertación con las autoridades ambientales, fue ratificado y modificado parcialmente por el parágrafo sexto del artículo 1 de la Ley 507 de 1999, que dispuso lo siguiente:

"Parágrafo 6º. El Proyecto de Plan de Ordenamiento Territorial (POT) se someterá a consideración de la Corporación Autónoma Regional o autoridad ambiental competente a efectos de que conjuntamente con el municipio y/o distrito concerten (sic) lo concerniente a los asuntos exclusivamente ambientales, dentro del ámbito de su competencia de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993, para lo cual dispondrán, de treinta (30) días. ~~Vencido el término anterior, se entiende concertado y aprobado el Proyecto del Plan de Ordenamiento por parte de las autoridades ambientales competentes~~ y una vez surtida la consulta al Consejo Territorial de Planeación como se indica en el numeral 3o. del artículo 24 de la Ley 388 de 1997, se continuará con la instancia de aprobación prevista en el artículo 25 de la misma ley. Lo dispuesto en este parágrafo es aplicable para las disposiciones contenidas en el artículo 99 de la Ley 388 de 1997 y el Decreto 1753 de 1994 sobre licencias ambientales y planes de manejo ambiental.

En relación con los temas sobre los cuales no se logre la concertación, el Ministerio del Medio Ambiente intervendrá con el fin de decidir sobre los puntos de desacuerdo para lo cual dispondrá de un término máximo de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo anteriormente señalado en este parágrafo.

~~En todos los casos en que las autoridades ambientales no se pronuncien dentro de los términos fijados en el presente parágrafo, operará el silencio administrativo positivo a favor de los municipios y distritos~~". (Se resalta).

Los apartes que aparecen tachados fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-431 de 2000[274], por considerar que el logro de una mayor eficiencia, eficacia y agilidad en la realización de este trámite, que era lo que se buscaba al implantar la figura del silencio administrativo positivo (regulada actualmente en los artículos 84 y 85 de la Ley 1437 de 2011), no se compensaba con el daño potencial que la aplicación de dicho mecanismo podría causar al derecho colectivo al medio ambiente, al abstenerse de realizar el Estado un verdadero y efectivo control sobre los aspectos ambientales contenidos en los proyectos de POT. Sobre este punto, la Corte manifestó:

> *"(…) si bien es cierto que la utilización del silencio administrativo positivo permite contrarrestar el potencial riesgo de retraso que puedan llegar a sufrir los POT en el proceso de su aprobación, es evidente que el mismo se satisface a costa del daño irreversible y permanente que puede sufrir el medio ambiente y, por contera, los derechos a la vida y a la salud de los coasociados como consecuencia de no asumirse una política institucional seria y uniforme que asegure un manejo sostenible del ecosistema. Para la Corte, el hecho de que se le reconozca plena garantía a la protección ambiental, permitiendo que se surta el debido control ecológico sobre los POT, no elimina ni hace inoperante el cometido estatal de la eficacia y celeridad en la función administrativa, pues el ordenamiento jurídico tiene previstas diversas alternativas de control legal – derecho de petición, sanciones disciplinarias y acciones contenciosas- que, precisamente, han sido diseñadas para asegurar el cumplimiento de los fines estatales asignados a los diferentes organismos públicos. (…)*
>
> *(…)*
>
> *En el caso de la norma parcialmente acusada, ésta prevé un mecanismo de control estatal sobre el medio ambiente al disponer que "El Proyecto de Plan de Ordenamiento Territorial (POT) se someterá a consideración de la Corporación Autónoma Regional o autoridad ambiental competente a efectos de que conjuntamente con el municipio y/o distrito concerten (sic) lo concerniente a los asuntos exclusivamente ambientales". Sin embargo, el propio dispositivo –en la parte acusada- desmonta dicho control cuando deliberadamente entiende concertado y aprobado el POT, como consecuencia de la mora de la entidad ambiental en emitir el respectivo pronunciamiento. Tal proceder no permite entonces agotar el deber estatal de proteger y garantizar la integridad del medio ambiente, ya que si no existe pronunciamiento dentro del término estipulado, las observaciones e indicaciones que pudieran formularse al POT en punto a las evaluaciones de riesgo ambiental en el (sic) comprometidas, resultarían inocuas y no producirían efecto alguno con grave perjuicio para el ecosistema [275].*
>
> *Como se expresó anteriormente, la Corte, en la Sentencia C-328 de 1995, al declarar inexequible la aplicación del silencio administrativo positivo frente al otorgamiento de la licencia ambiental, en los casos en que la autoridad omitía pronunciarse sobre la viabilidad de los proyectos de infraestructura dentro del plazo estipulado, dejó claro que a través de esta figura jurídica se institucionaliza la negligencia e ineficacia del*

274 Corte Constitucional, sentencia C-431 del 12 de abril de 2000, expediente D-2589.

275 *"[6] Cfr. la Sentencia C-328/95".*

Estado para cumplir con sus obligaciones en materia ambiental, circunstancia que desconoce abiertamente los artículos 2°, 79 y 80 de la Constitución Política y el deber de coordinación que le asiste a las autoridades para el adecuado y oportuno cumplimiento de los fines sociales (C.P. art. 209).(…)". (Subrayamos).

Por otra parte, la Sala observa que existe cierta desarmonía entre lo dispuesto por esta norma y lo regulado en el artículo 24-1 de la Ley 388 de 1997, por cuanto este último señala que contra la decisión que adopte la autoridad ambiental competente procede el recurso de apelación, mientras que el parágrafo 6º del artículo 1º de la Ley 507 de 1999 prescribe que, *"[e]n relación con los temas sobre los cuales no se logre la concertación, el Ministerio del Medio Ambiente intervendrá con el fin de decidir sobre los puntos de desacuerdo para lo cual dispondrá de un término máximo de treinta (30) días…"*, lo que sugiere que el municipio interesado no tendría que interponer recursos contra la decisión que dicte inicialmente la autoridad ambiental, pues, en caso de presentarse un desacuerdo parcial, la concertación continuaría, de oficio, ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. En todo caso, y aun bajo este entendimiento, se requeriría un acto administrativo de la autoridad ambiental competente que declare efectivamente concertados los aspectos ambientales del proyecto de POT.

Como se puede inferir, la formulación del plan de ordenamiento territorial es un proceso relativamente complejo, que se compone de varias etapas y decisiones, en las cuales intervienen la comunidad o diferentes autoridades, según el caso, así:

(i) La concertación con la autoridad o las autoridades ambientales competentes, que corresponde, en principio, a la corporación autónoma regional que tenga jurisdicción sobre el respectivo municipio o distrito, a menos que en dicha entidad territorial exista una autoridad ambiental urbana, constituida de acuerdo con las disposiciones de la Ley 99 de 1993, caso en el cual la corporación autónoma regional será competente para revisar los aspectos ambientales *rurales* del proyecto de POT, mientras que la autoridad ambiental urbana tendrá la competencia para pronunciarse sobre los asuntos ambientales *urbanos*.

En todo caso y a pesar de que se trata de un ejercicio de concertación, en el cual, por definición[276], debe haber participación activa de las dos partes (la autoridad ambiental y el municipio), dicha etapa termina con la expedición de un acto administrativo por medio del cual la autoridad ambiental aprueba, desaprueba u objeta parcialmente el contenido ambiental del proyecto de POT. Por tal razón, el numeral 1º del artículo 24 de la Ley 388 de 1997 señala que *"[e]l proyecto de plan se someterá a consideración de la… autoridad ambiental correspondiente, <u>para su aprobación</u> en lo concerniente a los asuntos exclusivamente ambientales*"; dispone que dicho documento "*<u>sólo podrá ser objetado por razones técnicas</u> y fundadas en los estudios previos*", y establece que *"[e]sta decisión será, <u>en todo caso, apelable</u> ante el Ministerio del Medio Ambiente*" (se resalta).

276 El Diccionario de la Lengua Española define *"concertación"* como *"acción y efecto de concertar"*, y esta última voz, en su tercera acepción, significa *"pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio"*.

(ii) Simultáneamente, debe hacerse la concertación ante la respectiva junta metropolitana, para el caso de los planes de ordenamiento de municipios que formen parte de áreas metropolitanas, para determinar su armonía con los planes y directrices metropolitanas, en asuntos de su competencia. Aunque la ley no señala en este caso la forma de realizar dicha concertación y la manera en que termina, resulta lógico suponer que esta actuación debe llevarse a cabo de forma similar a como se realiza la concertación de los asuntos ambientales, con excepción, claro está, de la posibilidad de apelar la decisión que se adopte (ya que la junta metropolitana no tiene superior jerárquico) y de la intervención del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

(iii) También en forma paralela, debe efectuarse el proceso de socialización del proyecto de POT, mediante su divulgación por diferentes medios, su consulta con los gremios, organizaciones cívicas y sectores de la comunidad que puedan resultar afectados o estar interesados en el asunto, la realización de audiencias públicas para informar y discutir el proyecto, y la recepción y evaluación de los comentarios, observaciones y sugerencias que lleguen a presentarse.

(iv) Y finalmente, una vez revisado y aprobado el proyecto por las respectivas autoridades ambientales y metropolitanas, en los asuntos de su competencia, debe someterse a consideración del respectivo consejo territorial de planeación, organismo que ha de rendir su concepto y formular sus recomendaciones dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes.

Para la Sala, es claro que las dos primeras actividades, al menos, si bien forman parte del proceso general de "formulación" del plan de ordenamiento territorial, constituyen, en sí mismas, verdaderas actuaciones administrativas, de aquellas que regula la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en las cuales el peticionario e interesado directo es el respectivo municipio o distrito[277], y que terminan con la expedición de un acto administrativo de carácter definitivo. Sobre este punto, vale la pena recordar que, según el artículo 43 *ibídem*, "*[s]on actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*".

En este caso, debe tenerse en cuenta que, tanto la decisión que expida la autoridad ambiental competente como aquella que dicte la junta metropolitana (en el caso de los municipios o distritos que forman parte de un área metropolitana), resuelven de fondo el asunto que somete a su consideración el municipio o distrito, es decir, el cumplimiento o incumplimiento, total o parcial, de los "*determinantes*" ambientales o metropolitanos, respectivamente, que el futuro plan de ordenamiento territorial debe considerar y cum-

277 El artículo 4º de la Ley 1437 de 2011 señala las diferentes formas en las que pueden iniciarse las actuaciones administrativas:
"Artículo 4º. Formas de iniciar las actuaciones administrativas. Las actuaciones administrativas podrán iniciarse:
1. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general.
2. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular.
3. Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal.
4. Por las autoridades, oficiosamente".

plir, por estar contenidos en principios y normas superiores (constitucionales, legales o administrativas, expedidas por las autoridades competentes).

Adicionalmente, en el caso de que la decisión de dichas autoridades o de cualquiera de ellas sea negativa, en el sentido de objetar o improbar totalmente el proyecto de POT que el alcalde someta a su revisión y concertación, tal acto hace imposible continuar con la respectiva actuación, pues el burgomaestre no podría someter el documento a la consideración del respectivo consejo territorial de planeación ni, menos aún, presentar el proyecto de acuerdo al concejo municipal o distrital.

Luego de formularse el plan de ordenamiento territorial, con el cumplimiento de las etapas y los requisitos que se han explicado, sigue el trámite de discusión y aprobación del POT, por parte del respectivo concejo municipal o distrital, procedimiento que inicia con la presentación del respectivo proyecto de acuerdo, por parte del alcalde, y termina con la sanción del acuerdo que apruebe el respectivo concejo municipal o distrital, o bien con la adopción del plan de ordenamiento territorial mediante decreto expedido por el alcalde, cuando el concejo no toma ninguna decisión dentro del plazo que le señala la ley[278].

A este respecto, el artículo 25 de la Ley 388 de 1997 dispone:

> *"Artículo 25. Aprobación de los planes de ordenamiento. El proyecto de plan de ordenamiento territorial, como documento consolidado después de surtir la etapa de la participación democrática y de la concertación interinstitucional de que trata el artículo precedente, será presentado por el alcalde a consideración del concejo municipal o distrital, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo del concepto del Consejo Territorial de Planeación. En el evento de que el concejo estuviere en receso, el alcalde deberá convocarlo a sesiones extraordinarias. Toda modificación propuesta por el concejo deberá contar con la aceptación de la administración".* (Se destaca).

Este procedimiento, aunque termina también con la expedición de un acto administrativo definitivo y, en este caso, de contenido general, que es el acuerdo o el decreto contentivo del POT, según el caso, está sometido a un trámite distinto y especial, que se encuentra previsto en las normas constitucionales y legales que regulan las funciones de los concejos municipales y distritales y, en particular, la presentación, discusión y aprobación de los respectivos acuerdos[279].

Ahora bien, debe advertirse que los planes de ordenamiento territorial deben ser objeto de "revisión" integral al terminar su vigencia, y pueden revisarse también, total o parcialmente, en las demás casos y ocasiones que señala el artículo 3, numeral 9º, de la Ley

---

278 Inicialmente, el artículo 26 de la Ley 388 de 1997 dispuso, a este respecto:
"Artículo 26. Adopción de los planes. Transcurridos sesenta (60) días desde la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial sin que el concejo municipal o distrital adopte decisión alguna, el alcalde podrá adoptarlo mediante decreto".
Sin embargo, más adelante, el artículo 12 de la Ley 810 de 2003, *"[p]or medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones"*, estatuyó:
"Artículo 12. Los Concejos Municipales y Distritales podrán revisar y hacer ajustes a los Planes de Ordenamiento Territoriales ya adoptados por las entidades territoriales y por iniciativa del alcalde.
Si el concejo no aprueba en noventa (90) días calendario la iniciativa, lo podrá hacer por decreto el alcalde". (Se resalta).

279 Contenidas, entre otros, en los Decretos Leyes 1333 de 1986 y 1421 de 1993 (este último para el Distrito Capital), así como en las Leyes 9 de 1989, 3 de 1991, 136 de 1994, 388 de 1997, 617 de 2000, 1454 de 2011, 1551 de 2012 y 1675 de 2013, entre otras.

136 de 1994, modificado por el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012[280], el artículo 28 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 2 de la Ley 902 de 2004[281], y el artículo 2.2.2.1.2.6.1 del Decreto 1077 de 2015[282].

En todo caso, "*las revisiones*" de los planes de ordenamiento territorial están sometidas al mismo procedimiento que los POT iniciales para su aprobación, como lo estatuye el artículo 28 de la Ley 388[283] y lo ratifica el artículo 2.2.2.1.2.6.3 del Decreto 1077 de 2015, que prescribe:

> *"Artículo 2.2.2.1.2.6.3. Procedimiento para aprobar y adoptar las revisiones. Todo proyecto de revisión y modificación del Plan de Ordenamiento Territorial o de alguno de sus contenidos se someterá a los mismos trámites de concertación, consulta y aprobación previstas en los artículos 24 y 25 de la Ley 388 de 1997.*
>
> *Ante la declaratoria de desastre o calamidad pública, los trámites de concertación interinstitucional y consulta ciudadana del proyecto de revisión podrán ser adelantados paralelamente ante las instancias y autoridades competentes.*
>
> *(Decreto 4002 de 2004, artículo 7º)".* (Se destaca).

II. Competencias de las áreas metropolitanas

El artículo 319 de la Constitución Política estatuye:

> *"Artículo 319. Cuando dos o más municipios tengan relaciones económicas, sociales y físicas, que den al conjunto características de un área metropolitana, podrán organizarse como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad; racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de quienes la integran y, si es el caso, prestar en común algunos de ellos; y ejecutar obras de interés metropolitano.*
>
> *La ley de ordenamiento territorial adoptará para las áreas metropolitanas un régimen administrativo y fiscal de carácter especial; garantizará que en sus órganos de administración tengan adecuada participación las respectivas autoridades municipales; y*

280 *"Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios". El artículo 6 de esta ley dispone, en lo pertinente: "Los Planes de Ordenamiento Territorial serán presentados para revisión ante el Concejo Municipal o Distrital cada 12 años".*

281 *"Por la cual se adicionan algunos artículos de la Ley 388 de 1997 y se dictan otras disposiciones".*

282 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio". El artículo 2.2.2.1.2.6.1 de este decreto prescribe: "Artículo 2.2.2.1.2.6.1. Revisión de los planes de ordenamiento territorial. Los Concejos municipales o distritales, por iniciativa del alcalde y en el comienzo del período constitucional de este, podrán revisar y ajustar los contenidos de largo, mediano o corto plazo de los Planes de Ordenamiento Territorial, siempre y cuando haya vencido el término de vigencia de cada uno de ellos, según lo establecido en dichos planes.*
Tales revisiones se harán por los motivos y condiciones contemplados en los mismos Planes de Ordenamiento Territorial para su revisión, según los criterios que establece el artículo 28 anteriormente citado.
Parágrafo. Por razones de excepcional interés público, o de fuerza mayor o caso fortuito, el alcalde municipal o distrital podrá iniciar en cualquier momento el proceso de revisión del Plan o de alguno de sus contenidos. (…)".

283 *"Artículo 28. Vigencia y revisión del plan de ordenamiento. Los planes de ordenamiento territorial deberán definir la vigencia de sus diferentes contenidos y las condiciones que ameritan su revisión en concordancia con los siguientes parámetros:*
(…)
4. Las revisiones estarán sometidas al mismo procedimiento previsto para su aprobación y deberán sustentarse en parámetros e indicadores de seguimiento relacionados con cambios significativos en las previsiones sobre población urbana; la dinámica de ajustes en usos o intensidad de los usos del suelo…
(…)". (Se resalta).

señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios.

Cumplida la consulta popular, los respectivos alcaldes y los concejos municipales protocolizarán la conformación del área y definirán sus atribuciones, financiación y autoridades, de acuerdo con la ley.

Las áreas metropolitanas podrán convertirse en Distritos conforme a la ley". (Resaltamos).

Inicialmente, bajo la Constitución de 1991, las áreas metropolitanas fueron reguladas por la Ley 128 de 1994, que fue derogada y sustituida posteriormente por la Ley 1625 de 2013[284].

Conforme al artículo 1 de esta ley, su objeto consiste en "*dictar normas orgánicas para dotar a las Áreas Metropolitanas de un régimen político, administrativo y fiscal, que dentro de la autonomía reconocida por la Constitución Política y la ley, sirva de instrumento de gestión para cumplir con sus funciones*" (se destaca), así como articular "*la normatividad relativa a las Áreas Metropolitanas con las disposiciones contenidas en las Leyes 388 de 1997, 1454 de 2011, 1469 de 2011 y sus decretos reglamentarios, entre otras*" (subrayamos).

Sobre el objeto y la naturaleza jurídica de las áreas metropolitanas, los artículos 2 y 3 *ibídem* establecen, en lo pertinente:

"Artículo 2º. Objeto de las áreas metropolitanas. Las Áreas Metropolitanas son entidades administrativas de derecho público, formadas por un conjunto de dos o más municipios integrados alrededor de un municipio núcleo, vinculados entre sí por dinámicas e interrelaciones territoriales, ambientales, económicas, sociales, demográficas, culturales y tecnológicas que para la programación y coordinación de su desarrollo sustentable, desarrollo humano, ordenamiento territorial y racional prestación de servicios públicos requieren una administración coordinada.

Artículo 3o. Naturaleza jurídica. Las Áreas Metropolitanas están dotadas de personería jurídica de derecho público, autonomía administrativa, patrimonio propio, autoridad y régimen administrativo y fiscal especial".

En cuanto a la "jurisdicción" del área metropolitana, el artículo 5 de la misma ley señala que esta corresponde a la totalidad del territorio de los municipios que la conforman, y que su domicilio será el "*municipio núcleo*".

La misma ley determina la relación que existe entre las áreas metropolitanas y los municipios que las conforman, así:

"Artículo 9º. Relaciones entre el Área Metropolitana, los municipios integrantes y otras entidades. En el marco de las funciones establecidas por la Constitución Política y la

284 *"Por la cual se deroga la Ley Orgánica 128 de 1994 y se expide el Régimen para las Áreas Metropolitanas".*

ley, las Áreas Metropolitanas se ocuparán de la regulación de los hechos metropolitanos, y de aquellos aspectos que por sus atribuciones o competencias le sean asignadas por ley; en consecuencia, este será el marco de actuación de los alcances de su intervención y de la utilización de los distintos recursos.

Parágrafo. En aras de asegurar la planificación ambiental del territorio metropolitano, las Áreas Metropolitanas que ejerzan la competencia de autoridad ambiental, podrán establecer comisiones conjuntas para la regulación y administración de los ecosistemas o cuencas compartidas con otras autoridades ambientales". (Se destaca).

Para el cabal entendimiento de esta norma, debe recordarse que, según el artículo 10 *ibídem*, los "*hechos metropolitanos*" están constituidos por "*aquellos fenómenos económicos, sociales, tecnológicos, ambientales, físicos, culturales, territoriales, políticos o administrativos, que afecten o impacten simultáneamente a dos o más de los municipios que conforman el Área Metropolitana*".

Con respecto a las autoridades que dirigen y administran el área metropolitana, el artículo 14 de la misma ley dispone que "*[l]a Dirección y Administración del Área Metropolitana estará a cargo de la Junta Metropolitana, el Presidente de la Junta Metropolitana, el Director y las Unidades Técnicas que según sus estatutos fueren indispensables para el cumplimiento de sus funciones*".

Adicionalmente, las áreas metropolitanas deben contar con "*organismos asesores para la preparación, elaboración y evaluación de los planes de la entidad y para recomendar los ajustes que deban introducirse, los cuales se denominarán consejos metropolitanos*", entre los cuales se destaca el "Consejo Metropolitano de Planificación", como lo estatuye el artículo 26 *ejusdem*.

Por otra parte, en relación con las competencias y funciones de las áreas metropolitanas, importa considerar, para efectos de esta consulta, aquellas que se relacionan directamente con la conservación y protección del medio ambiente, y con el ordenamiento territorial de los municipios que las integran. En este punto, el artículo 6 de la Ley 1625 dispone:

"Artículo 6º. Competencias de las áreas metropolitanas. Son competencias de las Áreas Metropolitanas sobre el territorio puesto bajo su jurisdicción, además de las que les confieran otras disposiciones legales, las siguientes:

a) Programar y coordinar el desarrollo armónico, integrado y sustentable de los municipios que la conforman;

(…)

d) Establecer en consonancia con lo que dispongan las normas sobre ordenamiento territorial, las directrices y orientaciones específicas para el ordenamiento del territorio

de los municipios que la integran, con el fin de promover y facilitar la armonización de sus Planes de Ordenamiento Territorial". (Se resalta).

Asimismo, el artículo 7 *ejusdem*, que señala las funciones específicas de las áreas metropolitanas, incluye las siguientes:

"Artículo 7º. Funciones de las Áreas Metropolitanas. De conformidad con lo establecido en el artículo 319 de la Constitución Política, son funciones de las Áreas Metropolitanas, además de las conferidas por otras disposiciones legales, las siguientes:

a) Identificar y regular los Hechos Metropolitanos, de conformidad con lo establecido en la presente ley;

b) Formular y adoptar el Plan Integral de Desarrollo Metropolitano con perspectiva de largo plazo incluyendo el componente de ordenamiento físico territorial de conformidad con las disposiciones legales vigentes, como una norma general de carácter obligatorio a las que deben acogerse los municipios que la conforman al adoptar los planes de ordenamiento territorial en relación con las materias referidas a los hechos metropolitanos.

(…)

c) Formular y adoptar el Plan Estratégico Metropolitano de Ordenamiento Territorial, el cual será el marco al cual deberán acogerse cada uno de los municipios que conforman el área, al adoptar los planes de ordenamiento territorial;

(…)

j) Ejercer las funciones y competencias de autoridad ambiental en el perímetro urbano de conformidad a lo dispuesto en la Ley 99 de 1993;

(…)

q) Formular, adoptar e implementar planes para la localización, preservación y uso adecuado de espacios libres para parques y zonas verdes públicas;

(…)

Parágrafo. Los Distritos establecidos en el artículo 328, Constitución Política, que a la entrada en vigencia de la presente ley, ejerzan como autoridad ambiental, conservarán dicha competencia". (Subrayas agregadas).

Adicionalmente, el artículo 20 de la misma ley, al enunciar las funciones de la "junta metropolitana", establece algunas que se relacionan con el ordenamiento territorial y la protección del medio ambiente, así:

"Artículo 20. Atribuciones básicas de la Junta Metropolitana. La Junta Metropolitana tendrá las siguientes atribuciones básicas:

a) ***En materia de planificación del desarrollo armónico, integral y sustentable del territorio****:*

1. Declarar los Hechos Metropolitanos de conformidad con lo expuesto en la presente ley.

2. Adoptar el Plan Integral de Desarrollo Metropolitano con perspectiva de largo plazo que incluya el componente de ordenamiento físico territorial de conformidad con las disposiciones legales vigentes, como una norma general de carácter obligatorio a la que deben acogerse los municipios que la conforman en relación con las materias referidas a los hechos metropolitanos.

3. Armonizar el Plan Integral de Desarrollo Metropolitano, con el Plan Estratégico Metropolitano de Ordenamiento Territorial.

(…)

6. Aprobar la concertación de los aspectos referidos a Hechos Metropolitanos, Plan Integral de Desarrollo Metropolitano y las Normas Obligatoriamente Generales, contenidos en los Planes de Ordenamiento Territorial, Planes Integrales de Desarrollo Urbano y Macroproyectos de Interés Social Nacional.

(…)

d) ***Recursos naturales, manejo y conservación del ambiente.*** *Adoptar en el centro urbano de los municipios de su jurisdicción, un plan metropolitano para la protección de los recursos naturales y defensa del ambiente, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia;*

(…)". (Negrillas del original; subrayas añadidas).

De manera complementaria, el parágrafo segundo del artículo 29 de la Ley (orgánica) 1450 de 2011, que establece la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales en materia de ordenamiento territorial, preceptúa:

"Parágrafo 2º. Al nivel metropolitano le corresponde la elaboración de planes integrales de desarrollo metropolitano con perspectiva de largo plazo, incluyendo el componente de ordenamiento físico territorial y el señalamiento de las normas obligatoriamente generales que definan los objetivos y criterios a los que deben acogerse los municipios al adoptar los planes de ordenamiento territorial en relación con las materias referidas a los hechos metropolitanos, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Áreas Metropolitanas".

Como se deduce de las normas constitucionales y orgánicas citadas, las funciones de las áreas metropolitanas en materia ambiental y de ordenamiento territorial se concretan principalmente en las siguientes:

(i) Formular y adoptar el "*Plan Integral de Desarrollo Metropolitano*", que debe incorporar un componente de ordenamiento físico territorial, constituido por un conjunto de normas generales y obligatorias para los municipios que integran el área.

(ii) Formular y adoptar el "*Plan Estratégico Metropolitano de Ordenamiento Territorial*", que constituye el marco general al que deben acogerse todos los municipios que conforman el área, para adoptar y coordinar sus propios planes de ordenamiento territorial.

Vale la pena comentar que con el ejercicio de esta función, y de la señalada en el numeral anterior, se busca que exista la debida armonía entre los planes de desarrollo de los municipios que conforman el área metropolitana, y entre estos y los respectivos planes de ordenamiento territorial, de tal manera que la planeación del desarrollo de tales municipios, inclusive en relación con el uso del suelo y el aprovechamiento de los recursos naturales, se haga en forma ordenada, armoniosa y respetuosa del medio ambiente, y se propicie una verdadera integración entre dichas entidades territoriales.

(iii) Ejercer las competencias y funciones que les corresponda como "autoridad ambiental" en el perímetro urbano de los municipios que conforman el área metropolitana, "*de conformidad a lo dispuesto en la Ley 99 de 1993*".

(iv) Aprobar la concertación de los planes de ordenamiento territorial de los municipios que integran el área metropolitana, en relación con los "hechos metropolitanos", frente a lo dispuesto en el "*Plan Integral de Desarrollo Metropolitano*" y el "*Plan Estratégico Metropolitano de Ordenamiento Territorial*", entre otras normas.

(v) Adoptar un plan metropolitano para la protección de los recursos naturales y la defensa del medio ambiente, en el territorio bajo su jurisdicción.

(vi) Formular, adoptar e implementar planes para la localización, preservación y uso adecuado de espacios libres para parques y zonas verdes públicas.

De todo lo anterior se puede colegir que la ley orgánica de las áreas metropolitanas asigna a dichas entidades múltiples y diversas competencias y funciones relacionadas con la planeación del desarrollo, el ordenamiento territorial y la defensa del medio ambiente en los municipios que las conforman, tanto en las zonas urbanas como en las rurales.

Lo anterior, sin embargo, no es suficiente para concluir, a juicio de la Sala, que las áreas metropolitanas puedan calificarse, por sí mismas, como "autoridades ambientales" en el perímetro urbano de los municipios que las integran, pues la Ley 1625 de 2013 remite expresamente, para tales efectos, a la Ley 99 de 1993, que es la normatividad que establece

quiénes son las autoridades ambientales, tanto en el plano nacional como en el orden territorial, y determina, en particular, las condiciones para que los "grandes centros urbanos", es decir, los municipios, distritos y áreas metropolitanas que tienen determinado nivel de población urbana, puedan calificarse como "autoridades ambientales" y ejercer las funciones asignadas a las corporaciones autónomas regionales en el perímetro urbano de los respectivos municipios.

Específicamente, en relación con la concertación de los planes de ordenamiento territorial municipales, la Ley 1625 otorga a las juntas metropolitanas la competencia para aprobar la concertación de dichos planes, en relación con los "hechos metropolitanos" que estos involucren y a la luz de las normas generales y obligatorias expedidas por el área metropolitana (como el plan integral de desarrollo y el plan estratégico de ordenamiento territorial, entre otras), las cuales, no puede desconocerse, incluyen y reglamentan algunos aspectos de naturaleza ambiental.

Sin embargo, la Sala observa que ninguna de las disposiciones analizadas otorga directamente al área metropolitana, por el solo hecho de serlo, la función específica de realizar y aprobar la concertación de los asuntos ambientales urbanos incluidos en los planes de ordenamiento territorial de los municipios que la integran.

Dicha competencia se deriva de lo dispuesto en la Ley 1625 de 2013 (artículos 7, literal j, y 9), en armonía con las Leyes 388 de 1997 (artículo 24, numeral 1º) y 507 de 1999 (artículo 1, parágrafo 6º), siempre que el área metropolitana cumpla con las condiciones o requisitos para actuar como "*autoridad ambiental*" en el perímetro urbano de los municipios que la conforman, exigidos por la Ley 99 de 1993 (artículos 55 y 66), a la cual remiten expresamente todas las leyes inicialmente mencionadas.

III. La sentencia del 21 de junio de 2018, proferida por el Consejo de Estado

Varias personas naturales y jurídicas, entre ellas la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, CDMB, demandaron, en procesos separados, la nulidad del Acuerdo Metropolitano 016 de 2012, expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga, "*[p]or medio del cual se constituye, organiza y reglamenta la autoridad ambiental metropolitana, y se aprueba la estructura, funciones y asignaciones salariales para su funcionamiento*", por considerar que con la expedición de dicho acto administrativo se violaron varias normas constitucionales y legales, que se refieren, en su mayoría, a las competencias del Congreso de la República, de las autoridades ambientales, de los municipios y de las áreas metropolitanas.

Luego de acumularse los distintos expedientes, el Tribunal Administrativo de Santander, mediante fallo del 21 de enero de 2014, resolvió denegar las pretensiones de las demandas y, por lo tanto, se abstuvo de declarar la nulidad del acuerdo citado.

Al resolver el recurso de apelación presentado por algunos de los actores, la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 21 de junio de 2018, decidió revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, dispuso: "***DECRÉTASE** la nulidad del **Acuer-***

do Metropolitano nro. 016 de 31 de agosto de 2012 demandado*, expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia*" (negrillas en el original).

Es importante resaltar que en ninguna parte de dicha sentencia, ya sea en la sección considerativa o en la resolutiva, el Consejo de Estado se refirió expresamente a los efectos jurídicos que la declaratoria de nulidad del acto acusado estaría llamada a producir, desde el punto de vista material (en cuanto a su alcance) o desde la perspectiva temporal, es decir, en cuanto a su aplicación en el tiempo.

Por otro lado, es pertinente señalar que el argumento principal sobre el cual se fundamenta la decisión adoptada por esta corporación consiste en que la Junta Metropolitana de Bucaramanga, al determinar, mediante el Acuerdo 016 de 2012, que dicha entidad podía fungir como autoridad ambiental urbana, conforme a lo dispuesto en los artículos 55 y 66 de la Ley 99 de 1993, por tener una población urbana superior a un millón (1.000.000) de habitantes (repartida entre los municipios que la integran) no se basó en los datos del Censo Nacional de Población y Vivienda realizado el 15 de octubre de 1985, como lo ordena el artículo 54 transitorio[285] de la Constitución Política, "*para todos los efectos constitucionales y legales*", sino en una certificación expedida por el Departamento Nacional de Estadísticas, DANE, en el año 2012, sobre la población proyectada para esos municipios al 30 de junio de ese año.

En este sentido, según lo que se deduce de la sentencia citada, la Junta Metropolitana de Bucaramanga no habría acreditado, en forma idónea, el cumplimiento del requisito poblacional exigido en la Ley 99, para que el AMB pudiera constituirse y actuar como autoridad ambiental urbana.

Así lo explicó esta corporación, en el fallo mencionado:

> *"De la reseña jurisprudencial antes señalada, se colige que esta Corporación ha sido unánime al sostener que para determinar el requisito del número de habitantes o población, se debe tener en cuenta el resultado del Censo Nacional de Población y Vivienda realizado el 15 de octubre de 1985, el cual fue adoptado por el Congreso de la República, a través del artículo 54 Transitorio de la Constitución Política, "para todos los efectos constitucionales y legales".*
>
> *Y que no puede tenerse en cuenta la proyección, índice, variación, o tasas de crecimiento exponencial de la población censada, pues se desconocería la citada disposición.*
>
> *Ello, en tanto que el citado artículo 54 Transitorio constitucional (que adoptó el censo de 1985) está destinado a dotar de certeza las decisiones administrativas que tengan como base estadísticas de población; produce efectos jurídicos transitorios por tiempo indefinido, de tal modo que el mismo permanece vigente hasta que el*

285 *"Artículo transitorio 54. Adóptanse, para todos los efectos constitucionales y legales, los resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda realizado el 15 de octubre de 1985".*

legislador adopte otro censo posterior, conforme lo exigen los artículos 1º y 7º de la Ley 79 o sea fijado un criterio legal distinto, a través de una norma especial.

*Por tanto**, debe destacarse que la aplicación del referido censo de 1985 constituye la regla general en todos los asuntos o materias, en los cuales haya que determinar el número de habitantes o población,** y **que no hubiesen sido regulados de manera específica por una norma especial,** en razón de que es el que determina la validez jurídica de las cifras de población **para todos los efectos constitucionales y legales,** de tal manera que "ninguna autoridad legislativa, ejecutiva o judicial pudiera desconocerlo en el cumplimiento de sus funciones"; (…)*

En el caso bajo examen, el legislador no estableció una regla especial para determinar el número de habitantes o la población, necesario a fin de que las áreas metropolitanas sean competentes para ejercer, dentro de su perímetro urbano, las funciones descritas en los artículos 55 y 66 de la Ley 99, y se le les destine el cincuenta por ciento (50%) de la sobretasa ambiental, por lo que se debe aplicar la referida regla general y tener en cuenta el resultado del Censo Nacional de Población y Vivienda realizado el 15 de octubre de 1985.

*En este orden de ideas, cuando la Junta Metropolitana de Bucaramanga, a través del **Acuerdo Metropolitano nro. 016 de 31 de agosto de 2012 demandado,** dio por cumplido el requisito de un (1) millón de habitantes, a través de la citada certificación de 20 de marzo de 2012, expedida por el DANE, con una proyección definida a 30 de junio del mismo año, para constituir el Área Metropolitana de Bucaramanga como autoridad ambiental metropolitana y le otorgó las demás facultades y funciones indicadas en el citado Acuerdo, violó lo señalado en los artículos 54 Transitorio de la Constitución Política, 7º de la Ley 79, en concordancia lo (sic) dispuesto en el artículo 12 de la Ley 67, e incurrió en una falsa motivación.*

*Las consideraciones precedentes constituyen razón potísima para que la Sala revoque la sentencia apelada y, en su lugar, declare la nulidad del **Acuerdo Metropolitano nro. 016 de 31 de agosto de 2012 demandado,** expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga".* (Negrillas y subrayas en el original).

Finalmente, vale la pena indicar que esta sentencia tuvo un salvamento de voto[286] y que, en relación con la misma, se presentaron dos solicitudes, una de aclaración y adición, y otra de adición, que fueron resueltas negativamente por la Sección Primera, mediante auto del 26 de julio de 2018, contra el cual, uno de los apoderados de la parte demandante interpuso recurso de reposición, el cual no ha sido resuelto todavía. Por esta razón, la sentencia no había quedado en firme, al momento de aprobarse este concepto, según la información que aparece registrada en el sistema del Consejo de Estado.

Por tal razón, las consideraciones efectuadas en este documento y las respuestas que se darán a las preguntas formuladas por el Ministerio del Interior, deben entenderse con-

286 Del Consejero de Estado Oswaldo Giraldo López.

dicionadas a que la Sección Primera de la Sala Contenciosa Administrativa de esta corporación no disponga algo en contrario, al resolver el mencionado recurso.

IV. Efectos de la declaratoria de nulidad de los actos administrativo de contenido general

En primer lugar, debe recordarse que el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), regula el medio de control de nulidad o simple nulidad, en los siguientes términos:

> *"Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*
>
> *Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.*
>
> *(…)*
>
> *Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:*
>
> *(…)".* (Se resalta).

En punto a los efectos de las sentencias proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que declaran la nulidad de un acto administrativo general, el artículo 189 *ibídem* dispone, en lo pertinente:

> *"Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.*
>
> *Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.*
>
> *Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada ~~constitucional~~[287]. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.*

287 Expresión declarada inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-400-13 del 3 de julio de 2013.

(…)

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

(…)". (Subrayas ajenas al texto).

Como puede apreciarse, dicha norma establece los efectos *materiales* de las sentencias de nulidad, es decir, en cuanto a su obligatoriedad y alcance, al señalar que las sentencias que anulan un acto administrativo producen efecto de cosa juzgada (absoluta), por lo que no puede volverse a revisar o discutir sobre la validez del acto declarado nulo, y que dicha consecuencia se genera frente a todas las personas ("*erga omnes*"), y no solamente respecto del demandante y el funcionario o entidad que haya emitido el acto.

Sin embargo, la disposición que se comenta no regula expresamente cuáles son los efectos *temporales* de dichas providencias, es decir, desde cuándo se producen sus efectos jurídicos, si desde el pasado (*ex tunc*) o solo hacia el futuro (*ex nunc*), salvo para la nulidad por inconstitucionalidad (prevista en el artículo 135 del CPACA), en relación con la cual sí preceptúa que tales sentencias generan efectos hacia el futuro, a menos que el juez competente disponga otra cosa.

Lo que sí establece dicha norma es que todas las sentencias que resuelvan sobre la nulidad de un acto administrativo son "*obligatorias*" a partir de su ejecutoria, es decir, que sus efectos vinculantes se producen desde el momento en que adquieren firmeza.

El problema jurídico relacionado con los efectos temporales de las sentencias de nulidad ha sido debatido largamente por la jurisprudencia y la doctrina.

Así, por ejemplo, la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó lo siguiente, en el concepto 1506 de 2003[288], con base en la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado hasta ese momento:

*"**1.2 Efectos de la sentencia de nulidad.***

La declaratoria de nulidad de los actos administrativos produce efectos ex tunc, es decir retroactivos a la expedición del acto anulado, entendiendo que no existió jurídicamente, de manera que al restaurar las cosas al estado anterior a su vigencia, se restablezca el ordenamiento jurídico.

En sentencia de 23 de noviembre de 2.000, la Sección Tercera de esta Corporación, dijo:

> "En materia de los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto general la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido la relativa a que la norma declarada nula se reputa como si nunca hubiese existido y, en consecuencia, la normativi-

288 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1506 del 26 de junio de 2003.

> dad anterior que fue derogada expresamente por aquella recobra vigencia… Así en sentencia proferida el día 19 de abril de 1.991 se dijo: "Respecto de los efectos de la (sic) sentencias de nulidad proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha sido reiterativa esta Corporación, en el sentido de que ellas producen efectos ex tunc ("desde entonces"), esto es, desde el momento en que se expidió el acto anulado, sin que afecte ese hecho el que dicha declaratoria tenga como fundamento la atribución constitucional de esta jurisdicción de defensa de la Carta Fundamental… Como consecuencia de lo anterior, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión tomada en esta última".[289] (destaca la Sala).

En sentencia de octubre 12 de 2.000, la Sección Segunda dijo:

> "Como es sabido la sentencia que recae en la acción de nulidad surte efectos frente a todas las personas en cuanto declare la nulidad y retrotrae la situación como si el acto nunca hubiese existido, sin perjuicio de las situaciones consolidadas..". [290].

En fallo de la Sección Segunda de 10 de noviembre de 2001, se dijo:

> "Ahora bien, los efectos de la nulidad de los actos administrativos, ha dicho el Consejo de Estado, desde tiempos remotos "..devuelve las cosas al estado que antes tenían,...(ver providencia del 22 de junio de 1.955… o como mas (sic) recientemente se ha dicho "..los efectos de la nulidad de un acto administrativo, consisten precisamente en dejar la situación jurídica como se encontraba en el momento anterior a la expedición del mismo" (Subsección A., sentencia expediente 14364… 10 de febrero de 2.000)…".[291]

Las situaciones consolidadas en vigencia del acto declarado nulo, son aquellas que se causaron y produjeron efecto, de manera que no es posible devolver las cosas al estado inicial, como por ejemplo los pagos por concepto de mesadas pensionales efectuados con anterioridad a la declaratoria de nulidad del acto que reconoció tal derecho; por el contrario, las situaciones que no se consolidaron no tienen vocación de permanencia, pues si el acto no subsiste tampoco puede seguir surtiendo efectos". (Se subraya).

Más adelante, en el concepto 1672 de 2005[292], la Sala expresó:

"3. Efectos de la sentencia de nulidad. Es claro que una vez desvirtuada la presunción de legalidad de un acto administrativo - en el presente caso de uno del orden territorial - por desconocer las condiciones de ejercicio de las potestades tributarias a las

289 *"[1] Sección Tercera. Radicación AC-12475".*
290 "[2] Sección Segunda. Radicación 16207".
291 *"[3] Sección Segunda. Radicación 2640-98".*
292 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1672 del 23 de agosto de 2005. Con salvamento de voto.

que debía sujetarse, la declaratoria de nulidad trae consigo la perdida de validez y de vigencia del acto administrativo, y con ello, de su fuerza ejecutoria… (…)

De otra parte, es bueno recordar que el examen de legalidad o de constitucionalidad del acto administrativo se realiza respecto del cumplimiento de las exigencias que debían cumplirse al tiempo de su expedición, de manera que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, los efectos de la sentencia de nulidad se producen desde el momento en que ésta se ejecutorió, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada. Así lo ha sostenido esta Sala:

> *'Si bien el juzgamiento de la legalidad del acto administrativo general se realiza respecto de la observancia o no de las normas legales a las cuales debía sujetarse su expedición, esta situación jurídica debe distinguirse de la intangibilidad de los actos individuales producidos durante su vigencia, pues en aras de la seguridad jurídica de las relaciones del Estado con sus administrados, la decisión no debe afectar la existencia, fuerza ejecutoria y validez de dichos actos administrativos de carácter particular. En efecto, es bueno recordar que están de por medio situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos que han de ser garantizados, máxime cuando esos actos continúan amparados por la presunción de legalidad".* [293]

Por su parte la Sección Cuarta de esta Corporación, ha reiterado su posición[294] *coincidente, tanto sobre los efectos de la sentencia de nulidad como sobre la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas y no consolidadas, en providencia de junio 16 de 2005, en la que afirma:*

> *'... ha sido reiterada la jurisprudencia de ésta Corporación al precisar que éstos son "ex tunc", es decir, que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado.*
>
> *Igualmente se ha indicado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general,* ***afecta las situaciones particulares que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso administrativa.'*** [295] (Negrillas de la Sala)". (Negrillas en el original; subrayas añadidas).

Vale la pena mencionar que, en relación con este último concepto, el Consejero de Estado Enrique José Arboleda presentó un salvamento de voto, en el cual consideró necesario precisar:

> *"En otro salvamento de voto realizado por el suscrito, en un concepto similar, (referencia 1664, del 18 de agosto de 2005) expuse sobre este tema lo siguiente: "Ha sido muy*

293 *"[2] Radicación No 1551 de 2004".*

294 *"[3] Sobre el mismo tema ver sentencia de mayo 5 de 2003 Radicación: 110010-03-27-000-2001-0243-01* ***12248****".* (Negrilla en el original).

295 "[4] Radicación: 25000-23-27-000-2001-00938-01 No 14311…".

largo el debate en la doctrina y la jurisprudencia alrededor del tema de los efectos de la sentencia de nulidad de un acto administrativo de contenido general, pero se puede afirmar, que el estado de la cuestión se ha venido decantando alrededor del respeto por las situaciones consolidadas que produjo la norma durante su vigencia. En general, se ha entendido que una situación está consolidada cuando ha prescrito o caducado la posibilidad de reclamar o de accionar ante la jurisdicción".

Posteriormente, en el concepto 2097 de 2012[296], la Sala se refirió al momento en que se producen los efectos de las sentencias de nulidad (en cuanto a su obligatoriedad), y sobre los efectos temporales de tales providencias. En relación con este último aspecto, opinó que la anulación judicial de un acto administrativo general producía el decaimiento de los actos administrativos de alcance particular que se hubieran dictado con fundamento en aquel, antes de su declaratoria de nulidad:

"2. La Sala reitera lo señalado en dicha oportunidad, pues es claro que los efectos de las sentencias nacen con su ejecutoria, tal como lo dispone expresamente el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo al señalar que "las sentencias **ejecutoriadas** serán obligatorias para los particulares y la administración".

En ese sentido se recuerda que la comunicación de las sentencias a que alude el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo[297] no condiciona la obligatoriedad de la sentencia ni sus efectos, pues su razón de ser no está relacionada con la fuerza vinculante de la providencia judicial, sino con la necesidad de acelerar los actos de ejecución que se deriven de la misma… es así que el beneficiario de la sentencia puede solicitar su cumplimiento y el pago de los intereses moratorios desde su ejecutoria (art.177)…

3. Téngase en cuenta, como lo señaló la Sala en los apartes arriba transcritos, que las entidades públicas son parte del proceso judicial en que se discuten sus actos, de manera que conocen los resultados del mismo por los medios de notificación previstos en la legislación procesal; en consecuencia, sin perjuicio de los plazos que da la ley cuando sea necesario ejecutar actos materiales para el cumplimiento de la sentencia (art.176 CCA), los efectos jurídicos de la misma se producen con su ejecutoria (artículo 174 ibídem) y, por tanto, deberán ser observados por la entidad una vez se produzca dicha circunstancia.

Particularmente, en el caso de los actos administrativos de carácter general, la ejecutoria de la sentencia que declara su nulidad conllevará su desaparición definitiva del ordenamiento jurídico (efectos erga omnes, art.175 CCA) y, por ende, la imposibilidad de ser fuente jurídica para la expedición de nuevos actos derivados del mismo. ***De mucho antes esta Sala ya había indicado que la sentencia que declara la nulidad de un acto* "tiene la virtud de retirar desde su ejecutoria el precepto acusado de la normación jurídica para impedir que se siga aplicando"[298].**

296 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2097 del 7 de junio de 2012.

297 *"[2] 'Artículo 176. Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento'".*

298 *"[3] Concepto del 5 de abril de 1968, M. P. Guillermo González Charry".*

> *Es por ello que los actos expedidos con anterioridad a la declaratoria de nulidad del acto fuente decaerán (perderán eficacia –art.66-2 CCA); y los que se expidan con posterioridad estarán afectados directamente en su validez, en el grado o proporción en que el acto anulado haya fundamentado su expedición…".* (Negrillas del original; se subraya).

Merece la pena aclarar que en dicha oportunidad se consultaba si un acto electoral que debía cumplir una asamblea departamental, después de haberse declarado la nulidad de una ordenanza de carácter general dictada por la misma corporación, mediante una sentencia que ya estaba ejecutoriada pero aún no se había comunicado a la asamblea, podía realizarse todavía con sujeción a las normas reglamentarias contenidas en la ordenanza anulada.

Y más recientemente[299], al resolver un conflicto de competencias administrativas entre la Contraloría General de la República y una contraloría territorial, la Sala de Consulta volvió a revisar y analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los efectos temporales de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo general. Por ser completamente pertinente y actual lo explicado en dicha decisión, se transcribe *in extenso*:

> *"Retornando a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo, la Sala encuentra útil reseñar, por vía de ejemplo, algunas sentencias recientes que citan, a su vez, pronunciamientos anteriores y recogen los efectos retroactivos de la nulidad de los actos administrativos:*

- *Sentencia del 22 de noviembre de 2012[300], en la cual se recoge el efecto* ex tunc*, su diferencia con los efectos de la nulidad por inconstitucionalidad, y el concepto de situaciones consolidadas:*

  "Se plantea entonces un problema que ha sido resuelto de tiempo atrás por esta Corporación, y que dirime las controversias relacionadas con los efectos de la declaración de nulidad de actos administrativos, solución que se inclina por sostener que los efectos son hacia el pasado, para lo cual puede verse:

  'La nulidad del acto administrativo afecta su validez desde el momento de su expedición y, por ende, surte efectos ex tunc'[2]

  Visto así, podría pensarse que todas las actuaciones surgidas a la vida jurídica con fundamento en el acto anulado se contagian de sus defectos, y como consecuencia lógica perecen ante la inminente invalidez de su fuente.

  No obstante, la Jurisprudencia del Consejo de Estado no ha compartido ese argumento, por el contrario, si bien ha sostenido que los efectos de la declaratoria de

299 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 9 de mayo de 2017, expediente 11001030600020160024 4-00. Conflicto negativo de competencias administrativas entre la Contraloría General de la República y la Contraloría Departamental de Cundinamarca.

300 *"[33] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación número: 25000-23-24-000-2004-00334-01. Citas de la sentencia: "2 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. No 2002-00956. Fallo de 8 de julio de 2010. C. P. María Claudia Rojas Lasso". // "3 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. No. 200300119. Fallo de 21 de mayo de 2009. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont P".*

nulidad son "ex tunc", advierte que las situaciones jurídicas consolidadas no pueden verse afectadas por esta, dicho argumento se ha consagrado en los siguientes términos:

'Precisamente, allí radica la diferencia de la inexequibilidad de la ley con la nulidad de los actos administrativos, pues ésta, por regla general, sí tiene efectos ex tunc, es decir, retrotrae la situación jurídica a la anterior a la expedición del acto anulado, debiéndose tener como si éste no hubiera existido, pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo las situaciones consolidadas'[3]

Cabe precisar que, al concepto de "efectos retroactivos" o "efectos ex tunc", se le ha dado una connotación diferente en cuanto la nulidad de actos administrativos se refiere, ya que, como se ha visto, no embarga la capacidad de retrotraer todo a su estado anterior, por el contrario, deja incólumes las situaciones acaecidas en vigencia del acto declarado nulo.

La firmeza de esas situaciones consolidadas busca la seguridad jurídica de los asociados teniendo en cuenta que ellas se encuentran soportadas en sí mismas…"

- *Sentencia del 26 de agosto de 2009[301], conforme a la cual el estudio de legalidad de los actos administrativo se remonta a su origen y en consecuencia los efectos de la anulación se retrotraen al mismo:*

"Es preciso señalar que la nulidad declarada de los actos administrativos produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o "ex tunc"… situación que se distingue de la que tiene lugar cuando por otras causas desaparece el fundamento de derecho del acto, como ocurre por ejemplo con la declaración de inexequibilidad de una ley…"

- *Sentencia del 29 de mayo de 2014[302], en la cual se evidencia la continuidad en el tiempo de la interpretación jurisprudencial en punto a los efectos de las sentencias de anulación:*

"La Sala reitera la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto a los efectos ex tunc de la sentencia de nulidad, es decir que se deben reconocer los efectos de la nulidad decretada judicialmente desde el momento en que se expidió el acto anulado y que tratándose del contencioso de nulidad los efectos de la sentencia respectiva tienen carácter erga omnes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo[303].

301 *"[34] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicación No. 68001-23-15-000-2000-01533-01(2176-08)".*

302 *"[35] Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación No. 66001-23-31-000-2004-02098-01(33832).*

303 [Esta cita es de la sentencia de mayo 29/14] 'La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes':

En este sentido la Sala acoge la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, recopilada y reiterada en los siguientes apartes de la sentencia de 8 de marzo de 2007 (expediente 15.052), en cuanto a se refiere a los efectos de la nulidad de un acto administrativo en el escenario de una acción contractual:

"Al respecto, el Código Contencioso Administrativo señala en el artículo 175, que "…la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes…", lo cual significa que produce efecto general contra todos. Si bien los efectos temporales de dicha declaratoria no tienen señalamiento legal[304], la jurisprudencia ha entendido que se parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia, siempre que no esté consolidada la situación que del mismo se desprende.

Sobre el punto en comento esta Corporación en Sentencia de 19 de abril de 1991, manifestó:

"Respecto a los efectos de las sentencias de nulidad proferidas por la jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido reiterada esta Corporación, en el sentido de que ellas producen efectos ex tunc ("desde entonces")…

"Como consecuencia de lo anterior, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión tomada en esta última.

"Se diferencia así de las sentencias de inexequibilidad pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia…

"En este orden de ideas, es preciso entender que si se expide un acto administrativo de carácter particular con base en un acto de carácter general que se presume válido al momento de la expedición del primero, y el acto que le sirve de fundamento es anulado, y por lo tanto se considera que no ha existido jamás, con mayor razón debe anularse el acto particular, pues el acto que le sirvió de base desapareció del mundo jurídico desde el momento mismo de su creación, y es lógico que el acto particular, al carecer de fundamento, también debe ser eliminado del ámbito jurídico… es decir, debe ser anulado también…" [305]

De igual forma, en providencia de 6 de mayo de 1999, expresó:

"Respecto de los efectos temporales de la nulidad declarada, para la Sala está suficientemente decantada y consolidada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, la posición conforme a la cual la sentencia que decreta la nulidad de un

304 *[Esta cita es de la sentencia de mayo 29/14] ' Como sí los señaló la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (artículo 45), para las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad'.*

305 *[Esta cita es de la sentencia de mayo 29/14] ' Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de 19 de abril de 1991, Exp. 3151. C. P. Guillermo Chahín Lizcano'".*

acto administrativo sea general o particular, tiene efectos hacia atrás, hasta el momento en que el acto anulado nació a la vida jurídica, de allí que se considere como regla general que, en tal caso, las cosas vuelven a su estado inicial, como si el acto no hubiera existido, excepto en relación con las situaciones ya consolidadas, es decir, aquellas particulares cuyos respectivos actos ya no son susceptibles de impugnación jurisdiccional, ora por caducidad de la acción, ora por tratarse de cosa juzgada". [306]

En esta oportunidad la Sala reitera los pronunciamientos transcritos, esto es, que la sentencia de nulidad de un acto administrativo tiene efectos retroactivos, es decir, a partir del momento en que se expidió el acto anulado…

- *Sentencia del 26 de febrero de 2014[307], sobre los efectos inmediatos de la anulación de un acto administrativo de carácter general en las situaciones jurídicas no consolidadas:*

"De acuerdo con lo señalado por la Sala, que en esta oportunidad se reitera, los efectos de los fallos de nulidad de los actos de carácter general, son inmediatos frente a las situaciones jurídicas no consolidadas, esto es, aquellas que se debaten ante las autoridades administrativas o ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que cuando se define la situación jurídica particular y concreta, la norma que debía tenerse en cuenta para resolver el caso resulta inaplicable porque fue declarada nula[308]".

De este modo, es claro que las sentencias proferidas en procesos de nulidad simple tienen, por regla general, efectos retroactivos o ex tunc; y, entonces, las razones que informan la interpretación jurisprudencial sobre los efectos ex tunc de las sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos, pueden resumirse así:

a) Las sentencias que declaran nulos los actos de carácter general tienen efectos ex tunc, es decir, retroactivos, porque las causales establecidas en la ley se configuran antes de la expedición del respectivo acto o en ese mismo momento, y porque, con su demostración, se desvirtúa la presunción de legalidad.

b) Los efectos ex tunc afectan las situaciones jurídicas no consolidadas, por cuanto la anulación del acto general configura la pérdida de los fundamentos de derecho de las actuaciones en curso.

La jurisprudencia define la situación jurídica no consolidada como aquella que se encuentra en discusión ante las autoridades administrativas o judiciales.

Esta categoría también puede incluir aquellas situaciones ya definidas en sede administrativa, pero que, al momento de proferirse la sentencia de anulación del acto

306 *"[39] [Esta cita es de la sentencia de mayo 29/14] 'Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de 6 de mayo de 1999, Exp. 5260, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa'".*
307 *"[41] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Rad. No. 25000-23-27-000-2008-00141-01(19684)".*
308 *"[42] [Esta cita es de la sentencia de febrero 26/14] 'Sentencia de 3 de julio de 2013, Exp. 19017, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez'".*

general, pueden ser demandadas aún por la vía judicial, en razón a que no ha operado la caducidad de la acción, ni respecto de ellas existe cosa juzgada.

c) Los efectos ex tunc no afectan las situaciones jurídicas consolidadas, entendiéndose por tales las creadas, modificadas o extinguidas por un acto particular y concreto que no puede ser objeto ya de revisión, ni en sede administrativa ni en sede judicial, ya sea porque fueron objeto de decisiones judiciales con efecto de cosa juzgada, o bien porque los términos para el ejercicio de los recursos ordinarios o de los medios de control judicial ya vencieron".

Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido en múltiples ocasiones al concepto de "situación jurídica consolidada", especialmente para hacer la distinción entre "derechos adquiridos" y "meras expectativas" o, incluso, "expectativas legítimas", con el fin de señalar que las situaciones jurídicas consolidadas son aquellas que resultan intangibles frente a las nuevas leyes, por lo que ni siquiera el Congreso de la República, en ejercicio de su soberanía legislativa, puede desconocerlas o modificarlas.

Otras veces, se ha referido a las situaciones jurídicas consolidadas en otros ámbitos, sin que esté de por medio necesariamente la protección de derechos adquiridos. Así, por ejemplo, en la sentencia C-584 de 2001[309], en la cual se discutía si la Corte podía pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de unas normas legales de naturaleza tributaria, que habían sido derogadas tácitamente después de presentada la demanda de inconstitucionalidad, dicha corporación manifestó:

"Si se apura el análisis ha de llegarse a la conclusión de que lo que está operando actualmente y produciendo sus efectos propios es la obligación tributaria que se consolidó bajo la vigencia de la disposición acusada. La potestad de cobro por parte del Estado que eventualmente sea necesario ejercer para recaudar los impuestos no pagados oportunamente, no surge de la vigencia actual de la disposición tributaria, sino de la existencia de una obligación que nació a cargo del contribuyente y del correlativo derecho a favor del Estado en el momento en que se dieron los supuestos del hecho generador del tributo, establecidos en los textos acusados en el momento en que se encontraban vigentes.

Así las cosas es claro que las disposiciones objeto de este proceso no siguen entonces "surtiendo efectos" sino que éstos se derivan exclusivamente de una situación jurídica consolidada al amparo de esa normatividad, lo que es distinto". (Se resalta).

Como se aprecia en esta sentencia, la Corte admite expresamente que las situaciones jurídicas consolidadas pueden seguir produciendo efectos en el futuro, siempre que estos se deriven de la misma situación que ya se ha consumado y adquirido firmeza.

Ahora bien, como puede deducirse del recuento jurisprudencial y doctrinal reseñado, aunque existe consenso en que las sentencias que declaran la nulidad de un acto admi-

309 Corte Constitucional, sentencia C-584 del 6 de junio de 2001, expediente D-3200.

nistrativo general producen, una vez ejecutoriadas, efectos retroactivos (*ex tunc*), que se remontan a la misma fecha de expedición del acto anulado, no existe el mismo grado de coincidencia en cuanto a los efectos que dichas sentencias generan sobre las *situaciones jurídicas consolidadas* con anterioridad y, especialmente, en relación con lo que debe entenderse por "situación jurídica consolidada", cuando esta consiste en un acto administrativo de alcance o contenido particular, dictado con fundamento en el acto administrativo general que se declara nulo.

En efecto, en algunas ocasiones se ha afirmado que la situación jurídica consolidada se da cuando el asunto ya ha sido definido en sede administrativa y no está siendo discutido, ni ante la administración ni ante la jurisdicción. Bajo esta concepción, podría afirmarse que la situación jurídica se consolida cuando el acto administrativo definitivo de alcance particular queda en firme, siempre que no se haya pedido judicialmente su nulidad y que el respectivo proceso no se encuentre en curso al momento de quedar ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad del acto administrativo general.

Pero, en otras oportunidades, se ha dicho que para que pueda considerarse "consolidada" la situación jurídica, en hipótesis como la planteada, se requiere, además, que el acto administrativo de alcance particular no pueda ser revisado ya en sede judicial, lo cual supone que se encuentre vencido el término de caducidad o de prescripción que la ley establezca para pedir su nulidad.

Por otro lado, en algunas ocasiones se ha dicho que el efecto de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de carácter general, que ha servido de fundamento para la expedición de uno o varios actos administrativos de alcance particular, consiste en la pérdida de ejecutoriedad de estos últimos, en virtud del fenómeno del decaimiento, que regula actualmente el artículo 91 del CPACA así:

> *"Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
>
> *2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
>
> *3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
>
> *4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
>
> *5. Cuando pierdan vigencia".* (Se destaca).

Si bien es cierto que, en determinados casos, la anulación de un acto administrativo general conlleva el decaimiento de los actos de contenido particular que se hayan dictado previamente, con fundamento en aquel, dicha consecuencia solo puede ocurrir en relación con los actos administrativos particulares que se estén ejecutando o no se hayan principiado a ejecutar en el momento en que se produzca la firmeza de la sentencia que declara la nulidad del acto administrativo general, es decir, que estén generando efectos jurídicos o no hayan empezado a producirlos, y no en relación con aquellas decisiones de la administración que ya se ejecutaron en su totalidad y cuyos efectos jurídicos, por lo tanto, ya se consumaron, generando una situación jurídica consolidada, pues el resultado del decaimiento, tal como lo regula la ley, es la pérdida de ejecutoriedad, es decir, de la fuerza obligatoria del acto administrativo hacia el futuro (*ex nunc*), y en ningún caso la pérdida de validez o de eficacia del mismo desde el pasado (*ex tunc*).

Así, la Sala considera que, en este punto, es necesario distinguir tres clases de actos de contenido particular que podrían haberse expedido con fundamento en el acto administrativo general declarado nulo: *(i)* aquellos cuyos efectos se hayan producido totalmente en el pasado y hayan quedado plenamente ejecutados (situaciones jurídicas consolidadas); *(ii)* los actos administrativos cuyos efectos se estén produciendo y ejecutando en el momento en que adquiera firmeza la sentencia de nulidad (situaciones jurídicas no consolidadas), y *(iii)* finalmente, aquellos que podrían denominarse "*mixtos*", es decir, que han producido efectos jurídicos en el pasado, totalmente ejecutados (situaciones jurídicas consolidadas), pero que también generan efectos en el presente y/o en el futuro, los cuales se están ejecutando o no han empezado a serlo (situaciones no consolidadas).

La primera clase de actos administrativos descrita no podría decaer, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo general que le haya servido de fundamento, por la sencilla razón de que tales actos ya están ejecutados y técnicamente no están vigentes, por lo que ya no pueden perder su obligatoriedad o *fuerza ejecutoria*. Lo contrario implicaría desconocer, retroactivamente, la validez y eficacia del acto, que no es una consecuencia propia del decaimiento, sino de la declaratoria de nulidad, mediante la cual se desvirtúa la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo desde su nacimiento.

La segunda clase de actos propuestos es la que puede verse afectada típicamente por el *decaimiento*, como resultado de la declaratoria de nulidad del acto administrativo general en que se hayan basado, pues si los efectos jurídicos de aquellos actos particulares hasta ahora se están produciendo o no han empezado a causarse, es claro que tales efectos no pueden seguirse produciendo o no pueden ocasionarse, según el caso, y tampoco podrían ejecutarse (cumplirse), debido a la pérdida de obligatoriedad o fuerza ejecutoria del acto.

Vale la pena aclarar, en todo caso, que una condición para que este fenómeno se presente, es que el acto administrativo general que se declare nulo haya sido el fundamento único o principal y, además, determinante del acto administrativo de contenido particular, pues si este último se expidió con fundamento en varias normas jurídicas, contenidas en la Constitución Política, en la ley y/o en varios actos administrativos de alcance general (por ejemplo, decretos reglamentarios o resoluciones), la declaratoria de nulidad de uno

de dichos actos administrativos generales no necesariamente acarrearía el decaimiento del acto particular, o podría causar la pérdida de fuerza ejecutoria de este, pero solo en forma parcial, en la medida en que dicho acto se siga soportando, total o parcialmente, en otros fundamentos jurídicos.

Finalmente, en los actos administrativos de carácter particular que podrían considerarse "mixtos", se presenta una mezcla de las dos soluciones previamente explicadas, es decir: *(i)* no se produce el decaimiento de aquellas decisiones incorporadas en el acto administrativo que generaron efectos jurídicos en el pasado y se encuentran plenamente ejecutadas, mientras que *(ii)* sí se origina el decaimiento y, por lo tanto, la pérdida de la obligatoriedad o fuerza ejecutoria (hacia el futuro) de aquellas decisiones cuyos efectos se estén generando o no hayan empezado a producirse aún.

Ahora bien, para los fines de esta consulta, y en atención a los principios de seguridad jurídica, igualdad y predictibilidad, que deben inspirar la producción y aplicación de la jurisprudencia en los casos concretos, la Sala adoptará la tesis que, en su entender, es mayoritaria y reiterada en relación con este problema jurídico, la cual se traduce en que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo general, a pesar de sus efectos retroactivos, no afecta las situaciones jurídicas consolidadas que hayan surgido al amparo de dicho acto, lo que incluye los actos administrativos definitivos de carácter particular que estén en firme, no estén siendo discutidos ante la jurisdicción y respecto de los cuales se haya producido la caducidad o prescripción de la respectiva acción o medio de control.

V. Análisis del caso concreto y conclusión

Mediante la Resolución 840 del 11 de octubre de 2017, suscrita por el Director General del Área Metropolitana de Bucaramanga, AMB, se dispuso:

> *"**Artículo PRIMERO:** Aprobar la concertación del Componente Ambiental Urbano inmerso en el proyecto de Plan de Ordenamiento Territorial de Segunda Generación 2017-2030 del Municipio de Floridablanca, la cual consta en el Acta No 013 del cuatro (04) de octubre de 2017, suscrita por los representantes del municipio de Floridablanca y el Área Metropolitana de Bucaramanga.*
>
> *(…)*
>
> ***Artículo TERCERO**: El Municipio de Floridablanca deberá armonizar e incorporar al Plan de Ordenamiento Territorial los lineamientos y directrices establecidos en el Plan Estratégico Metropolitano de Ordenamiento Territorial (PEMOT), una vez éste sea adoptado. Lo anterior en cumplimiento de la Ley 1625 de 2013 y de acuerdo con los procedimientos definidos en la ley 388 de 1997 y demás normas concordantes.*
>
> ***Artículo CUARTO:** Las modificaciones que se efectúen en las posteriores instancias de concertación establecidas por la ley 388 de 1997, para aprobar el Plan de Ordenamiento Territorial de segunda Generación del Municipio de Floridablanca 2017-2030, en lo que tiene que ver con el componente ambiental urbano, deberán ser puestas a consideración*

de la autoridad ambiental urbana -Área Metropolitana de Bucaramanga, de conformidad con la normatividad vigente.

Artículo QUINTO: *La Administración Municipal de Floridablanca, adquirió compromisos en el proceso de concertación, los cuales quedaron consignados en el Acta No 013 del cuatro (04) de octubre de 2017, y deberán ser cumplidos de acuerdo con lo acordado en el acta suscrita…*

Artículo SEXTO*: Notificar personalmente al señor Alcalde de Floridablanca, el contenido del presente proveído haciéndole saber que contra la presente decisión procede el recurso de apelación ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, conforme lo establecido en el numeral 1° del artículo 24° de la ley 388 de 1997 y en los términos del Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.*

Artículo SEPTIMO*: Ordenar la publicación de la presente Resolución en el boletín informativo de la página Web del Área Metropolitana de Bucaramanga, en cumplimiento del Artículo 70 de la ley 99 de 1993"* [310]*. (Sic)* (Se resalta).

Tal como consta en la parte considerativa de dicho acto administrativo, esta resolución fue el resultado de un proceso que se inició el 6 de octubre de 2016, cuando la Alcaldía de Floridablanca radicó en el Área Metropolitana de Bucaramanga los documentos correspondientes al "*proyecto de Revisión General del Plan de Ordenamiento Territorial (POT) Segunda Generación, para surtir el proceso de revisión y evaluación establecido por la Ley*".

Mediante el auto N° 001 del 30 de noviembre de 2016, el AMB admitió la documentación presentada por la administración de Floridablanca y dio inicio al trámite de revisión y evaluación detallada del componente ambiental urbano y de las directrices de planificación metropolitana incorporadas en el proyecto de plan de ordenamiento territorial.

Luego de varias reuniones sostenidas entre los funcionarios del municipio de Floridablanca y del AMB, y de múltiples comunicaciones cruzadas entre las partes, para formular y responder los requerimientos y solicitudes de ampliación, ajustes o corrección elevadas por el Área Metropolitana de Bucaramanga en relación con la información y las disposiciones contenidas en el proyecto de POT, la Subdirección Ambiental de dicha entidad presentó el informe del 3 de octubre de 2017, en el cual dio cuenta sobre el cumplimiento de los asuntos ambientales urbanos que fueron concertados entre el municipio de Floridablanca y el Área Metropolitana.

Con fundamento en dicho informe, se levantó y suscribió entre las partes el Acta N° 013 del 4 de octubre de 2017, que forma parte integral de la Resolución 840 del 11 de octubre

310 El artículo 70 de la Ley 99 de 1993 dispone:
"Artículo 70. Del trámite de las peticiones de intervención. La entidad administrativa competente al recibir una petición para iniciar una actuación administrativa ambiental o al comenzarla de oficio dictará un acto de iniciación de trámite que notificará y publicará en los términos de los artículos 14 y 15 del Código Contencioso Administrativo y tendrá como interesado a cualquier persona que así lo manifieste con su correspondiente identificación y dirección domiciliaria.
Para efectos de la publicación a que se refiere el presente artículo toda entidad perteneciente al Sistema Nacional Ambiental publicará un Boletín con la periodicidad requerida que se enviará por correo a quien lo solicite".

de ese mismo año, y con la cual se concluyó el proceso de concertación de los asuntos ambientales urbanos incluidos en el proyecto del plan de ordenamiento.

Así se hizo constar en el numeral 49° de las consideraciones:

> *"49. Que en mérito de lo expuesto y conforme a las consideraciones que anteceden y consignados los asuntos ambientales objeto de concertación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 388 de 1997, se considera concluido el proceso de revisión y concertación del Plan de Ordenamiento Territorial de Segunda Generación 2017-2030 del Municipio de Floridablanca, en lo referente a los asuntos exclusivamente ambientales urbanos…"* (resaltamos).

Como puede observarse, mediante este acto administrativo, el Área Metropolitana de Bucaramanga, que a la sazón fungía como autoridad ambiental en el perímetro urbano de los municipios que componen dicha área metropolitana, conforme a lo dispuesto por el Acuerdo Metropolitano 016 de 2012, posteriormente anulado, declaró concluido exitosamente el proceso de concertación de los aspectos ambientales urbanos incorporados en el proyecto de revisión integral y modificación del POT del municipio de Floridablanca, y aprobó dicha concertación, en los términos del Acta N° 013 del 4 de octubre de 2017, dejando consignados, en todo caso, algunos compromisos (obligaciones) que el municipio debía cumplir en el futuro, tales como "*armonizar e incorporar al Plan de Ordenamiento Territorial los lineamientos y directrices establecidos en el Plan Estratégico Metropolitano de Ordenamiento Territorial (PEMOT), una vez este sea adoptado*", así como someter a la consideración de esa misma "*autoridad ambiental urbana*" las modificaciones que se llegaren a efectuar al proyecto, durante el proceso de revisión y concertación del mismo por parte de las demás autoridades competentes.

En todo caso, vale la pena aclarar que dichos compromisos, tal como quedaron consignados en el acto administrativo que se comenta, no constituyen condicionamientos para concluir o entender aprobado el proceso de concertación de los aspectos ambientales urbanos incluidos en el proyecto de POT, sino obligaciones que, por virtud de la misma resolución y en desarrollo de lo dispuesto en la ley, asumió el municipio de Floridablanca con el Área Metropolitana de Bucaramanga. Más adelante se analizará hasta qué punto dichos "compromisos" pueden ser cumplidos por el municipio de Floridablanca, luego de que quede en firme la citada sentencia del 21 de junio de 2018, del Consejo de Estado.

De lo anterior se deriva, a juicio de la Sala, que la Resolución N° 840 del 11 de octubre de 2017, dictada por el Área Metropolitana de Bucaramanga, constituye un verdadero acto administrativo de contenido particular y de carácter definitivo, de aquellos a que se refiere el artículo 43 del CPACA, pues puso fin a la respectiva actuación administrativa iniciada por petición de parte (el municipio de Floridablanca) y resolvió de fondo la cuestión que constituía el objeto de dicha actuación, esto es, la concertación de los aspectos ambientales urbanos del proyecto de plan de ordenamiento territorial, lo que involucra la revisión y verificación del cumplimiento de los principios y normas que dicho documento debía respetar obligatoriamente, en esta materia.

Vale la pena mencionar, por otro lado, que si bien este es el acto al cual se contrae la consulta, no fue el único acto administrativo definitivo que se expidió dentro del proceso de concertación y formulación del proyecto de revisión y modificación integral del POT de Floridablanca. En efecto, dentro de dicho proceso se dictaron otros dos actos administrativos, cuyas copias obran en el expediente de la consulta, sin contar con el concepto que ha debido de dar el respectivo concejo territorial de planeación, cuya copia no aparece en el expediente, para que el alcalde pudiera presentar el correspondiente proyecto de acuerdo al concejo municipal[311]. Los actos mencionados son:

(i) El Acuerdo Metropolitano N° 20 del 26 de octubre de 2017, expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga, en el cual se resolvió:

> *"**Artículo primero:** Aprobar la concertación de los aspectos referidos Ambientales y Urbanísticos relacionados con los Hechos Metropolitanos incorporados en las Directrices de Ordenamiento Territorial Metropolitano (Acuerdo Metropolitano No. 013 de 2011), formuladas en el proyecto de revisión y ajuste de largo plazo del Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Floridablanca, la cual consta en el Acta No. 13 del Cuatro (04) de Octubre de 2017…", y*

(ii) La Resolución 254 del 13 de marzo de 2018, expedida por la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, CDMB, en la cual se decidió:

> *"**Artículo primero:** DECLARAR CONCERTADOS los asuntos ambientales del proyecto de "Revisión General del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Floridablanca", Departamento de Santander, de conformidad con lo establecido en los considerandos de la presente resolución y los contenidos en las actas de concertación…*
>
> *(…)*
>
> ***Parágrafo segundo:** Las modificaciones posteriores que se introduzcan al proyecto de revisión general del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Floridablanca, concertado en sus aspectos ambientales mediante el presente acto, deberán ser puestas a consideración de la CDMB antes de la sanción del respectivo acuerdo, o la expedición del decreto correspondiente.*
>
> *(…)*
>
> ***Artículo SEXTO:** Notificar el contenido del presente acto al representante legal del Municipio de Floridablanca, o quien haga sus veces, conforme lo dispuesto en la ley 1437 de 2011, haciéndole saber que contra el mismo procede el recurso de REPOSICIÓN ante el Director General, de conformidad con lo dispuesto en la ley 1437 de 2011.*

311 De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 388 de 1997.

> ***Artículo SEPTIMO:*** *Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial y en el boletín ambiental de la Corporación Autónoma Regional Para La Defensa de La Meseta de Bucaramanga (CDMB), conforme lo dispuesto en el artículo 71 de la ley 99 de 1993" (sic).*

Como se aprecia, también en este caso, la CDMB consideró que la Resolución 254 de 2018, mediante la cual se aprobó la concertación de los asuntos ambientales (rurales) del mismo proyecto de POT, constituía un acto administrativo definitivo y de contenido particular, por lo cual ordenó notificarlo al Alcalde de Floridablanca, en su condición de representante legal de dicho municipio; señaló que contra ese acto procedía el recurso de reposición, de acuerdo con lo dispuesto en el CPACA (artículo 74), y dispuso publicar dicha resolución en el boletín al que se refiere el artículo 71 de la Ley 99 de 1993. Esta última norma establece el deber de notificar y publicar, en un boletín especial, *"[l]as decisiones que pongan término a una actuación administrativa ambiental…"* [312] (se resalta).

Vale la pena mencionar, asimismo, que, de acuerdo con lo expresado en la parte considerativa de esta resolución, la CDMB conoció y tuvo en cuenta el proceso de concertación de los asuntos ambientales urbanos del proyecto de POT, que realizaron el municipio de Floridablanca y el Área Metropolitana de Bucaramanga, que esta última entidad aprobó, tal como se puede leer en el siguiente aparte del acto administrativo referido:

> *"Que mediante oficio radicado en la CDMB bajo el número 19797 del 15 de noviembre de 2017, la Jefe de la Oficina Asesora de Planeación del Municipio de Floridablanca, radicó lo solicitado por la CDMB mediante acta 13 del 03 de agosto de 2017, esto es, la versión final del proyecto de revisión general del POT de Floridablanca, una vez realizada su concertación con el Área Metropolitana de Bucaramanga; esta información fue revisada por la Subdirección de Ordenamiento y Planificación Integral del Territorio de la CDMB, generándose observaciones…". (Se subraya).*

Como puede deducirse de los actos administrativos citados y de la información contenida en ellos, dentro del proceso de preparación y "formulación" del nuevo plan de ordenamiento territorial del municipio de Floridablanca, se llevaron a cabo varias actuaciones simultáneas y sucesivas ante diferentes autoridades públicas, como la Subdirección Ambiental y la Dirección del Área Metropolitana de Bucaramanga, la Junta Metropolitana de Bucaramanga y la respectiva corporación autónoma regional, que si bien están interrelacionadas (como etapas y actividades del proceso de "formulación"), constituyen, cada una de ellas, un procedimiento administrativo independiente, que terminó con la expedición del correspondiente acto administrativo definitivo, conforme a las normas del CPACA.

---

312 El artículo 71 de la Ley 99 de 1993 estatuye:
"Artículo 71. De la publicidad de las decisiones sobre el medio ambiente. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa ambiental para la expedición, modificación o cancelación de una licencia o permiso que afecte o pueda afectar el medio ambiente y que sea requerida legalmente, se notificará a cualquier persona que lo solicite por escrito, incluido el directamente interesado en los términos del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y se le dará también la publicidad en los términos del artículo 45 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se utilizará el Boletín a que se refiere el artículo anterior" (se destaca).

En todo caso, no puede desconocerse que la "formulación" del proyecto de revisión y modificación integral del POT de Floridablanca, entendido como un proceso global de carácter participativo, consultivo y de concertación, que debe agotarse en forma previa a la presentación del respectivo proyecto de acuerdo ante el concejo municipal, ya culminó también, al haberse completado todas las actividades y surtido todas las etapas previstas en la ley.

Volviendo al acto que interesa directamente a esta consulta, es decir, la Resolución 840 del 11 de octubre de 2017, expedida por el Director del AMB, es necesario indicar que este fue notificado personalmente al apoderado del municipio de Floridablanca el día 7 de diciembre de 2017, habiéndosele advertido expresamente, tanto en el texto del acto administrativo como en su constancia de notificación, que contra el mismo procedía el recurso de apelación ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Dado que el municipio de Floridablanca no interpuso recurso alguno, dicha resolución quedó en firme el día 26 de diciembre de 2017, como lo certifica la Secretaria General (E) del Área Metropolitana de Bucaramanga, en constancia de ejecutoria suscrita el día 27 de diciembre del mismo año, que obra en el expediente.

Por lo tanto, el término de cuatro (4) meses que tenía el municipio de Floridablanca, como parte directamente interesada y afectada con ese acto administrativo, para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, según lo previsto en el artículo 164, numeral 2º, literal d)[313], del CPACA, venció el día 26 de abril de 2018.

Asimismo, la Secretaría General del AMB informó, mediante comunicación del 25 de septiembre de 2018, que "*hasta la fecha el **Área Metropolitana de Bucaramanga**, no ha sido **notificada** de demanda alguna en contra de dicho Acto Administrativo*" (negrillas del original), refiriéndose a la Resolución 840 del 11 de octubre de 2017.

Conforme a lo explicado en el acápite precedente, lo anterior significa que dicho acto administrativo debe entenderse como una situación jurídica consolidada, por lo cual los efectos jurídicos que ya se generaron en su totalidad resultan inmutables, mientras que los efectos que todavía se estén produciendo o que no se hayan causado aún, no podrían continuar generándose ni producirse en el futuro, según el caso, como resultado del decaimiento del acto administrativo mencionado, en tales aspectos.

En el caso que nos ocupa, uno de los efectos jurídicos ocasionados por la Resolución 840 de 2017 ya se produjo, plena y totalmente, a saber: la aprobación de la concertación de los aspectos ambientales urbanos contenidos en el proyecto de "Plan de Ordenamiento Territorial de Segunda Generación 2017-2030" del municipio de Floridablanca. Por lo

313 *"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*
(…)
2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:
(…)
d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;
(…)".

tanto, en relación con dicho asunto, el acto administrativo citado constituye una situación jurídica debidamente consolidada, por lo que dicha aprobación y la concertación respectiva no pueden verse afectadas, en ningún sentido, por la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 21 de junio de 2018, cuando esta adquiera firmeza.

Otras decisiones adoptadas por el AMB en la Resolución 840 de 2017 podrían estar produciendo efectos, o no haberlos empezado a producir aún, como lo dispuesto en los numerales tercero, cuarto y quinto de su parte resolutiva, por lo que tales efectos tendrían que suspenderse o no podrían generarse, según el caso, cuando quede en firme la sentencia del 21 de junio de 2018, debido al decaimiento de esta parte del acto administrativo, a menos que dichas determinaciones estén soportadas, al mismo tiempo, en otros fundamentos jurídicos que se mantengan vigentes.

Así, por ejemplo, vale la pena citar lo dispuesto en el numeral cuarto, según el cual "*las modificaciones que se efectúen en las posteriores instancias de concertación establecidas por la ley 388 de 1997, para aprobar el Plan de Ordenamiento Territorial de segunda Generación del Municipio de Floridablanca 2017-2030, en lo que tiene que ver con el componente ambiental urbano, deberán der puestas a consideración de la autoridad ambiental urbana - Área Metropolitana de Bucaramanga, de conformidad con la normatividad vigente*" (subrayamos).

Aunque esa parte de la resolución se refiere expresamente a la "concertación" del proyecto de POT, proceso que ya se realizó en su totalidad, según lo explicado, es pertinente advertir, en todo caso, que cualquier modificación material que fuere necesario hacer a dicho documento, después de que adquiera firmeza la sentencia del Consejo de Estado, no podría ser concertada con el Área Metropolitana de Bucaramanga ni aprobada por esta, en relación con los asuntos ambientales urbanos, con fundamento en lo dispuesto por el Acuerdo Metropolitano 016 de 2012 (anulado), sino por la respectiva corporación autónoma regional o la entidad que legalmente sea competente para actuar como "autoridad ambiental" en ese ámbito.

En todo caso, se aclara que el objeto de este concepto, de acuerdo con la consulta formulada por el Ministerio del Interior, no consiste en determinar cuál es la entidad o el organismo que actualmente tenga la competencia para actuar como "autoridad ambiental" en las zonas urbanas de los municipios que conforman el Área Metropolitana de Bucaramanga, conforme a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que se encuentran vigentes, razón por la cual la Sala no se pronuncia sobre dicho interrogante.

En atención a las consideraciones anteriores,

III. La Sala responde:

1. *¿Si el Concejo Municipal debe suspender el estudio del Proyecto de Acuerdo del Plan de Ordenamiento Territorial, teniendo en cuenta que el Municipio concertó los temas ambientales Urbanos con el Área Metropolitana de Bucaramanga y que el Consejo de Estado, mediante providencia que aun* (sic) *no está en firme declaró la nulidad del*

Acuerdo Metropolitano No. 016 del 2012 que le daba calidad de autoridad ambiental Urbana al Área Metropolitana?

No. Conforme a lo explicado en este concepto, el Concejo Municipal de Floridablanca no está obligado a suspender el trámite del proyecto de acuerdo del nuevo plan de ordenamiento territorial de ese municipio, teniendo en cuenta que, tanto la concertación de los aspectos ambientales urbanos incluidos en dicho proyecto, como la aprobación de la misma, realizada en su momento por el Área Metropolitana de Bucaramanga, constituyen una situación jurídica consolidada.

2. *¿Conociendo el contenido del fallo del Consejo de Estado, que declaró la Nulidad del Acuerdo Metropolitano No. 016 de 2012 es preciso esperar la ejecutoria del mismo para proceder en consecuencia?*

Los efectos jurídicos de la sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, el 21 de junio de 2018, que declaró la nulidad del Acuerdo Metropolitano 016 de 2012, expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga, solo se producen con la ejecutoria o firmeza de dicha providencia. Sin embargo, a partir de ese instante, tales efectos se generan frente a todas las personas ("*erga omnes*"), con carácter de cosa juzgada absoluta y de manera retroactiva (*ex tunc*), desde el mismo momento de expedición del acto anulado, sin perjuicio de las situaciones jurídicas consolidadas previamente.

3. ¿Cuál es el procedimiento a seguir una vez cobre firmeza el fallo de nulidad del Acuerdo Metropolitano 016 de 2012? ¿se debe devolver por parte del Concejo Municipal el proyecto de Acuerdo No. 031 'Por medio del cual SE APRUEBA EL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL SEGUNDA GENERACION (POT) 2018-2030', al señor Alcalde Municipal para que proceda a la concertación con la Autoridad Ambiental Urbana?

Como se indicó, una vez adquiera firmeza la referida sentencia del Consejo de Estado, no es necesario devolver el proyecto de acuerdo o de decreto, según el caso, mediante el cual se expida el POT, para repetir la concertación de los asuntos ambientales urbanos, efectuada en su momento con el Área Metropolitana de Bucaramanga, pero los cambios que se lleguen a introducir en dicho proyecto, a partir de ese momento, deben ser concertados, en sus aspectos ambientales urbanos, con la autoridad ambiental que en ese momento sea competente, conforme a la ley.

Remítase a la Ministra del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Édgar Gonzalez López, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

VI. FUNCIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Concurrencia de los socios para la normalización del pasivo pensional de una sociedad anónima en liquidación judicial.

Radicado 2295

Fecha: 24/04/2017
Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*
Levantamiento de la reserva mediante oficio 20181140093111

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a esta Sala sobre la viabilidad de asumir la normalización del pasivo pensional en proporción a su participación como accionista en el Fondo Ganadero del Putumayo sin que medie decisión judicial previa en cuanto a la responsabilidad de los socios.

I. ANTECEDENTES

Según el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. De acuerdo con la ley 363 de 1997, el Fondo Ganadero del Putumayo S.A. fue creado como una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional. Esta sociedad solicitó la apertura del trámite de liquidación judicial ante la Superintendencia de Sociedades por la imposibilidad de cumplir con las etapas del proceso de liquidación voluntaria en lo que respecta a la enajenación de activos, puesto que solo cuenta con dos bienes de su propiedad, empero uno se encuentra embargado y próximo a remate por parte de la DIAN y el otro es perseguido por obligaciones de orden laboral.

   El mencionado Fondo cuenta con un capital suscrito y pagado de 7.537.131 acciones, las cuales están divididas así: i). Clase A con 5.953.710 acciones y un porcentaje de participación del 78.92% y; ii). Clase B con 1.583.421 y un porcentaje de participación del 21.08%, donde la mayoría de las acciones se encuentran suscritas por entidades estatales que pertenecen a la clase A y cuyo accionista es el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con un porcentaje de participación del 46,91 % de las acciones Tipo A. Se debe mencionar que el sector agrícola está representado por el Ministerio del ramo y el Incora con un porcentaje total de participación accionaria del 61.53%.

2. Las acciones están compuestas así:

Ministerio de Agricultura:	2.793.479
Incora en liquidación:	1.855.287
Departamento del Putumayo:	1.273.479
Municipio de Puerto Asís:	29.470

Municipio de Mocoa: 1.000

ICA: 1.000

3. De conformidad con lo previsto en los artículos 27 de la Ley 550 de 1999 y 47 de la Ley 1116 de 2008, se dio apertura al proceso, tal como quedó plasmado en el auto 405-008287 del 3 de julio de 2008. Posteriormente, el Juez del Concurso reconoció la graduación y calificación de los créditos a cargo del Fondo, los derechos de voto y aprobó el inventario valorado de los bienes en los términos de los proyectos presentados por el liquidador.

4. La Superintendencia de Sociedades señaló que los únicos bienes que posee la concursada son dos inmuebles denominados Finca Bella Vista por valor de $130.790.430 y Finca Palermo por valor de $569.580.800, para un total de $700.371.230, activos que no son suficientes para el pago de la carga pensional.

5. Acorde con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1260 de 2000, el Ministerio de Trabajo interviene en el proceso liquidatorio, pues se requiere el concepto favorable de la Dirección General de Prestaciones Económicas y Servicios Sociales Complementarios para la autorización de la conmutación pensional.

6. La citada Dirección del Ministerio de Trabajo en reiteradas ocasiones ha indicado que las entidades que tienen acciones en el Fondo Ganadero del Putumayo deben concurrir en la financiación de la normalización del pasivo pensional a cargo del Fondo en liquidación como paso previo y obligatorio para culminar el proceso liquidatorio. Además, señaló que el Ministerio de Agricultura, el Incora en liquidación y el departamento del Putumayo *"en nuestro criterio serían entidades controlantes del Fondo Ganadero del Putumayo, de quienes eventualmente se podría predicar una responsabilidad subsidiaria en la liquidación del Fondo".* Dicha posición tiene fundamento en *"una eventualidad o posibilidad y no en un hecho jurídico declarado o cierto que determine la responsabilidad efectiva de los accionistas".,* según manifiesta la entidad consultante.

7. Contrario a lo anterior, la Superintendencia de Sociedades, a través de las Superintendencias Delegadas para Procedimientos Mercantiles y para Insolvencia, ha sostenido que el proceso liquidatorio del Fondo Ganadero del Putumayo se adelanta según lo previsto en la Ley 1116 de 2006, por lo que se debe agotar el correspondiente procedimiento judicial para que se declare la responsabilidad del socio en el pago del faltante del pasivo, trámite independiente al de insolvencia y que se lleva a cabo por el juez del concurso sin que se suspenda el de liquidación judicial.

8. Precisa que la Superintendencia de Sociedades planteó al Ministerio de Trabajo otras propuestas para la normalización del pasivo pensional, como la dación en pago y pago único; sin embargo, ese Ministerio no ha emitido el concepto favorable frente a dichas alternativas, pues considera como única opción la asunción de responsabilidad por los accionistas en la proporción de su participación.

9. Aduce que en el año 2007, el liquidador presentó el acuerdo de adjudicación de los bienes, teniendo en cuenta las condiciones económicas de la sociedad y lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 1116 de 2006, en especial lo relacionado al pago de los pensionados, el cual se considera gasto de administración y tiene prelación constitucional, además, solicitó la normalización del pasivo pensional a través de la dación en pago de los bienes, sin que haya sido autorizado por la Dirección encargada del Ministerio de Trabajo.

10. Posteriormente en el año 2014, la Superintendencia de Sociedades planteó la normalización pensional para los 2 únicos pensionados mediante dación en pago de un inmueble denominado "FINCA PALERMO" que ellos aceptarían; no obstante, tal propuesta también fue negada por el citado Ministerio, insistiendo en que la solución es la conmutación pensional con la participación de los accionistas.

11. Con el fin de solucionar el asunto, el Ministerio de Agricultura elevó una consulta a la Contraloría General de la República para evaluar el carácter vinculante del concepto del Ministerio de Trabajo, preguntando si *"podría el Ministerio proceder a la normalización del pasivo pensional teniendo en cuenta las inquietudes que venía exponiendo el MADR y sin la existencia de sentencia judicial que así lo hubiere dispuesto"*.

12. Mediante oficio del 11 de enero de 2012, la Dirección Jurídica de la Contraloría General de la República dio respuesta a la consulta, indicando el carácter no vinculante del concepto del Ministerio de Trabajo y resaltó las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades. Concluyó que *"no sobreviene lesión patrimonial al Estado en el evento planteado al ser producto de la intervención de una autoridad en ejercicio de funciones jurisdiccionales"*. Lo anterior, con fundamento en:

    "…es impreciso sostener que aún no media orden judicial que imponga al Minagricultura el pago de la acreencia pensional a favor de la liquidación del Fondo Ganadero del Putumayo, ya que el requerimiento que formuló la Supersociedades nació en un ámbito jurisdiccional como es el proceso de liquidación judicial.

    (…) No se engendra esa responsabilidad cuando el comportamiento que produce el daño padecido por el Estado deriva de una orden judicial. El criterio formulado por la autoridad excusa la acción llevada a cabo, hallando justificación la conducta del gestor fiscal.

    Advirtamos que la mora del Min. Agricultura en cubrir la responsabilidad que le cabe según el pronunciamiento de la Super. Sociedades sí podría hacer que sus funcionarios afronten responsabilidad fiscal, habida cuenta de que ese retraso elevaría la cantidad que adeuda".

13. La Superintendencia de Sociedades en comunicación del 4 de marzo de 2013, determinó que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debía atender el pasivo pensional del Fondo Ganadero del Putumayo en Liquidación Judicial, en proporción

a su participación, pero previamente se debía llevar a cabo el levantamiento del velo corporativo.

14. Por su parte, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en cuanto al pronunciamiento sobre el previo levantamiento del velo corporativo, requirió información acerca de *"si la Superintendencia de Sociedades, en su calidad de autoridad Administrativa y Juez concursal, ha determinado cual será el mecanismo idóneo para la normalización del pasivo pensional de la concursada"* y, en el mismo escrito relacionó la comunicación del Liquidador del Fondo Ganadero del Putumayo de fecha 7 de julio de 2014, en la cual le solicitó asumir el pasivo pensional e indicó que su participación accionaria es del 61.5356% y el cálculo actuarial ejecutado con corte a 31 de diciembre de 2013 y aprobado por el Juez del concurso, asciende a la suma total de $2.374.087.960,oo.

15. El día 27 de agosto de 2014, la Superintendencia de Sociedades se pronunció al respecto así:

> *"…se invitó al Ministerio de Trabajo, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Gobernación del Putumayo, a constituir una mesa de trabajo con el ánimo de lograr determinar la ruta de acción que resulte en el avance del proceso de liquidación del citado fondo y permita el beneficio de todas las partes involucradas.*
>
> *(…). Finalmente, es de anotar que el asunto de imponer responsabilidad a los accionistas fue efectuado directamente por el Despacho a su cargo, sin que esta Entidad hubiere participado en dicha decisión, y sin que mediara el levantamiento del velo corporativo como bien lo enuncia el Ministerio de Agricultura, por lo cual sin que exista acción previa, no puede este juez de insolvencia proceder de oficio a iniciar una actuación procesal de tal envergadura, máxime cuando no obran en el expediente pruebas que conlleven a adoptar la decisión enunciada".*

16. De las comunicaciones realizadas entre la Superintendencia de Sociedades y el Ministerio de Agricultura se concluyó que: *"i). la viabilidad de la asunción del pasivo era un tema no definido, ii) que la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, no ha emitido decisión final al respecto, y iii) que para exigir responsabilidad subsidiaria a los socios, y en particular al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se requeriría el previo levantamiento del velo corporativo".*

17. A 31 de diciembre de 2014 el valor del pasivo pensional de la sociedad en liquidación es de $2.485.927.055, en el que se encuentra incluido el total de bonos pensionales por $2.049.612.267 y el total de la reserva matemática por pensión sanción de jubilación por $436.314.788.

18. Por lo expuesto, el Ministerio de Agricultura señala que está interesado en definir el tema de la normalización del pasivo pensional para agilizar la liquidación del Fondo Ganadero del Putumayo y dar solución al asunto con el sustento legal para

el caso, pues si procediera la asunción de las obligaciones de la sociedad sin que medie decisión de autoridad competente, por el hecho de ser socio mayoritario y por tratarse de altas sumas de dinero, se vería comprometida la responsabilidad de la Nación.

Con base en lo antes reseñado, **SE PREGUNTA**:

"1. ¿Puede la Nación–Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la normalización del pasivo pensional, asumir el mismo en la proporción de su participación accionaria en el Fondo Ganadero del Putumayo, por el hecho de ser socio de esa sociedad, sin que medie decisión judicial previa de levantamiento del velo corporativo o cualquier otra acción judicial que decrete o atribuya en su contra responsabilidad en calidad de socio o controlante de la sociedad?"

2. ¿Puede la Nación–Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la normalización del pasivo pensional, asumir el mismo en la proporción de su participación accionaria en el Fondo Ganadero del Putumayo, por el hecho de ser socio de esa sociedad, con fundamento exclusivamente en el concepto de la Dirección General de Prestaciones Económicas y Servicios Sociales Complementarios del Ministerio de Trabajo, fundado en una eventualidad o posibilidad futura de responsabilidad?

3. En caso afirmativo, en cualquiera de los eventos a los que se refieren las preguntas antecedentes, ¿cuál sería el título de gasto presupuestal para efectos de asumir el pago del pasivo pensional mencionado?"

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: i) el proceso de liquidación judicial; ii) los mecanismos de normalización pensional; iii) la intervención del Ministerio de Trabajo y iv) el levantamiento del velo corporativo.

I. Del proceso de liquidación judicial

Con la expedición de la Ley 1116 de 2006 *"Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones"*, se reguló el **régimen judicial de insolvencia**, mediante el cual se establecieron dos procesos a saber: i) la reorganización y ii) la liquidación judicial.

A su vez, el artículo 6º de la citada Ley, radicó la competencia para conocer del proceso de insolvencia en la Superintendencia de Sociedades como Juez del concurso, en uso de facultades jurisdiccionales, conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, precisando que el proceso de insolvencia ante dicha entidad sería de única instancia.

En lo que concierne al proceso de liquidación judicial, que hace parte del régimen de insolvencia, se encuentra regulado a partir de los artículos 47 y siguientes, y tiene origen

cuando: i) se incumple el acuerdo de reorganización o, ii) se configura alguna de las causales de liquidación inmediata previstas en el artículo 49 ibídem.

Obsérvese que si bien la Ley se refiere al proceso de liquidación judicial – artículo 47- y al proceso de liquidación judicial inmediata – artículo 49-, tal diferenciación que estriba en las causales previstas para una y otra liquidación, no obsta para que los demás aspectos se mantengan idénticos.

Este proceso es aplicable a las sociedades comerciales del sector real, empresas unipersonales, sucursales de sociedades extranjeras y personas naturales comerciantes que lo soliciten – Artículo 2º-.

El mencionado proceso inicia con una providencia de apertura – artículo 48- en la que se decide entre otros aspectos los siguientes: 1) Nombramiento del liquidador, quien ejerce la representación legal; 2) prohibición de que la sociedad pueda realizar operaciones en desarrollo de su objeto, excepto los actos jurídicos necesarios para la liquidación inmediata y los que busquen la adecuada preservación de los activos; 3) las medidas cautelares sobre los bienes del deudor y la orden de inscripción del proceso; 4) la fijación por un término de diez (10) días de un aviso que informe sobre el proceso de liquidación; 5) El plazo de veinte (20) días, contados a partir de la desfijación del aviso que informa sobre el inicio del proceso de liquidación judicial, para que los acreedores presenten su crédito al liquidador. Vencido este plazo el liquidador en un lapso entre un (1) mes y tres (3) meses, deberá presentar ante el juez el proyecto de graduación y calificación de créditos y derechos de voto, para que el juez, dentro de los quince (15) días siguientes, emita auto que reconozca los mismos; 6) la orden de oficiar a los jueces que conozcan de procesos de ejecución o de aquellos en los cuales se esté ejecutando la sentencia; 7) la orden al liquidador para que elabore el inventario de los activos del deudor dentro de un plazo máximo de treinta (30) días a partir de su posesión, así como el avalúo de los bienes por expertos designados.

El proceso de liquidación concluye cuando: a) se encuentre ejecutoriada la providencia de adjudicación, y b) por la celebración de un acuerdo de reorganización.

De acuerdo con el anterior recuento, corresponde ahora precisar la naturaleza de la competencia que le fue asignada a la Superintendencia de Sociedades para adelantar el proceso de liquidación judicial, siendo necesario puntualizar que dicha atribución es de naturaleza jurisdiccional, en tanto que la propia Ley 1116 de 2006, claramente le asignó la función de Juez del Concurso. Así, las actuaciones que adelanta lo son en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conforme con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política, y sus pronunciamientos constituyen providencias judiciales.

Sobre la naturaleza jurídica del proceso de liquidación judicial que adelanta la Superintendencia de Sociedades, la Corte Constitucional en innumerables pronunciamientos ha expresado:

"Ahora bien, valga aclarar que el proceso de liquidación judicial, como su nombre lo indica, es un proceso jurisdiccional del que conoce la Superintendencia de Sociedades en uso de la facultad consagrada en el artículo 116 de la Constitución Política, por lo que sus pronunciamientos constituyen providencias judiciales, las cuales deben estar supeditadas a los mandatos de la Ley General del Proceso.

Por tal razón, la Superintendencia de Sociedades, como juez del concurso en Colombia, debe asegurarse que las actuaciones surtidas en el marco de dicho proceso, cumplan con los requisitos de la normativa aplicable"[314]

Y en reciente oportunidad puntualizó[315]:

"Para dirigir el proceso de liquidación judicial, el legislador [[13]], revistió de autoridad jurisdiccional a la Superintendencia de Sociedades, en consecuencia, sus actuaciones están regidas de conformidad con el Código General del Proceso y la normativa especial correspondiente.

Del proceso de liquidación judicial existen dos clasificaciones según las causas que den origen a su iniciación, por lo cual se les denomina proceso de liquidación judicial y proceso de liquidación judicial inmediata, temática ampliamente explicada por la jurisprudencia de esta Corporación resaltando siempre la relevancia constitucional que tienen el pago de los créditos de tipo laboral y la protección a la seguridad social en el curso de este tipo de proceso".

De igual modo, según lo previsto en la Ley 1116 de 2006, el proceso de liquidación judicial tiene por finalidad la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor, en otros términos, busca la liquidación de sus activos para el pago de las obligaciones y la devolución de los remanentes si es del caso, al igual que produce la extinción de la persona jurídica del mundo jurídico.

II. NORMALIZACIÓN DEL PASIVO PENSIONAL EN EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA

En situaciones de crisis empresarial las normas en materia concursal han propendido por la protección de los derechos de los trabajadores y pensionados, protección que comprende no solo a los titulares de los derechos de las pensiones a cargo de la empresa, sino de las expectativas pensionales de los trabajadores activos.

En desarrollo de esta protección se estableció que las obligaciones pensionales serían pagadas con preferencia sobre todas las demás originadas en gastos de administración, tal como se puede colegir de la previsión contenida en el artículo 71 de la referida Ley 1116 de 2006, que dice:

314 *Corte Constitucional, sentencia SU-773 de 16 de octubre de 2014, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*
315 *Corte Constitucional T-149 de 31 de marzo de 2016, M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*

"Artículo 71. OBLIGACIONES POSTERIORES AL INICIO DEL PROCESO DE INSOLVENCIA. Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial. Igualmente tendrán preferencia en su pago, inclusive sobre los gastos de administración, los créditos por concepto de facilidades de pago a que hace referencia el parágrafo del artículo 10 y el parágrafo 2o del artículo 34 de esta ley". (Subrayas fuera de texto)

Ahora, en aquellos eventos en que la empresa deba atender el pago de pasivos pensionales a su cargo, entendiendo por estos la deuda que tiene en su condición de empleador en tanto es la encargada del reconocimiento de obligaciones pensionales en favor de sus trabajadores o extrabajadores, el deber de cumplir con tales obligaciones es insoslayable.

El pasivo pensional está compuesto por tres elementos a saber: i) los bonos pensionales, ii) el valor correspondiente a las reservas matemáticas de pensiones y, iii) las cuotas partes de bonos y de pensiones[316].

Respecto de los bonos pensionales, el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los definió como los aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Por otra parte, las reservas matemáticas de pensiones han sido entendidas como el valor presente de las obligaciones futuras a cargo de las administradoras de pensiones que le permiten contar con los valores para pagar mensualmente la pensión hasta el último sobreviviente con derecho, el cual está integrado por los bonos pensionales y los títulos pensionales de deuda pública.

Y las "cuotas partes" de los bonos pensionales son aquellas fracciones que las entidades pagadoras de pensiones deben pagar proporcionalmente a sus ex afiliados con el fin de contribuir a la entidad emisora del bono pensional.

El desarrollo legal de la anterior figura está previsto en el artículo 120 de la Ley 100 de 1993 que establece:

"Artículo 120. CONTRIBUCIONES A LOS BONOS PENSIONALES. *Las entidades pagadoras de pensiones a las cuales hubiere estado afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional, tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora del bono pensional, con la cuota parte correspondiente.*

El factor de la cuota parte será igual al tiempo aportado o servido en cada entidad, dividido por el tiempo total de cotizaciones y servicios reconocido para el cálculo del bono".

316 Ver parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 549 de 1999"Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional".

En aquellos eventos en que la empresa entra en un acuerdo de reestructuración es obligación asegurar la normalización del pasivo pensional.

La normalización pensional se desarrolla a través de una serie de mecanismos mediante los cuales el empresario-deudor adopta medidas jurídicas, económicas y contables, para garantizar el pago oportuno del pasivo pensional a su cargo.

Sobre la normalización del pasivo pensional conviene acudir en primer término a lo normado en la Ley 550 de 1999 "*Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley*", que en su artículo 41 introdujo la noción de "normalización de pasivos pensionales", para aquellos empleadores que celebraran acuerdos de reestructuración, o voluntariamente quienes decidieran acogerse a dichos mecanismos, como una manera de regularizar el pago de tales obligaciones. La norma en comento dispuso:

> *"Artículo 41. Normalización de los pasivos pensionales. Los acuerdos de reestructuración en que el empleador deba atender o prever el pago de pasivos pensiónales, deben incluir las cláusulas sobre normalización de pasivos pensionales de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno nacional, a la cual deben ajustarse también los actos y contratos que se celebren y ejecuten con base en tales cláusulas.*
>
> *Para tal fin, se acudirá a mecanismos tales como la constitución de reservas adecuadas dentro de un plazo determinado, conciliación, negociación y pago de pasivos, conmutación pensional total o parcial y constitución de patrimonios autónomos. Estos mecanismos podrán aplicarse en todos los casos en que se proceda a la normalización del pasivo pensional, aún cuando ésta no haga parte de un acuerdo de reestructuración.*
>
> *Parágrafo 1. La Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia o control de la empresa que se encuentre en proceso de reestructuración, autorizará el mecanismo que elija la empresa para la normalización de su pasivo pensional en concordancia con la competencia que tiene el Ministerio de Trabajo para ello. Los acuerdos de reestructuración que se celebren sin la correspondiente autorización, carecerán de eficacia jurídica.*
>
> *Cuando se trate de entidades públicas del orden nacional o de entidades públicas del nivel territorial, cuando estas últimas no están sujetas a la inspección, vigilancia o control de una Superintendencia, se requerirá adicionalmente para los mismos efectos un concepto favorable de viabilidad financiera emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*
>
> *Parágrafo 2. Los patrimonios autónomos que se constituyan como garantía para la financiación de los pasivos pensiónales podrán ser administrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones o por las sociedades fiduciarias en la forma en que señale el Gobierno nacional.*

La conmutación pensional podrá realizarse con el Instituto de Seguros Sociales, y las compañías de seguros de vida; la conmutación pensional podrá también realizarse total o parcialmente a través de los fondos de pensiones y los patrimonios autónomos pensiónales administrados por sociedades fiduciarias o administradoras de fondos de pensiones. El Gobierno reglamentará el alcance de la conmutación, total o parcial, los casos, condiciones, formas de pago y garantías que deban aplicarse en cada caso para el efecto, de tal manera que se proteja adecuadamente a los pensionados.

Parágrafo 3. Cuando se otorguen créditos para financiar el pago de los pasivos pensiónales o para realizar su conmutación, dichos créditos tendrán el mismo privilegio de los créditos laborales cuyo pago se realice o se conmute".

De la norma transcrita se observa que el propio legislador estableció como mecanismos de normalización los siguientes:

1. La constitución de reservas adecuadas dentro de un plazo determinado,

2. La conciliación, negociación y pago de pasivos,

3. La conmutación pensional total o parcial y,

4. La constitución de patrimonios autónomos.

Asimismo, se le otorgó la facultad al Gobierno nacional para que reglamentara los aspectos relativos a dicha normalización, atribución que fue cumplida mediante la expedición del Decreto 1260 del año 2000. A través de este decreto se determinaron los mecanismos de normalización pensional que eran aplicables a las empresas en proceso de reestructuración y se desarrolló lo relativo a la conmutación pensional total.

Es preciso advertir que en el artículo 2º del referido decreto se establecieron los casos en que procede la normalización: "…*en el evento en que el mismo no se esté realizando, o cuando se prevea que no se podrán realizar los pagos de dichas obligaciones en razón de circunstancias que puedan afectar la entidad o empresa".*

En el artículo 7º ibídem se reglamentó el pago de obligaciones pensionales de empresas en liquidación cuando sus recursos son insuficientes, en los siguientes términos:

*"**Artículo 7°.** Pago de obligaciones pensionales en empresas en liquidación cuando los recursos son insuficientes. En el evento de liquidación de una empresa, si el monto de los activos no fuere suficiente para lograr el pago de las obligaciones pensionales, en los montos previstos en la ley, la convención, el pacto o contrato, se procederá a determinar si ellos son suficientes para cubrir las obligaciones de origen legal de todos los pensionados y trabajadores que tengan derecho a ello.*

Si los activos son suficientes para cumplir las obligaciones pensionales (pensiones, bonos pensionales y cuotas partes) en el monto previsto por la ley, se procederá a realizar

la conmutación en relación con dichas obligaciones pensionales, respecto de todos los pensionados y trabajadores que tengan derecho a ello. Igualmente, se procederá a pagar los bonos pensionales que sean exigibles y a constituir un patrimonio autónomo cuyos recursos se destinarán exclusivamente a cancelar los bonos pensionales que se rediman en el futuro. Los recursos de dicho patrimonio autónomo deberán invertirse, de conformidad con las reglas que rigen las inversiones de los fondos obligatorios de pensiones, pero no incluirán acciones.

Si quedaren activos remanentes se pagarán las obligaciones pensionales extralegales a favor de pensionados y trabajadores que tengan derecho a ello, en proporción al valor de las obligaciones existentes.

Para determinar el monto que se puede cubrir con el valor de los activos se tendrá en cuenta el carácter de créditos de primera clase de los pasivos pensionales, así como la responsabilidad que de acuerdo con la ley, exista a cargo de los socios de la sociedad, de acuerdo con el tipo de sociedad, y cuando sea del caso la responsabilidad que se haya establecido por la autoridad competente a cargo de la sociedad matriz o de otras personas de conformidad con la ley.

Salvo que se acuerde el mecanismo previsto en el artículo siguiente, si los activos no fueren suficientes para realizar una conmutación por el valor de las obligaciones legales, se procederá a efectuar un pago único a los distintos trabajadores y pensionados, distribuyendo los activos entre ellos en proporción al monto de sus acreencias pensionales. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a otras personas en relación con tales acreencias, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior".

En el artículo 8° de la norma aludida, se reguló un nuevo mecanismo de normalización así:

Artículo 8°. *Pago único a través de patrimonios autónomos. Cuando se trate de entidades en liquidación y los recursos disponibles no sean suficientes para realizar una conmutación pensional que permita pagar las pensiones en los montos debidos o los activos de la entidad no sean liquidables, por acuerdo con el conjunto de los trabajadores que tengan derechos pensionales a cargo de la empresa y los pensionados, y como mecanismo de normalización pensional podrá preverse un pago único al conjunto de trabajadores y pensionados, con el fin de que los bienes correspondientes a dicho pago se destinen a la constitución de un patrimonio autónomo pensional cuyo objeto será administrar dichos activos con el fin de realizar pagos a los trabajadores y pensionados en la forma que se estipule.*

El acuerdo podrá destinar sumas determinadas con el objeto de efectuar pagos a otros acreedores cuando, a juicio de trabajador y pensionado, ello sea conveniente o necesario para proteger de manera más eficiente los derechos de los mismos. En este caso, en el acto de aprobación del acuerdo deberá expresarse claramente las razones por las cuales se considera que dicho pago permite proteger de manera más eficiente los derechos de los trabajadores y pensionados.

Para efectos de este artículo, el acuerdo de normalización deberá ser aprobado por la mayoría absoluta del grupo de acreedores conformado por los pensionados y los trabajadores que tengan derechos pensionales, siendo necesario que una mayoría no menor de la mitad más uno de los pensionados concurra con su voto favorable a la adopción de la decisión correspondiente. Cuando el acuerdo prevea el pago a otros acreedores en desarrollo de lo dispuesto en el inciso anterior, será necesario que el acuerdo sea aprobado por el 75% del grupo conformado por los acreedores y pensionados y que dentro de esta mayoría se cuente con el voto favorable del 75% de los pensionados.

Previamente a la aprobación del acuerdo deberá suministrarse información suficiente a los pensionados y trabajadores, precisando los riesgos que puede presentar el mecanismo que se adopte. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Superintendencia que ejerza inspección y vigilancia sobre la respectiva entidad velarán porque se suministre la información correspondiente.

Los trabajadores o pensionados podrán objetar individualmente el acuerdo si consideran que viola derechos irrenunciables. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, resolverá lo concerniente a estas objeciones, dentro del mes siguiente a la presentación de las mismas.

***Parágrafo 1°**. Las sociedades administradoras de fondos de pensiones o las sociedades fiduciarias administrarán estos patrimonios autónomos en virtud de un contrato que celebrarán con la persona o personas designadas por la mayoría de los trabajadores que tengan derechos pensionales y pensionados. Así mismo, el contrato respectivo deberá contener mecanismos con el fin de tomar las decisiones que correspondan a los beneficiarios en el evento que se presenten situaciones no previstas que puedan perjudicar sus intereses. Igualmente deberá prever plazos de duración de tal manera que cumplido el mismo se distribuyan los activos que no se hayan realizado.*

***Parágrafo 2°.** Para todos los efectos, todos los pagos únicos previstos en este decreto, tienen el carácter de indemnización sustitutiva de pensión".*

A su vez, en el artículo 12 del Decreto 1260 de 2000, se estableció la autorización por parte del Ministerio del Trabajo para la conmutación pensional, tal como se observa del tenor literal de la norma:

***"Artículo 12.** Autorización de la conmutación pensional. Corresponderá a la Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia y control de la empresa que desee normalizar sus pasivos pensionales autorizar el mecanismo que elija la empresa para la normalización de su pasivo pensional, previo concepto favorable de la Dirección General de Prestaciones Económicas y Servicios Sociales Complementarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Cuando se trate de sociedades que no se encuentren sometidas a inspección y vigilancia de otra Superintendencia, corresponderá a la Superintendencia de Sociedades autorizar el mecanismo correspondiente.*

El concepto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se impartirá con base en sus facultades de inspección, vigilancia y control.

Cuando se trate de entidades públicas del orden nacional o de entidades públicas del nivel territorial, cuando estas últimas no estén sujetas a la inspección, vigilancia o control de una Superintendencia, el mecanismo de conmutación pensional requerirá la aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo concepto favorable de su viabilidad financiera emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Con la solicitud presentada por la empresa o entidad se remitirá el cálculo actuarial correspondiente. El cálculo actuarial deberá estar elaborado con la tasa de interés técnico señalada por la autoridad a la cual corresponde autorizar el respectivo mecanismo. En el caso de entidades públicas no sujetas a inspección, vigilancia y control deberá tomarse el interés técnico que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Igualmente se remitirá una información detallada acerca del cumplimiento de las obligaciones pensionales por parte de la entidad".

Posteriormente, con la expedición de la Ley 1116 de 2006, se produjo un cambio significativo respecto de la naturaleza de la normalización del pasivo pensional, en tanto que la normalización procedía aun cuando las obligaciones pensionales se estuvieren cumpliendo, pues se exigió para la apertura del proceso de reorganización que si el deudor tenía pasivos pensionales a cargo debía tener aprobado el cálculo actuarial al igual que estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles – Artículo 10 numeral 3.

La normalización del pasivo pensional, quedó prevista en el parágrafo 1º del artículo 34 de la Ley 1116 de 2006, al consagrar:

***"Artículo 34.* Contenido del acuerdo.** *(…)*

***Parágrafo 1°**. Los acuerdos de reorganización que suscriban los empleadores que tengan a su cargo el pago de pasivos pensionales, deberán incluir un mecanismo de normalización de pasivos pensionales. Dichos mecanismos podrán consistir en la constitución de reservas adecuadas dentro de un plazo determinado, la conciliación, negociación y pago de pasivos, la conmutación pensional total o parcial y la constitución de patrimonios autónomos, todo ello de conformidad con la ley y con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional.*

Los mecanismos de normalización pensional podrán aplicarse voluntariamente en todos los casos en que sea procedente la normalización del pasivo pensional, aun cuando esta no sea realizada dentro de un proceso de insolvencia.

La Superintendencia que ejerza la inspección, vigilancia o control del empleador, autorizará el mecanismo que este elija para la normalización de su pasivo, previo el concepto favorable del Ministerio de la Protección Social. Los acuerdos de reorganización

o los mecanismos de normalización pensional que sean establecidos sin la autorización y el concepto mencionados, carecerán de eficacia jurídica. (…)"

Como quiera que esta ley también facultó al gobierno para reglamentar lo relativo a la normalización del pasivo, dicha habilitación se desarrolló con la expedición del Decreto 1270 de 2009 *"Por el cual se reglamentan el parágrafo 1° del artículo 34 y el artículo 38 de la Ley 1116 de 2006 y el artículo 39 de la Ley 1151 de 2007",* mediante el cual en su artículo 1º estableció los eventos en los que es obligatoria la normalización pensional, destacándose que lo extendió no solo a los acuerdos de reorganización, sino también a la liquidación de entidades que tengan pasivos pensionales a su cargo. Al respecto la norma en comento dispone:

"Artículo 1°. *Normalización pensional obligatoria. La normalización de pasivos pensionales será obligatoria en los siguientes casos:*

1. En todos los casos en que se suscriban acuerdos de reorganización entre acreedores de empresas que tengan a su cargo pasivos pensionales en virtud de la aplicación del régimen de insolvencia contenido en la Ley 1116 de 2006.

2. En todos los casos en que las entidades sometidas a la aplicación de la Ley 550 de 1999, en concordancia con el artículo 125 de la Ley 1116 de 2006, suscriban acuerdos de reestructuración y tengan pasivos pensionales a su cargo.

*3**. Cuando se adelante la liquidación de una entidad que tenga pasivos pensionales a su cargo o cuando se dé un proceso de liquidación por adjudicación por no presentarse o no confirmarse el acuerdo de reorganización.***

4. Cuando así lo ordene el Ministerio de la Protección Social, en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 171 de 1961 y el Decreto ley 2677 de 1971". (Subrayas fuera de texto)

Frente a los mecanismos de normalización, el artículo 3° del Decreto 1270 de 2009, remitió a los ya establecidos por el Gobierno nacional al reglamentar la Ley 550 de 1999, es decir, los contenidos en los Decretos 1260 de 2000, 941 de 2002 y 4014 de 2006, en los siguientes términos:

"Artículo 3°. *Mecanismos de normalización pensional. Para los efectos de la Ley 1116 de 2006 y 1151 de 2007, los mecanismos de normalización de pasivos pensionales serán los establecidos por el Gobierno nacional mediante las disposiciones reglamentarias de la Ley 550 de 1999 y aquellas que las adicionen, complementen o sustituyan".*

Así pues, los mecanismos de normalización son:

1) La conmutación pensional total

2) La conmutación pensional parcial

3) Pago único a través de patrimonios autónomos

4) Constitución de patrimonios autónomos para el pago de bonos pensionales

5) Constitución de patrimonios autónomos de garantía

6) La asunción del pasivo pensional por un tercero

En cuanto a la conmutación pensional total, fue desarrollada en el Decreto 1260 de 2000. Sobre el concepto de este mecanismo, conviene acudir a la noción desarrollada por la Corte Constitucional en sentencia C-090 de 2011, según la cual consiste en:

> *"… un mecanismo jurídico y contable, a través del cual una entidad empleadora, para lograr la normalización de su pasivo pensional, transfiere a un tercero, mediante el pago de una suma establecida, la responsabilidad jurídica del pago de pensiones a su cargo. La conmutación puede ser total y definitiva cuando el empleador se libera integralmente de toda responsabilidad del pago de los pasivos pensionales, o parcial, cuando el empleador conserva responsabilidad por el pasivo transferido. La normalización es el género y la conmutación es la especie".*

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado[317] ha puntualizado en relación con este tema lo siguiente:

> *"**(ii) Aspectos generales de la conmutación pensional***
>
> *La conmutación pensional, junto con la normalización pensional, comportan "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" [318], específicamente la conmutación pensional se ha definido como "la novación legal del deudor, la empresa o el patrono en (sic) 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 la empresa de las deudas por pensiones - la que debe serlo en su totalidad -, esto es, frente a todos los trabajadores y ciento por ciento el monto de las mesadas". [319]*
>
> *De las definiciones antes citadas es| pertinente advertir, que la mencionada conmutación pensional, se presenta en aquellos eventos en que el empleador ya sea particular o estatal adquiere obligaciones de índole pensional respecto de sus empleados, y las sustituye a una entidad del sistema de seguridad social, para que ésta la asuma, previo el pago de un capital".*

317 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 20 de mayo de 2010, Exp. No. 2002-12297 (3712-04), Consejero Ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila.

318 Arenas Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la seguridad social.* Segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, p. 417.

319 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. 74. citado en la obra antes referida p. 418.

Otra de las formas de normalización pensional es el pago único a través de patrimonios autónomos, cuyo desarrollo está previsto en el artículo 8 del Decreto 1260 de 2000, así:

> ***"Artículo 8°.*** *Pago único a través de patrimonios autónomos. Cuando se trate de entidades en liquidación y los recursos disponibles no sean suficientes para realizar una conmutación pensional que permita pagar las pensiones en los montos debidos o los activos de la entidad no sean liquidables, por acuerdo con el conjunto de los trabajadores que tengan derechos pensionales a cargo de la empresa y los pensionados, y como mecanismo de normalización pensional podrá preverse un pago único al conjunto de trabajadores y pensionados, con el fin de que los bienes correspondientes a dicho pago se destinen a la constitución de un patrimonio autónomo pensional cuyo objeto será administrar dichos activos con el fin de realizar pagos a los trabajadores y pensionados en la forma que se estipule.*
>
> *El acuerdo podrá destinar sumas determinadas con el objeto de efectuar pagos a otros acreedores cuando, a juicio de trabajador y pensionado, ello sea conveniente o necesario para proteger de manera más eficiente los derechos de los mismos. En este caso, en el acto de aprobación del acuerdo deberá expresarse claramente las razones por las cuales se considera que dicho pago permite proteger de manera más eficiente los derechos de los trabajadores y pensionados.*
>
> *Para efectos de este artículo, el acuerdo de normalización deberá ser aprobado por la mayoría absoluta del grupo de acreedores conformado por los pensionados y los trabajadores que tengan derechos pensionales, siendo necesario que una mayoría no menor de la mitad más uno de los pensionados concurra con su voto favorable a la adopción de la decisión correspondiente. Cuando el acuerdo prevea el pago a otros acreedores en desarrollo de lo dispuesto en el inciso anterior, será necesario que el acuerdo sea aprobado por el 75% del grupo conformado por los acreedores y pensionados y que dentro de esta mayoría se cuente con el voto favorable del 75% de los pensionados.*
>
> *Previamente a la aprobación del acuerdo deberá suministrarse información suficiente a los pensionados y trabajadores, precisando los riesgos que puede presentar el mecanismo que se adopte. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Superintendencia que ejerza inspección y vigilancia sobre la respectiva entidad velarán porque se suministre la información correspondiente.*
>
> *Los trabajadores o pensionados podrán objetar individualmente el acuerdo si consideran que viola derechos irrenunciables. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, resolverá lo concerniente a estas objeciones, dentro del mes siguiente a la presentación de las mismas.*
>
> ***Parágrafo 1°****. Las sociedades administradoras de fondos de pensiones o las sociedades fiduciarias administrarán estos patrimonios autónomos en virtud de un contrato que celebrarán con la persona o personas designadas por la mayoría de los trabajadores que tengan derechos pensionales y pensionados. Así mismo, el contrato respectivo*

deberá contener mecanismos con el fin de tomar las decisiones que correspondan a los beneficiarios en el evento que se presenten situaciones no previstas que puedan perjudicar sus intereses. Igualmente deberá prever plazos de duración de tal manera que cumplido el mismo se distribuyan los activos que no se hayan realizado.

Parágrafo 2°. *Para todos los efectos, todos los pagos únicos previstos en este decreto, tienen el carácter de indemnización sustitutiva de pensión".*

De la norma transcrita se concluye que este mecanismo de normalización puede utilizarse cuando: i) los recursos disponibles no sean suficientes para realizar una conmutación pensional que permita pagar las pensiones o, ii) los activos de la entidad no sean liquidables.

III. De la intervención del Ministerio de Trabajo

Tal como lo establece la Ley 1116 de 2006, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe intervenir en el proceso de liquidación, para lo cual debe emitir concepto previo y favorable sobre el mecanismo que se elija para normalizar el pasivo pensional.

La atribución que le fue asignada a dicho Ministerio busca que este vigile que se cumpla con la garantía del mínimo vital de los pensionados, es decir, que se constituye en un veedor de los derechos de los pensionados.

Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia T-458 de 1997, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en los términos que a continuación se transcriben:

"(…) las autoridades de control y vigilancia y, en especial, ***el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y la Superintendencia de Sociedades, deben velar porque en el trámite de un concordato, los derechos de los pensionados que corresponden a gastos de administración, no resulten amenazados o quebrantados. El Estatuto Superior impone a las entidades antes anotadas la obligación especialísima de adoptar todas aquellas medidas que sean conducentes y necesarias para garantizar el pago de los derechos laborales de trabajadores y pensionados.*** *En particular, la Corte ha estimado que las competencias de la Superintendencia de Sociedades no se reducen exclusivamente al logro de un acuerdo en torno al pago de los créditos concordatarios sino que, con fundamento en deberes que la ley y la Constitución le imponen,* ***debe velar que la empresa cumpla con las obligaciones laborales causadas con posterioridad a la apertura del concordato****. En efecto, si una empresa se encuentra en la clara imposibilidad de pagar los gastos de administración, ello significa que falta uno de los presupuestos esenciales del concordato y, por lo tanto, la Superintendencia debe convocar, de inmediato, a un trámite liquidatorio, so pena de permitir que siga aumentando, inútilmente, el pasivo de la entidad". (Negrilla fuera de texto)*

En reciente oportunidad, la Corte Constitucional en sentencia T-149 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reiteró:

"Se observa que el Ministerio del Trabajo como veedor de los derechos de los trabajadores le ha insistido a la Superintendencia de Sociedades que autorice al Liquidador para que intente una nueva venta de las maquinarias y equipos, con el único objeto de viabilizar la obtención de dinero en efectivo que permita realizar la normalización del pasivo mediante la conmutación pensional, por ser este el mecanismo más idóneo para garantizar en forma vitalicia el pago de las pensiones, sin embargo, la Superintendencia de Sociedades se negó con argumentos procesales y formales, referentes a que se venció el tiempo (dos 2 meses) para que el Liquidador pudiera vender.

Si bien es cierto que la Superintendencia no podía autorizar la enajenación de los bienes por un valor inferior al avalúo por la prohibición expresa del artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, no lo es menos que esta entidad junto con el Ministerio del Trabajo están en el deber de propiciar las mejores fórmulas de arreglo que garanticen el cumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa en liquidación y, teniendo en cuenta que las maquinarias y equipos son los únicos activos con los que cuenta Aluminio Reynolds Santodomingo S.A. - En Liquidación Judicial, y que el Liquidador solo tuvo una oportunidad fallida de realizar la venta a fin de recaudar el dinero en efectivo que se requiere para pagar los derechos pensionales que se encuentran vulnerados, es claro que el argumento expuesto por la Superintendencia de Sociedades para no autorizar una nueva venta, sin contemplar siquiera una actualización del avalúo, no debe ser impedimento para el mantenimiento, la creación y reconocimiento de las garantías y derechos constitucionales".

De manera que, con fundamento en las normas citadas y el precedente jurisprudencial transcrito, puede concluirse que al Ministerio de Trabajo se le otorgó una misión en el proceso de liquidación, consistente en velar por la efectividad de los derechos de los pensionados respecto de una empresa que se ha sometido a dicho trámite judicial, debiendo para ello adelantar las actuaciones y adoptar las decisiones pertinentes que permitan avanzar con las etapas del proceso de liquidación y evitar su dilación o paralización.

IV. De la responsabilidad de los socios en un proceso de liquidación

En primer lugar, debe precisarse que conforme con lo previsto en el artículo 98 del Código de Comercio, en virtud al contrato del cual surge la sociedad, esta constituye una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados, razón por la que es la titular del patrimonio que sirve para su conformación y diferente e independiente al de los socios.

Por tanto, el patrimonio del que es titular la sociedad genera dos efectos a saber:

i) Que los bienes de la persona jurídica no se confundan con los de las personas que lo conforman y ii) que las obligaciones o deudas de estas últimas no puedan exigírsele al ente moral.

De los anteriores presupuestos surge el principio fundamental del derecho societario de la limitación de la responsabilidad, según el cual se impide la comunicación de las deudas sociales con el patrimonio personal de los socios.

Tales elementos conceptuales han dado origen a lo que la doctrina denominó la "teoría de la limitación del riesgo" y respecto de esto se ha dicho:

> *"…se estableció el principio fundamental de la limitación del riesgo, con el fin de que de ninguna manera las deudas sociales fueran trasladadas a los socios. De aquí que en el derecho comparado sea natural que la sociedad legalmente constituida forme una persona jurídica diferente a los socios individualmente considerados, tal como lo establece el artículo 98 del Código de Comercio".* [320]

Y desde el punto de vista jurisprudencial, la referida teoría fue desarrollada por la Corte Constitucional, inicialmente en sentencia C-865 de 7 de septiembre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil y posteriormente, en sentencia C-090 de 19 de febrero de 2014, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, en las que se reseñó:

> *"**3.2. El límite de la responsabilidad de la persona jurídica: jurisprudencia.***
>
> *3.2.1. La constitución de una sociedad -por regla general- implica el nacimiento de una persona distinta de los socios, dotada de atributos propios de la personalidad jurídica -nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad y patrimonio- para el desarrollo del objeto de su creación. Por ello, la legislación universal ha dispuesto que el ente social -ser diferente de las personas naturales que lo constituyeron- responde por las actuaciones y obligaciones que contrae con terceros e incluso frente a los accionistas. Dijo, al respecto, la Corte -C-865 de 2004-: "La finalidad de este derecho constitucional [a la personalidad jurídica] se plasma entonces en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico".*
>
> *3.2.2. La restricción de la responsabilidad al monto de los aportes se justifica en el hecho de que el patrimonio de la sociedad es distinto al patrimonio de cada socio[3]. En la misma sentencia citada, la Corte indicó:*
>
> *"Nótese como, la existencia de una clara división patrimonial permite explicar la "teoría de limitación de riesgo", la cual se estructura bajo las siguientes premisas generales, a saber:*
>
> *(i) Los bienes de la sociedad no pertenecen en común a los asociados, pues estos carecen de derecho alguno sobre el patrimonio que integra el ente moral, correspondiéndoles exclusivamente un derecho sobre el capital social (C.Co. arts. 143, 144, 145 y 46).*
>
> *(ii) Los acreedores de los socios carecen de cualquier acción sobre los bienes de la sociedad, pues tan sólo tienen derecho a perseguir las participaciones del asociado en*

320 *Levantamiento del velo Corporativo. Panorama y perspectivas. El caso Colombiano.* Velo Corporativo y Jurisprudencia. Jorge Hernán Gil Echeverri. p. 118.

el capital social (C.Co. art. 142), mutatis mutandi, los acreedores de las sociedad tampoco pueden hacer efectivas sus acreencias con los bienes de los asociados, pues el socio como sujeto individualmente considerado carece de un poder de dirección sobre el ente social y, por lo mismo, la manifestación de voluntad de la persona jurídica, corresponde a una decisión autónoma de un sujeto capaz, cuya finalidad es hacer efectivo el interés plurilateral de las personas que acceden a su creación.

17. De conformidad con lo previsto en el artículo 150 (numerales 2° y 8°) en armonía con lo dispuesto en el artículo 189 (numeral 24) de la Constitución Política, le corresponde al legislador regular no sólo la denominación de las tipologías societarias (tales como, sociedades colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada, anónima, mixta, etc.), sino también definir la preservación de sus atributos como personas jurídicas.

En efecto, es el legislador quien tiene la competencia para establecer los requisitos y condiciones para la creación de sociedades morales, así como para determinar las distintas clases o tipologías de sociedades. Así como, es quien puede determinar en qué medida los atributos que definen su personalidad operan con mayor o menor intensidad y, por lo mismo, se ponderan en atención a los rasgos característicos que el mismo legislador le reconoce a cada modalidad societaria". (Subraya fuera de texto).

3.2.3. En las sociedades de capital, la incomunicación de patrimonios se explica entre otras cosas, en el hecho que en ese tipo de sociedades tiene una destacada importancia y significación el aporte económico de los socios más que sus particulares condiciones personales. Ello se traduce en regímenes diferenciados, por ejemplo, en materia de administración, enajenación de la participación social, adopción de reformas estatutarias o el ejercicio del derecho a la inspección.

3.2.4. De otra parte, la restricción de la responsabilidad patrimonial de los socios al monto de los aportes, aunque necesaria para el desarrollo empresarial, la existencia del mercado de valores y la inversión, no es una regla absoluta, ya que ante la concurrencia de ciertos eventos -en general, fraude a la ley y abuso del derecho-, la ley prevé que los accionistas respondan con su peculio personal por las deudas del ente social a través de la extensión de la responsabilidad".

Empero dicha limitación de la responsabilidad no puede entenderse en forma absoluta, en tanto puede tener limitaciones o eliminarse en ciertos eventos, entre los que se destacan, el tipo de sociedad que se conforma o la celebración de una convención, respectivamente.

En efecto, en cuanto al tipo de sociedad que se escoja, conforme con lo normado en los artículos 294[321] y 323[322] del Código de Comercio, en tratándose de sociedades colectivas y

321 "Artículo 294. Responsabilidad de socios en sociedad colectiva. Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.
Esta responsabilidad sólo podrá deducirse contra los socios cuando se demuestre, aún extrajudicialmente, que la sociedad ha sido requerida vanamente para el pago.
En todo caso, los socios podrán alegar las excepciones que tenga la sociedad contra sus acreedores".

322 "Artículo 323. Formación de sociedad en comandita - Denominación de socios>. La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios".

en comanditas, se elimina tal limitación de responsabilidad, porque los socios colectivos responden solidariamente con su patrimonio frente a las obligaciones sociales. Ello significa que cuando se crea una sociedad bajo esta forma societaria, se hace bajo el entendido de que, por disposición de la ley, los colectivos o gestores no podrán ser protegidos por el denominado velo corporativo.

Así, debe aclararse que la manera cómo responden por sus deudas las sociedades está determinada por la clase del ente societario: en tanto que respecto de las sociedades de personas existe una responsabilidad personal de los socios por las obligaciones sociales, en las de capital la responsabilidad recae en la sociedad, pues los socios solo responden hasta el límite de sus aportes.

En punto a un mejor entendimiento de lo antes enunciado, conviene acudir al tratadista Gabino Pinzón quien precisa: "*Según la posición jurídica de los socios frente a terceros, es decir, según la responsabilidad que les incumba por las obligaciones que han contraído en desarrollo de la actividad social, la sociedad puede ser de personas o de capitales. En la primera los socios no desaparecen jurídicamente ante terceros, por cuanto sus bienes propios pueden ser perseguidos por los acreedores sociales y no solamente los de la sociedad, es decir, no es absoluta o completa la separación de patrimonios que se produce con la personificación jurídica de la sociedad (…) En la segunda ocurre, en cambio, un fenómeno hasta cierto punto inverso, por cuanto ante terceros no responde sino la persona jurídica y solo dentro de sus posibilidades patrimoniales de pago; esto es, se produce en ella una absoluta y completa separación de patrimonios en razón de su personificación jurídica".*[323]

De otra parte, es posible eliminar la limitación de responsabilidad mediante convención a través de una estipulación estatutaria especial, tal como lo regula el artículo 353 del Código de Comercio al establecer: *"En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias, expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades".*

Por tanto, el llamado velo corporativo hace referencia a la responsabilidad que deben asumir los socios de una persona jurídica en cuanto que su patrimonio personal no puede ser perseguido.

Sobre el concepto de velo corporativo esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse en providencia del 18 de septiembre de 2014, Exp. No. 2012-02311-01 (AC), Consejero Ponente Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, en la que se precisó:

> *"(…) Tenemos que la figura del denominado velo corporativo, hace relación única y exclusivamente a la responsabilidad que les incumbe a los asociados de una persona jurídica, en donde es deber de ellos actuar con lealtad, honestidad, trasparencia en sus relaciones con los terceros que contratan con la sociedad y por ende solo ellos responden hasta el monto de sus aportes. Ahora bien, cuando los asociados de manera fraudulenta pretenden perjudicar a los terceros en general, es posible perseguir los*

323 Pinzón Gabino. *Sociedades Comerciales.* Bogotá Temis 1977, p. 18.

bienes individuales de los asociados. Dicho proceder le corresponde adelantarlo y demostrarlo a los interesados y debe llevarse a cabo ante la justicia ordinaria, buscando así salvaguardar los intereses de las personas que puedan resultar perjudicadas.

Vemos como aquí, en el evento de actuaciones dolosas o culposas de los asociados en detrimento de terceros, vamos más allá de la responsabilidad limitada solo al ente societario y entramos a la responsabilidad que le cabe a cada persona individualmente considerada, y ello es lo que constituye el levantamiento del velo corporativo, el cual es perfectamente aplicable, se reitera, en cualquier tipo societario e independientemente de que las sociedades se encuentren tramitando los procesos citados".

No obstante, tal derecho no puede concebirse de manera absoluta. Ha sido atenuado, para lo cual se ha desarrollado la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, cimentada a partir del fraude o engaño en que han incurrido los socios o accionistas para defraudar a los terceros o acreedores, como así lo precisa el doctrinante Jorge Hernán Gil Echeverry[324]: *"Es, entonces, en la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño".*

A través del levantamiento del velo corporativo se busca la manera de responsabilizar a los socios o accionistas de una sociedad, que goza de personería jurídica, para que no puedan, escudándose en aquella, evadir su responsabilidad.

Esta teoría jurídica tiene su origen en los países con sistema del *common law,* los cuales con el fin de limitar los abusos que se cometían bajo el amparo de la personalidad jurídica desarrollaron la doctrina denominada *"disregard of legal entity"* – desentenderse de la entidad legal o "*lifting of piercing the corporate veil"* – levantar o correr el velo corporativo, con el fin de prescindir de la personalidad jurídica y tomar en consideración los intereses que detrás de ella se esconden, cuando es utilizada con fines ajenos a aquello para los cuales fue creada.

El levantamiento del velo corporativo tiene, entonces, como finalidad, desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados sobre el monto de sus aportaciones, cuando existen circunstancias defraudatorias respecto de terceros.

En el ordenamiento jurídico colombiano se establecieron algunos mecanismos para levantar el velo corporativo, entre los que se destacan: i) la responsabilidad subsidiaria de la matriz y ii) la responsabilidad de los socios más allá del monto de sus aportes fruto de conductas dolosas o culposas a ellos imputables.

i) De la responsabilidad de la matriz

El fundamento normativo de esta clase de responsabilidad se encuentra previsto en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, según la cual en los casos de concurso de la subordinada se puede hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz.

324 *Levantamiento del Velo Corporativo.* Velo Corporativo y Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario, 20 por 10, p. 124.

Al respecto la norma en comento ordena:

> ***"Artículo 61. De los controlantes.*** *Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.*
>
> *El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años".*

A efectos de comprender el amparo contenido en la citada disposición se deben dilucidar los aspectos relativos al grupo empresarial y las situaciones de control.

Sobre la noción de grupo empresarial esta ha sido entendida como: *"la reunión en una unidad económica de dos o más sociedades", o "una pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a un poder único".* Es entonces una sola empresa conformada por varias sociedades que son independientes entre sí, pero sometidas a un control unitario que determina las directrices de todas y cada una de las sociedades que forman dicha empresa.[325]

A su vez, el tratadista Francisco Reyes Villamizar ha indicado: *"Llamamos grupo de sociedades al conjunto constituido por varias sociedades, conservando cada una su existencia propia, pero unidas entre ellas por diversos lazos, en virtud de las cuales una de ellas denominada sociedad matriz, que mantiene a las otras bajo su dependencia, ejerce un control sobre el conjunto y hace prevalecer la unidad de decisión*".[326]

En nuestra legislación el grupo empresarial se encuentra regulado en la Ley 222 de 1995, en cuyo artículo 28 se determinó:

> ***"Artículo 28. GRUPO EMPRESARIAL.*** *Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.*
>
> *Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.*

325 *Revista e-mercatoria, volumen 8, numero 1 (2009)*, Acercamiento al concepto de Grupos Empresariales: Concurrencia de Elementos para su existencia. Arlos Mario Montiel Fuentes.

326 Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario tomo I*. Editorial Temis S.A. 2004. Bogotá, Colombia, pie de página 47, p. 560.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan".

De la norma en comento se requieren dos elementos para poder predicar la existencia de un grupo empresarial, a saber: a) la subordinación, dependencia o control societario y, b) la unidad de propósito y dirección, en otros términos, que la matriz ejerza un poder de dirección suficiente para lograr un propósito común.

Por su parte, los artículos 26 y 27 de la referida Ley establecen los elementos de una sociedad subordinada y cuando se presume tal subordinación, así:

"Artículo 26. SUBORDINACIÓN. *El artículo 260 del Código de Comercio quedará así: Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.*

Artículo 27. PRESUNCIONES DE SUBORDINACION. *El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:*

Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1º. *Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.*

Parágrafo 2º. *Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior".*

De manera que la situación de control o subordinación se estructura por el sometimiento de la capacidad decisoria de la sociedad a la voluntad de otra u otras personas y, por tanto, supone una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera y administrativa por parte de las filiales y subsidiarias.

La acción establecida en el artículo 61 antes aludido tiene origen en el hecho de que la situación de insolvencia o liquidación judicial se haya producido por causa o con ocasión de actuaciones de la matriz, es decir, que la crisis societaria sea imputable a actos ejecutados por quien ostenta la calidad de matriz o controlante.

ii) Responsabilidad de los socios

El artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, define la responsabilidad de los socios por el pago del faltante del pasivo externo en los siguientes términos:

*"**Artículo 82. Responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados.** Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.*

No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido.

…La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario".

La norma transcrita estipula un evento de responsabilidad solidaria en cuanto al pago del faltante del pasivo externo. Dicha acción puede ser promovida por cualquier acreedor.

V. Análisis del caso planteado y conclusiones

Analizado el marco legal y jurisprudencial descrito en precedencia se tiene que en lo que corresponde al pago de los pasivos pensionales, la sociedad para el momento de iniciar el proceso de reorganización debe tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas, bonos y títulos pensionales exigibles.

No remite a duda que las obligaciones pensionales que tenga a su cargo la empresa constituyen un pasivo dentro del proceso de liquidación, las cuales deben ser pagadas con preferencia sobre las demás originadas en gastos de administración (art. 71 ibídem).

En ese orden de ideas, el pago o la garantía de pago de las obligaciones pensionales se realizará a través de un mecanismo de normalización pensional que, valga la pena precisar, debe operar tanto en los procesos de reorganización, como en los procesos de liquidación judicial por así disponerlo el artículo 1º del Decreto 1270 de 2009.

Es pertinente advertir que el único mecanismo de normalización del pasivo pensional no lo constituye la conmutación pensional total o parcial como quiera que existen otros instrumentos para tal fin, siempre y cuando se cumplan algunos requisitos para ello.

Así, en tratándose de empresas en liquidación cuyos activos resulten insuficientes para el pago de las obligaciones pensionales, tal como acontece con el Fondo Ganadero del Putumayo, en las que no es posible acudir a la conmutación pensional, podría hacerse uso de otros de los mecanismos de normalización pensional que permite la ley y los respectivos decretos reglamentarios, tales como la realización de un pago único a los distintos trabajadores y pensionados, a través de un patrimonio autónomo (artículo 11 Decreto 1260 de 2000)

Sin embargo, los activos con los que cuenta el Fondo Ganadero del Putumayo son dos inmuebles denominados Finca Bella Vista por valor de $130.790.430 y Finca Palermo por valor de $569.580.800, para un total de $700.371.230, sin que con ellos se cancele la totalidad de la carga pensional. Empero, dada la insuficiencia de recursos o activos para el pago integral de tales obligaciones pensionales, es posible que los dineros faltantes para cubrir el total de dicho pasivo puedan ser asumidos por los socios de la empresa en proporción a su participación.

En otros términos, si bien las obligaciones pensionales, en principio, deben ser asumidas con el patrimonio de la sociedad en algunos casos, es posible hacer extensiva a los accionistas la responsabilidad de las obligaciones sociales. Recordemos que para el presente caso todos los accionistas son entidades del Estado.

Ahora bien, con el fin de enervar la “teoría de limitación del riesgo”, la sociedad matriz o los socios de la empresa que se encuentra en liquidación pueden asumir con su propio

patrimonio y hasta el monto de sus aportes el pago de las obligaciones pensionales insatisfechas, siempre y cuando se establezca previamente su responsabilidad en la situación de insolvencia o liquidación, declaración que corresponde realizar al Juez del concurso mediante el adelantamiento del proceso abreviado. Una vez proferida tal determinación, que valga la pena precisar ostenta el carácter de decisión judicial, la matriz o controlante será responsable de manera subsidiaria frente al pago de la suma del pasivo faltante.

Significa, por lo tanto, que la afectación del patrimonio de los socios para el pago del pasivo faltante, o la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante por las obligaciones de la subordinada en el proceso de liquidación judicial, no operan de pleno derecho, ni menos aún por decisión de una autoridad administrativa, sino que se requiere de decisión judicial que así lo declare.

De conformidad con lo expuesto y de acuerdo con la información recibida en audiencia celebrada el 6 de febrero del presente año, se puede concluir que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por el simple hecho de ser socio del Fondo Ganadero del Putumayo, en principio, no debe responder por el pago del pasivo pensional, pues la sociedad en liquidación asume tal responsabilidad con su patrimonio y dentro de sus posibilidades.

Sin embargo, con el adelantamiento de las acciones previstas en la Ley 1116 de 2008, la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales puede declarar que el Ministerio de Agricultura, como socio del Fondo Ganadero del Putumayo, es responsable y, en consecuencia, deberá asumir las obligaciones de la carga pensional, de acuerdo con el porcentaje de su participación.

Es importante recordar que en el caso objeto de estudio, el Fondo Ganadero del Putumayo S.A. solicitó la apertura del trámite de liquidación judicial por la imposibilidad de cumplir con las etapas del proceso de liquidación voluntaria en lo que respecta a la enajenación de activos, puesto que solo cuenta con dos bienes de su propiedad; empero, uno se encuentra embargado y próximo a remate por parte de la DIAN y el otro es perseguido por obligaciones de orden laboral, aunado a que hay procesos judiciales que buscan apropiarse de sus bienes por un valor inferior al comercial, sin dejar de lado que existen obligaciones vencidas por concepto de mesadas pensionales.

Por ello, que se encuentra en juego el reconocimiento de derechos pensionales, los cuales ostentan la categoría de fundamentales por la afectación directa de la vida, dignidad, trabajo y seguridad social, que gozan de un amparo prevalente consagrado en la Constitución[327] y, por lo tanto, es deber del Estado protegerlos, máxime si dentro de un proceso liquidatorio se encuentra vinculada una entidad estatal.

Al respecto el artículo 48 de la Constitución Política establece en su parte pertinente:

327 Corte Constitucional. Sentencia SU 636 de 2003. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería: *"Ello explica que la Constitución Política colombiana lo consagre como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho que la misma establece (preámbulo y artículo 1°) y, al mismo tiempo, como un derecho fundamental (arts 25 y 53) y una obligación social que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.*
En el mismo sentido, el Ordenamiento Superior estatuye que se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social (art 48) y que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales (art 53)"..

"Artículo 48

(…)

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.(…)

(…)". (Se resalta).

Bajo esta óptica, resulta conveniente señalar que una sociedad matriz puede transitoriamente tener responsabilidad subsidiaria para el pago de mesadas pensionales por insolvencia de la sociedad subordinada, siempre que se pretenda la protección de los derechos fundamentales de los pensionados de la empresa que se encuentra en proceso de liquidación obligatoria.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995[328], vigente para ese momento, y ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, por lo que en reiteradas decisiones ha ordenado a la entidad matriz responder subsidiariamente con su capital. Veamos:

Así, en la sentencia SU 1023 de 2001, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, puntualizó:

"Para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, ***se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café****. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante.* ***En tal virtud, corresponderá a la CIFM asumir la responsabilidad principal del pago de las mesadas causadas y no pagadas y las mesadas futuras a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La entidad matriz responderá, subsidiariamente, en la medida en que la CIFM incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros para cancelar oportunamente las obligaciones laborales****, las cuales, por disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden en relación con los demás créditos de la empresa en liquidación".* (Negrilla fuera de texto)

328 ***Artículo 148. Acumulación procesal.*** *Título II. derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, a partir del 28 de junio de 2007> Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.*
Parágrafo. *Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente".*

Igualmente, en la sentencia SU 636 de 2003, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería dijo:

> *"(…) para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, teniendo en cuenta que la Ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. Para ello* ***ha ordenado a la entidad matriz que responda subsidiariamente, en la medida en que la sociedad subordinada incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros necesarios para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, hasta por el ciento por ciento (100%) del valor de las mesadas pensionales, en atención al dinero que le falte al liquidador de la sociedad subordinada para efectuar oportunamente estos pagos****.*
>
> *La aplicación de este criterio, con fundamento en la previsión legal indicada, se inspira así mismo en el ideal de un orden justo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, en cuanto el mismo impone que la sociedad controlante, que se beneficia económicamente con el ejercicio del control, asuma las cargas en relación con terceras personas cuando la sociedad subordinada se encuentre en estado de insolvencia o de iliquidez por causa o con ocasión del mismo control".* (Negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, si bien el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 no se encuentra vigente y, en consecuencia, no se puede aplicar la acumulación procesal por la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz respecto de las obligaciones de la sociedad subordinada que se encuentra en un proceso concursal, si puede entenderse que cuando se ven afectados los derechos fundamentales de los trabajadores o ex trabajadores, en particular acerca del reconocimiento de mesadas pensionales, siempre que la sociedad subordinada no cuente con los recursos para su pago, la sociedad matriz deberá proceder a su reconocimiento.

Puesto que *"la responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y que está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad.*

Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados"[329].

329 Corte Constitucional. Sentencia SU-1023 de 2001, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

En este punto, la Sala se permite aclarar que si bien la Nación – Ministerio de Agricultura no puede ser calificada como "sociedad matriz", ya que carece de naturaleza societaria, ello no impide que pueda ser considerada eventualmente como la "controlante" del Fondo Ganadero del Putumayo, ya que puede ser controlante de una sociedad cualquier persona natural o jurídica (incluyendo aquellas que no tienen el carácter de sociedades), tal como lo ha reconocido la Superintendencia de Sociedades. Así, por ejemplo, en el oficio Nº 100-56079 del 16 de septiembre de 1998, dicha entidad manifestó.

> *"Como lo ha expresado esta Superintendencia en recientes pronunciamientos, el gran cambio o giro fundamental de la reforma frente a la legislación del Código de Comercio de 1971, es el reconocimiento para efectos jurídicos, del hecho de que una persona natural o jurídica de naturaleza no societaria pueda ejercer el control sobre las sociedades comerciales. El controlante puede ser una persona jurídica de naturaleza jurídica no societaria, como una fundación, una asociación y en particular, puede ser una entidad pública. La ley societaria no efectuó distinciones de ningún tipo en relación con los sujetos controlantes, pues por el contrario, una de las reformas estelares en esta materia por parte de la ley 222 de 1995, es la ampliación de la cobertura acerca de los sujetos que pueden tener la condición de matriz o controlante".*

Vistas así las cosas, de acuerdo con la información que le fue suministrada a la Sala, se observa que el sector agrícola representado en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como socio del Fondo Ganadero del Putumayo tiene un porcentaje total de participación accionaria de 61.53% y siendo una entidad pública, está en el deber constitucional y legal de velar por los principios del Estado Social de Derecho. En particular para el caso en estudio, por la protección de los derechos fundamentales de los pensionados que pueden ver afectados sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social en materia de pensiones, habida consideración que la sociedad en liquidación no cuenta con los activos suficientes para el pago de tales obligaciones pensionales y ello causaría perjuicios a los sujetos de especial protección.

De manera que, ante la ocurrencia de conductas omisivas o que pudiesen dar lugar a la declaratoria de responsabilidad de una entidad pública, situación que debe, en forma previa valorar y determinar el Ministerio, es deber de este, en la medida en que se pueda presumir esa responsabilidad, garantizar aquellos derechos, en razón a que las acreencias laborales, en particular las obligaciones pensionales en relación con los demás créditos de la empresa en proceso liquidatorio, gozan de prevalencia y protección constitucional; por consiguiente, es preciso amparar los derechos fundamentales que legítimamente le asisten al pensionado en el Estado Social de Derecho[330] y prever el acaecimiento de una responsabilidad por parte de la Nación - Ministerio de Agricultura, a quien le compete defender tales derechos mediante la adopción de medidas eficaces y efectivas.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que el Estado podrá ser responsable por los daños antijurídicos que pueda ocasionar por la acción u omisión de sus agentes conforme a lo previsto en el artículo 90 Constitucional, en este caso, por el obrar de los directivos

330 Corte Constitucional. Sentencia SU-1023 de 2001, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

y administradores de la sociedad, cuando en su gestión hubiesen podido generar perjuicios por el incumplimiento en el pago de las obligaciones pensionales.

Por tanto, corresponde al Ministerio de Agricultura, con base en los criterios legales y jurisprudenciales antes expuestos, efectuar el correspondiente análisis o juicio de ponderación que le permitan determinar su responsabilidad frente a las obligaciones pensionales insolutas del Fondo Ganadero del Putumayo.

Finalmente, en el evento en que el Ministerio de Agricultura, en su condición de accionista del Fondo Ganadero del Putumayo deba hacer erogaciones o aportes de sumas de dinero para atender el pago de pasivos pensionales podrá realizar acuerdos conciliatorios, de manera que desde el punto de vista presupuestal la fuente que respalde su reconocimiento y pago lo será el rubro asignado en el presupuesto de dicha entidad para sentencias y conciliaciones, en atención al principio de legalidad del gasto.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala responde:

1. *¿Puede la Nación–Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la normalización del pasivo pensional, asumir el mismo en la proporción de su participación accionaria en el Fondo Ganadero del Putumayo, por el hecho de ser socio de esa sociedad, sin que medie decisión judicial previa de levantamiento del velo corporativo o cualquier otra acción judicial que decrete o atribuya en su contra responsabilidad en calidad de socio o controlante de la sociedad?"*

2. *¿Puede la Nación–Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la normalización del pasivo pensional, asumir el mismo en la proporción de su participación accionaria en el Fondo Ganadero del Putumayo, por el hecho de ser socio de esa sociedad, con fundamento exclusivamente en el concepto de la Dirección General de Prestaciones Económicas y Servicios Sociales Complementarios del Ministerio de Trabajo, fundado en una eventualidad o posibilidad futura de responsabilidad?*

Por regla general no. Teniendo en cuenta que el Fondo Ganadero del Putumayo se constituyó como una sociedad de capital, esta persona jurídica es la que debe responder con su patrimonio por las obligaciones pensionales, en virtud a la teoría de la limitación del riesgo.

No obstante, la Sala considera que en esta oportunidad el análisis del Ministerio debe ir más allá de los anteriores interrogantes, en la medida en que el estudio del presente asunto, tal como ya se expuso, no puede circunscribirse exclusivamente al hecho de si el Ministerio de Agricultura, en su condición de socio del Fondo Ganadero del Putumayo, debe asumir en proporción a su participación en este, a la normalización del pasivo pensional.

En efecto, es preciso aclarar que la participación del Ministerio de Agricultura para contribuir en las obligaciones pensionales del Fondo debe analizarse desde el punto de vista de la responsabilidad en que pudo haber incurrido dicha entidad en su condición de

accionista respecto de la protección de estos derechos fundamentales, ya que, según lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable por la acción u omisión de sus agentes y, por tanto, quienes lo representaban en esa sociedad pudieron haber generado daños antijurídicos en el desarrollo de las obligaciones pensionales que han sido incumplidas y que aparecen reconocidas en el proceso liquidatorio.

Lo anterior, teniendo en cuenta el riesgo jurídico que esta situación puede generar para la Nación - Ministerio de Agricultura, ya sea en virtud de la responsabilidad del Estado (artículo 90 de la Constitución), o de la responsabilidad subsidiaria por su posible condición de controlante (artículo 26 de la Ley 222 de 1995), o mediante el levantamiento del velo corporativo de la sociedad, o por otro mecanismo.

Por tanto, corresponde al Ministerio, con base en los fundamentos legales, los derechos constitucionales y los precedentes jurisprudenciales antes citados, examinar, valorar y ponderar en su condición de accionista del Fondo Ganadero del Putumayo, el grado de responsabilidad que le puede asistir frente a la normalización del pasivo pensional y determinar si procede a ello o no, con independencia del velo corporativo y la teoría de la limitación del riesgo.

El Ministerio de Agricultura deberá determinar junto con los otros socios y, si es del caso, con los acreedores de las obligaciones laborales, los mecanismos más adecuados para lograr la normalización del pasivo pensional y permitir de esta forma que pueda seguir la liquidación del fondo ganadero.

3. *En caso afirmativo, en cualquiera de los eventos a los que se refieren las preguntas antecedentes, ¿cuál sería el título de gasto presupuestal para efectos de asumir el pago del pasivo pensional mencionado?"*

En el evento en que el estudio que realice el Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural concluya que pueda tener responsabilidad patrimonial derivada de la acción u omisión de sus agentes que hubieren generado daños antijurídicos, la asunción del pasivo pensional en proporción a su participación accionaria, que se traduce en el aporte de unas sumas de dinero o bienes de la Nación, tendría que ser formalizada en un acuerdo conciliatorio, logrado en el trámite del proceso liquidatorio judicial, en el que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores o ex trabajadores del Fondo Ganadero del Putumayo en materia pensional y prestacional. De lograrse dicho acuerdo, el rubro presupuestal que permitiría cubrir dicho gasto sería el correspondiente a sentencias y conciliaciones del presupuesto asignado a ese Ministerio (artículo 45 del Decreto 111 de 1996). Al respecto, deberán cumplirse los requisitos generales y específicos de ley, en especial, el concepto previo y favorable del Ministerio del Trabajo.

Remítase al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Édgar Gonzalez Lopez, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Amaya Navas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

2. Retiro forzoso por edad para los docentes del sector público. Aplicación de la Ley 1821 de 2016. Autonomía universitaria

Radicado 2328

Fecha: 15/08/2017
Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*
Levantamiento de la reserva mediante xxxxxxxxx

La Ministra de Educación Nacional solicita a la Sala su concepto sobre la edad de retiro forzoso para el personal docente que labora en instituciones educativas oficiales, tanto en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, como en las universidades públicas, a raíz de la expedición de la Ley 1821 de 2016[331].

I. ANTECEDENTES

Para este efecto, la funcionaria consultante recuerda, en primer lugar, que los docentes al servicio del Estado, que laboran en establecimientos educativos de los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, tienen dos (2) regímenes legales diferentes, cuya aplicación depende principalmente de la fecha de ingreso al servicio educativo estatal, así:

(i) Para los que se vincularon antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 1278 de 2002[332] (19 de junio del mismo año), se les aplica el régimen contenido en el Decreto Ley 2277 de 1979[333].

(ii) Para los que ingresaron después del 19 de junio de 2002 (fecha de publicación del Decreto 1278), y quienes se vincularon antes pero se "asimilaron" voluntariamente al régimen contenido en este último decreto, rigen las normas contenidas en el Decreto Ley 1278 de 2002.

Ambos regímenes especiales regulan diferentes aspectos concernientes a la relación jurídica de dichos docentes con el Estado, entre ellos, lo relativo a su estabilidad o permanencia y a su retiro.

Sobre este último punto, la ministra menciona, en relación con el primer grupo de docentes, que los artículos 31 y 68 del Decreto Ley 2277 de 1979 dispusieron claramente que tales servidores debían retirarse al cumplir 65 años de edad.

En cuanto al segundo grupo de docentes, la funcionaria comenta que si bien los artículos 37 y 63 del Decreto Ley 1278 de 2002 establecen la edad como causal de retiro forzoso, no señala específicamente cuál es esa edad.

331 *"Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas".*
332 *"Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente".*
333 *"Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente".*

Sin embargo, considera que al hacer una integración de este régimen con las normas pertinentes del Decreto 2277 de 1979, lo cual, a su juicio, es posible con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional[334], puede concluirse que la edad de retiro forzoso de dichos docentes oficiales era, igualmente, de 65 años, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1821.

En el caso de los docentes universitarios al servicio del Estado (incluido el personal directivo docente), se afirma en la consulta que estos se encuentran sujetos también a un régimen especial, contenido actualmente en la Ley 30 de 1992, el cual se expidió en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Política, que consagra la denominada "*autonomía universitaria*" (de las universidades públicas y privadas) y dispone que "*la ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado*", entre otros aspectos.

En relación con el retiro por edad de los docentes universitarios, se recuerda en la consulta que el artículo 19 de la Ley 344 de 1996[335] dispuso lo siguiente:

> *"Artículo 19. Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones".*

Menciona igualmente la ministra que esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-584 de 1997[336], en la cual interpretó que dicho precepto contiene una excepción a la regla general sobre la edad de retiro forzoso para los empleados oficiales, en cuanto autoriza a los docentes universitarios para permanecer en sus cargos hasta por diez (10) años más, luego de haber cumplido aquella edad, es decir, hasta los 75 años (en ese momento).

Finalmente, la consultante se refiere a la expedición de la Ley 1821 de 2016, de la cual transcribe sus normas, y con base en ella formula las siguientes **PREGUNTAS**:

> *"1. ¿La edad de retiro forzoso establecida por la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los docentes y directivos docentes de educación preescolar, básica y media del sector público regulados por el régimen especial del Decreto Ley 2277 de 1979?*
>
> *2. ¿La edad de retiro forzoso establecida por la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los docentes y directivos docentes de educación preescolar, básica y media del sector público regulados por el régimen especial del Decreto Ley 1278 de 2002?*

334 Contenida, entre otras, en las sentencias C-617 de 2002, C-313 de 2003, C-1169 de 2004, C-031 de 2006, C-647 de 2006 y C-314 de 2007.

335 *"Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones".*

336 Corte Constitucional, sentencia C-584 del 13 de noviembre de 1997, expedientes acumulados D-1647, D-1649 y D-1657.

3. ¿Cuál es la norma aplicable a los docentes y directivos docentes, de cada uno de los dos regímenes especiales anotados en las preguntas anteriores, que cumplieron 65 años de edad antes del 30 de diciembre de 2016 (fecha de publicación de la Ley 1821 de 2016), pero continúan prestando el servicio a la fecha y no han sido retirados por los trámites que implica la expedición del correspondiente acto administrativo?

4. ¿Pueden los docentes y directivos docentes de educación preescolar, básica y media del sector público, tanto de uno como de otro régimen especial, ser retiradas (sic) del servicio después de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, por haber cumplido la edad de 65 años antes de esa norma?

5. ¿La edad de retiro forzoso establecida por la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los docentes universitarios? En caso afirmativo:

- ¿Los docentes universitarios que se hayan acogido a la opción que les otorga el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 pueden laborar hasta completar los 10 años que señala esa norma?, o

- ¿Pueden ser retirados del servicio por cumplir los setenta (70) años de edad que establece la Ley 1821 de 2016?

6. ¿Cómo interpretar y contabilizar a partir de la Ley 1821 de 2016 el término de 'hasta por diez años más', que establece el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 para los docentes Universitarios?".

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes planteados, la Sala analizará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) La Ley 1821 de 2016: consideraciones generales (reiteración); (ii) regímenes de los docentes que prestan sus servicios en instituciones educativas oficiales de los niveles preescolar, básica y media: retiro forzoso por edad; (iii) autonomía universitaria y régimen especial de las universidades estatales: retiro forzoso por edad de los docentes universitarios.

A. La Ley 1821 de 2016: consideraciones generales. Reiteración

Como se indica en la consulta, el Congreso de la República expidió la Ley 1821 de 2016, mediante la cual aumentó a setenta (70) años la edad de retiro forzoso para las personas que desempeñen funciones públicas.

En relación con el objeto, el alcance, las excepciones, la aplicación en el tiempo y, en general, la interpretación de la citada ley, la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció "*in extenso*" en el concepto Nº 2326 del presente año[337]. Dado que la consulta formulada en esta oportunidad por la Ministra de Educación Nacional se refiere de nuevo a dicha

337 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto Nº 2326 del 9 de febrero de 2017.

ley, pero en relación con su aplicación al personal docente al servicio del Estado, la Sala remite a lo explicado en dicho concepto, con relación a los aspectos generales de la Ley 1821, por razones de brevedad y economía.

Sin perjuicio de lo anterior, y con el fin de responder las preguntas formuladas en esta consulta, se reiterará solamente las principales conclusiones a las que se llegó en el citado concepto, con relación a los aspectos que resulten directamente pertinentes en esta ocasión.

Así, con respecto a la finalidad general perseguida por la Ley 1821 de 2016, la Sala manifestó en el concepto 2326:

> *"La Ley 1821 de 2016 es la culminación de una serie de propuestas e iniciativas legislativas que, desde hace varios años, buscaban aumentar la edad de retiro forzoso para los servidores públicos, inspiradas en el simple pero importante motivo de que las expectativas de vida de los colombianos, tanto en el caso de los hombres como de las mujeres, han aumentado dramáticamente desde 1968, cuando se estableció en 65 años la edad de retiro forzoso".*

El artículo 1º de la citada ley, que determina su objeto y alcance, dispone:

> *"Artículo 1°. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.*
>
> *Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto ley 3074 de 1968".*

Con respecto a dicha norma, la Sala manifestó en el citado concepto:

> *"A juicio de la Sala, este artículo trae dos (2) importantes consecuencias, desde el punto de vista jurídico: (i) en primer lugar, <u>aumenta la edad de retiro forzoso, hasta los 70 años, para los cargos, posiciones y funciones públicas que ya estaban sometidos a la edad máxima de 65 años para su ejercicio, de acuerdo con la legislación anterior</u>, y (ii) en segundo lugar, <u>somete a la edad de retiro forzoso (70 años) a aquellos servidores públicos y particulares que ejerzan de manera permanente funciones públicas y que, de acuerdo con el régimen anterior, no estaban sometidos a dicha causal de retiro, con excepción solamente de los mencionados en el segundo inciso del mismo artículo</u>…".* (Se resalta).

Asimismo, se explicó que la versión final de la ley, especialmente en su artículo primero, fue el producto de una evolución ocurrida durante su trámite legislativo, desde la versión inicial del proyecto de ley, en la que se proponía aumentar la edad de retiro forzoso exclusivamente para ciertos funcionarios públicos y para los particulares que ejercieran funciones públicas de manera permanente, sin establecer excepciones, hasta el texto aprobado

finalmente por el Congreso de la República, en el que se aumenta a 70 años la edad de retiro forzoso para todas las personas que cumplan funciones públicas (servidores públicos y particulares), y se establecen dos salvedades expresas: (i) para los funcionarios de elección popular y (ii) para los funcionarios públicos listados en el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 del mismo año[338].

Vale la pena recordar que la ampliación en el alcance del proyecto que se convirtió en la Ley 1821 de 2016, se dio por solicitud de varios congresistas y fue acogida por la "comisión accidental" que conformó la plenaria de la Cámara de Representantes para resolver diversas inquietudes y sugerencias de los parlamentarios, antes de la discusión y aprobación de la iniciativa legislativa en segundo debate.

En efecto, entre los ajustes que propuso dicha comisión al texto del proyecto de ley, se sugería modificar el artículo 1º, en el sentido de que la nueva edad de retiro forzoso fuera aplicable a "*las personas que desempeñen funciones públicas, ya sea en régimen de carrera o de libre nombramiento y remoción*", sin hacer ninguna distinción y sin plantear tampoco excepciones a esta regla.

Más adelante, en el informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley en la Comisión Séptima del Senado de la República, se propusieron algunos ajustes a este artículo. Uno de ellos consistió en suprimir la frase "*ya sea en régimen de carrera o de libre nombramiento y remoción*", y el otro, en adicionar el segundo inciso, que contiene las excepciones a la regla general:

> *"Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968".*

Con estos ajustes, el referido artículo fue aprobado en la Comisión Séptima del Senado y posteriormente en la plenaria de dicha corporación, en último debate.

El texto de este artículo no sufrió modificación alguna con motivo del informe presentado por la comisión de conciliación que se designó para compatibilizar los textos del proyecto de ley aprobados en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, informe que fue acogido por las plenarias de las dos cámaras.

Por otro lado, los artículos 2º y 4º de la Ley 1821 de 2016 disponen lo siguiente:

> *"Artículo 2°. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a*

338 Tal como fue aclarado por la Sala en el concepto Nº 2326 de 2017, y corregido por el Gobierno Nacional mediante el artículo 1º del Decreto 321 de 2017, *"por el cual se corrigen unos yerros en la Ley 1821 de 2016…".*

la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

(…)

Artículo 4°. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y en especial las contenidas en los Decretos-ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968[339]*, y en los Decretos 1950 de 1973, 3047 de 1989 y 1069 de 2015 (artículos 2.2.6.1.5.3.13 y numeral 4 del artículo 2.2.6.3.2.3)".*

En el concepto 2326 de 2017, la Sala de Consulta hizo una interpretación gramatical, sistemática, histórica y finalista de dichas normas, con base en lo cual concluyó lo siguiente sobre el significado y la aplicación de las mismas:

"Las consideraciones anteriores permiten entender claramente que el artículo 2º de la Ley 1821 se reduce a establecer dos reglas de derecho, a saber:

(i) Que dicha ley no modifica los requisitos previstos en las normas vigentes para adquirir el derecho a la pensión de jubilación; y

(ii) Que las personas que ejerzan funciones públicas no están obligadas, a partir de la vigencia de la citada ley, a retirarse de sus cargos al cumplir los requisitos para pensionarse, sino que pueden seguir ejerciendo sus funciones hasta cumplir la edad de retiro forzoso (70 años).

Así entendida la norma, se aprecia con claridad que la misma no se refiere de ninguna forma y en ningún sentido (favorable o desfavorable) a quienes hubieran cumplido la edad de retiro forzoso prevista en la legislación anterior (65 años) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 y que, por cualquier motivo, sigan ejerciendo funciones públicas". (Se resalta).

Más adelante, en el mismo concepto, la Sala manifestó lo siguiente sobre los efectos de la Ley 1821 en el tiempo, y lo dispuesto en su artículo 4º:

"(…) es importante recordar lo que se explicó en el acápite A) de este concepto sobre la causal de retiro forzoso por la edad, tal como estaba regulada antes de la Ley 1821 y como sigue normada hoy en día, en disposiciones que esta última no ha derogado. Allí se mencionó que esta causal se presenta por el acaecimiento de un hecho de la naturaleza que constituye, al mismo tiempo, un hecho jurídico: la llegada de una persona a los 65 años de edad. Tal acontecimiento genera unas consecuencias jurídicas, la principal de las cuales consiste en el deber que surge para el servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, de retirarse de su cargo dentro del plazo y en las condiciones que señalen las normas pertinentes.

339 Tal como fue corregido por el artículo 2º del Decreto 321 de 2017.

Es importante reiterar que ni el plazo que algunas disposiciones otorgan para efectuar el retiro, a partir del cumplimiento de la edad (6 meses en unos casos, o 1 mes en otro), ni los condicionamientos impuestos en algunos casos particulares por la Corte Constitucional y por otros jueces para que dicho retiro se haga efectivo, han modificado el supuesto de hecho de la causal previsto en la ley, que consiste exclusivamente en la llegada de la persona concernida a una determinada edad.

El término señalado por las normas citadas constituye un plazo suspensivo para que se cumpla efectivamente el retiro, es decir, la "época que se fija para el cumplimiento de la obligación", como lo define el artículo 1551 del Código Civil.

(…)

Así, el cumplimiento de la edad prevista en la ley, para los servidores públicos o los particulares sujetos a dicha causal de retiro, constituye una situación jurídica consolidada, en el sentido de que, a partir de ese momento, se genera para la persona el deber de retirarse del cargo o de cesar en el ejercicio de las funciones públicas, y para la administración, el deber de retirarlo, si dicha persona no lo hace voluntariamente.

(…)

Así, el hecho de que un servidor público (para citar un ejemplo) haya llegado a la edad de retiro forzoso prevista en la ley, es una situación jurídica completa o consolidada, porque de ella se derivan efectos jurídicos (principalmente deberes), mientras que el hecho de que tal individuo permanezca en el cargo es, desde este punto de vista, una situación de hecho, que puede tener respaldo en la ley (por ejemplo, si no ha vencido aún el plazo que tiene para dejar el cargo), o puede no tenerlo y ser irregular (como si la persona no había querido retirarse ni había informado a su empleador sobre la llegada a la edad de retiro forzoso).

En consecuencia, dado que el objetivo principal de la Ley 1821 de 2016 es el de establecer en 70 años la edad de retiro forzoso de las personas que ejerzan funciones públicas, como lo dispone su artículo 1º, es claro para la Sala que dicha disposición genera dos efectos jurídicos: (i) ampliar la edad de retiro para las personas que estando cobijadas por esta causal y no habiendo sido exceptuadas por el inciso segundo del artículo 1º, no hubieran cumplido la edad prevista en la normatividad anterior (65 años) al momento de entrar a regir la Ley 1821, es decir, a más tardar el 30 de diciembre de 2016, y (ii) someter a la nueva edad de retiro forzoso (70 años) a las personas que no habiendo cumplido esa edad el 30 de diciembre de 2016 y no encontrándose incursas en las excepciones previstas en el segundo inciso del artículo 1º, no estaban sujetas a la causal de retiro forzoso por la edad, conforme a la legislación anterior.

Por lo tanto, el efecto general inmediato de la Ley 1821 de 2016 excluye cualquier interpretación con efectos retroactivos.

Es importante mencionar que este asunto – el de la aplicación de la nueva ley a quienes ya habían cumplido la edad de retiro forzoso – si bien no quedó consignado finalmente en la Ley 1821 de 2016 de manera expresa (a pesar de haberse intentado), sí se discutió abiertamente, tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República, y se dejó constancia sobre el "pensamiento" del legislador en varias actas y gacetas…

(…)

Por estas razones, la Sala considera que la inclusión de la citada expresión[340] *en el artículo 2º del proyecto de ley y su posterior supresión, no constituyen prueba ni indicio de que el Congreso… hubiera querido que la Ley 1821 se aplicase a las personas que ya tuvieran 65 años al momento de su entrada en vigencia, pero que continuaran ejerciendo funciones públicas, sino todo lo contrario; es decir, las motivaciones señaladas expresamente por el legislador para incluir la referida frase y luego para suprimirla, demuestran que su intención real y su entendimiento de las normas que se discutían eran que la futura ley no se aplicase a las personas que ya estuvieran en situación de retiro forzoso, por haber cumplido la edad señalada en las normas pertinentes antes de la entrada en vigencia de dicha ley.*

Finalmente cabría preguntarse si el principio de favorabilidad en materia laboral y otros que consagra el artículo 53 de la Carta Política[341]*, impiden llegar a dicha conclusión, en la medida en que podría resultar más favorable para los servidores públicos (o para algunos de ellos) continuar en sus cargos hasta los 70 años de edad, como lo establece la Ley 1821 de 2016, en lugar de retirarse a los 65 años, como estaba previsto en la normatividad anterior.*

Al revisar la jurisprudencia sobre este tema, la Sala encuentra que el principio de favorabilidad en materia laboral no incluye la aplicación retroactiva de la ley, por considerarse más favorable al trabajador, a diferencia de lo que sucede en materia penal, en donde la retroactividad de la ley "permisiva o favorable" está prevista expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política. En materia laboral, la jurisprudencia ha hecho énfasis en la necesidad de proteger los derechos adquiridos y, en menor medida, las expectativas legítimas de los trabajadores, frente a un cambio legislativo que suprima o desmejore tales derechos o expectativas. (…)

En el caso que nos ocupa, sin embargo, no puede decirse que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas de manera permanente y estuvieran sujetos al retiro forzoso por la edad, tuvieran un derecho o, al menos, una expectativa legítima para desempeñar sus cargos o ejercer sus funciones de forma indefinida o hasta los 70 años, pues el régimen anterior solo les permitía hacerlo hasta los 65. En esa medida, es claro que la Ley 1821 de 2016 no les cercenó o menoscabó derecho o expectativa legítima alguna. Y si bien es cierto que su relación con el Estado se en-

340 Se refiere a la frase *"salvo quienes hayan cumplido la edad de 65 años"*, que había sido incluida en el artículo 2º del proyecto de ley, durante algunas etapas de su trámite.

341 "[52] Artículo 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. (…)"*
(…)". (Subrayas ajenas al texto).

contraba vigente en el momento en que la ley entró a regir, no lo es menos que era conocido que dicha relación debía terminar, por haberse incurrido, bajo la legislación anterior, en una causal de terminación o extinción que no estaba sujeta a ninguna otra condición". (Se subraya en esta ocasión).

Como se observa, entonces, la Sala llegó a las siguientes conclusiones sobre la interpretación de los artículos 2º y 4º de la Ley 1821 de 2016 y sobre la aplicación de dicha ley en el tiempo, conclusiones que se reiteran por ser relevantes para los efectos de esta consulta:

(i) El artículo 2º de la Ley 1821 de 2016 no se refiere a la situación de las personas que, a la entrada en vigencia de dicha normatividad, hubiesen cumplido ya la edad de retiro forzoso prevista en la legislación anterior (y a la cual estuvieran sujetas), pero que siguieron ejerciendo funciones públicas, por cualquier motivo. Tal disposición regula la situación de las personas que, sin haber llegado a la edad de retiro forzoso al momento de entrar en vigencia la citada ley, cumplan los requisitos para adquirir la pensión de jubilación o de vejez antes de los 70 años. A tales individuos, la norma mencionada les concede la opción voluntaria de seguir laborando hasta llegar a esa edad.

(ii) La Ley 1821 se rige por el principio del efecto general inmediato de las leyes, lo que excluye cualquier interpretación o aplicación retroactiva.

(iii) En particular, como la llegada de una persona (servidor público o particular que cumpla funciones públicas) a la edad de retiro forzoso, constituye un hecho jurídico del cual se derivan determinadas consecuencias o efectos legales, como el deber de retirarse y cesar en sus funciones, o el deber que tiene la administración de retirarlo, si la persona no lo hace voluntariamente, la expedición de la Ley 1821 de 2016 no alteró la situación jurídica (consolidada) de los servidores públicos y los particulares que incurrieron en esta causal al amparo de la legislación anterior, por haber cumplido la edad respectiva (generalmente 65 años) antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821.

(iv) La conclusión anterior no cambia por el hecho de que la persona concernida siguiera ejerciendo funciones públicas después de la entrada en vigor de la Ley 1821 de 2016, bien sea porque no se hubiera vencido el plazo que las normas pertinentes le otorgaran para retirarse efectivamente, o porque no se hubiese expedido un acto administrativo de retiro, o por cualquier otra razón.

B. La educación como derecho individual y servicio público. Carácter jurídico de los docentes oficiales

Vale la pena recordar que, conforme al artículo 67 de la Constitución Política, la educación es "*un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social*".

De lo dispuesto en dicho norma, en armonía con los artículos 68 y 69 ibídem, entre otros, se deduce que la enseñanza y, en general, el servicio educativo, en todos sus grados

y modalidades, puede ser prestado por el Estado o por particulares, pero que, en cualquier caso, tal actividad está sometida a un régimen especial que debe establecer la ley, así como a la permanente inspección y vigilancia del Estado, en cabeza del Presidente de la República.

En relación con los profesores, educadores o docentes, es decir, con las personas que tienen a su cargo directamente la prestación de este servicio público, ya sea desde la cátedra, desde la investigación o bien desde posiciones directivas en las instituciones de educación, el artículo 68 de la Carta dispone lo siguiente, en su tercer inciso:

> *"La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente".*

Ahora bien, es indudable que los docentes al servicio del Estado, es decir, aquellos que se encuentran vinculados laboralmente con instituciones o establecimientos educativos oficiales, cualquiera que sea el tipo de educación que ofrezcan y el grado o grados en los que presten el servicio, son servidores públicos. Así se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 123 de la Carta, en armonía con otras disposiciones constitucionales y legales. El citado artículo 123 estatuye:

> *"Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*
>
> *Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.*
>
> *La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".* (Se destaca).

El carácter jurídico de los docentes oficiales lo ratifica la ley, en varias normas. Así, por ejemplo, el parágrafo 2º del artículo 105 de la Ley 115 de 1994[342] prescribe:

> *"Artículo 105. Vinculación al servicio educativo estatal. La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.*
>
> *(…)*
>
> *Parágrafo 2º. Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial.*
>
> *(…)".*

342 *"Por la cual se expide la ley general de educación".*

Al tener la condición de servidores públicos, los docentes oficiales cumplen indudablemente funciones públicas o, para expresarlo con mayor precisión, ejercen "*la función pública*".

En efecto, recuerda la Sala que, independientemente de que algunas actividades del Estado sean calificadas por la ley, por la jurisprudencia o por la doctrina como "servicios públicos" y otras como "funciones públicas", todas las actividades mencionadas pertenecen genéricamente al concepto de "función pública".

Así se desprende de varias normas de la Constitución Política. En primer lugar, del Título V ("*De la organización del Estado*"), Capítulo II, que se intitula justamente "*De la función pública*", y del cual forma parte el artículo 123, ya transcrito.

Igualmente, los artículos 121 y 122 *ejusdem* disponen, en lo pertinente:

> *"Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.*
>
> *Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*
>
> *Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*
>
> *(…)".* (Se destaca).

Como se aprecia, entonces, la Carta se refiere al término "función pública" (o "funciones públicas") en dos sentidos diferentes que, sin embargo, no resultan contradictorios: o bien alude a dicha expresión en un sentido específico, para contraponerla, sobre todo, al concepto de "servicio público", o bien utiliza dicha expresión en un sentido genérico, para referirse al conjunto de actividades, deberes, tareas y responsabilidades que la Constitución y la ley asignan al Estado, por conducto de las diferentes ramas, órganos, organismo y entidades que lo conforman, así como de los individuos que le prestan sus servicios personales (es decir, los servidores públicos) e, incluso, de los particulares que la ley habilita para prestar tales funciones (artículo 123).

Adicionalmente, no está de más recordar que en el estado actual del derecho administrativo, no existe una frontera nítida y claramente determinada entre "función pública" y "servicio público", lo que se evidencia en el hecho de que algunas actividades (por ejemplo, la justicia, el notariado etc.) son calificadas, al mismo tiempo, como funciones públicas y servicios públicos. Esta realidad ha sido reconocida en varias oportunidades por la Corte Constitucional, que manifestó lo siguiente, por ejemplo, a propósito del notariado y la administración de justicia[343]:

343 Corte Constitucional, sentencia C-741 del 2 de diciembre de 1998, expediente D- 2139.

> *"5- (…) es cierto que el artículo 131 de la Carta actual y el artículo 188 de la Constitución derogada definen literalmente la función notarial como un servicio público, pero ello no significa que los notarios no ejerzan una función pública, ya que no se puede establecer una oposición rígida entre los conceptos de "servicio público" y de "función pública", como si se tratara de términos excluyentes y contradictorios. Así, es obvio que estas categorías tienen significados distintos, por lo cual una actividad, como el suministro de luz, puede ser un servicio público sin ser el desarrollo de una función pública. Sin embargo, que una labor sea definida por la ley o por la Carta como un servicio público, en manera alguna excluye que esa misma actividad pueda ser también el desarrollo de una función pública. Por ejemplo, el artículo 58 de la Constitución derogada definía la administración de justicia como un servicio público; sin embargo, nadie le negaba, por tal razón, el carácter de función pública a ese servicio, pues impartir justicia es un típico ejercicio de prerrogativas estatales. En el mismo sentido, la sentencia C-037 de 1996 de esta Corporación declaró la exequibilidad del mandato contenido en el artículo 125 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, según el cual "la administración de justicia es un servicio público esencial", sin que esto significara, en manera alguna, un cuestionamiento de la naturaleza de la justicia como función pública ya que ésta es un desarrollo de uno de los cometidos más importantes que corresponden al Estado, como explícitamente lo reconoce esa misma sentencia".* (Se resalta).

Es importante aclarar, sin embargo, que lo expresado a título ilustrativo sobre los límites borrosos y poco definidos entre los conceptos de "función pública" y "servicio público", no significa, para la Sala, que la educación pueda calificarse, técnicamente hablando y en un sentido estricto, como una "función pública", de lo cual se derivaría necesariamente que los establecimientos de enseñanza particulares (incluyendo las universidades privadas) y los docentes o educadores a su servicio, tendrían el carácter de particulares que ejercen permanentemente funciones públicas, pues de todas formas la Constitución y la ley[344] califican expresamente a la educación como un "servicio público" (y no como una "función pública").

Lo que sí es evidente es que los docentes o educadores oficiales, en todas las modalidades y los niveles del servicio educativo estatal, son servidores públicos y, como tales, ejercen funciones públicas o, más exactamente, la función pública.

En esa medida, como la Ley 1821 de 2016 está dirigida a todas "*las personas que desempeñen funciones públicas*", tal como lo dice expresamente su epígrafe y su artículo 1º, y como se deduce claramente de sus antecedentes, la Sala concluye que la citada ley se aplica, de manera general, a los docentes o educadores oficiales (de cátedra y directivos), que laboran en todas las instituciones educativas oficiales, ya sea a nivel nacional o territorial, y en cualquiera de las modalidades y grados en los que el Estado presta directamente este servicio público.

344 Así lo hacen, entre otras normas legales, los artículos 2 y 3 de la Ley 30 de 1992, los artículos 1, 2, 3, 4, 46 y 105 de la Ley 115 de 1994, y los artículos 5, 6, 7, 27 y 29 de la Ley 715 de 2001.

Al revisar de nuevo los antecedentes de la Ley 1821, la Sala observa que el legislador no hizo ni pretendió hacer, para estos efectos, distinción alguna entre los servidores públicos que estuvieran a cargo de "funciones públicas", en sentido estricto, y los servidores públicos que tuvieran bajo su responsabilidad la prestación de "servicios públicos". Dicha distinción, por demás, habría resultado confusa y arbitraria, no solamente por la dificultad que ya se advirtió para distinguir claramente entre los conceptos de función pública y servicio público, o por el hecho de que algunas actividades estatales han sido clasificadas expresamente en ambas categorías, sino además, porque varios grupos de servidores públicos que prestan "servicios públicos" estaban ya sujetos a la causal de retiro forzoso por la edad antes de la Ley 1821 de 2016. En esa medida, excluirlos de la nueva edad de retiro forzoso (70 años), con el argumento de que no ejercen "funciones públicas", para que siguieran sometidos a la edad de retiro anterior (65 años), habría resultado discriminatorio y habría dado lugar a la coexistencia de dos grupos de servidores públicos: unos sujetos a la edad de retiro a los 70 años y otros, a la de 65, contrariando de este modo uno de los objetivos explícitos que acogió el Congreso de la República durante el trámite del proyecto de ley, como fue el de unificar la edad de retiro forzoso para todas las personas que ejercieran funciones públicas (incluyendo, en primer lugar, a los servidores públicos).

Ahora bien, vale la pena aclarar que la conclusión a la que se ha llegado en el sentido de que la Ley 1821 se aplica, de manera general, a todos los docentes del Estado, no significa que lo dispuesto en tal normatividad se aplique a todos los educadores oficiales por igual, o dicho de otra manera, en la misma medida y de la misma forma, pues, como se verá en los acápites siguientes, no existe un solo cuerpo legal que regule la relación de tales servidores públicos con el Estado, sino varios regímenes que se encuentran vigentes, dependiendo del tipo de establecimiento o institución en la cual cumplan sus labores, del grado o nivel de enseñanza en el cual se desempeñan y de la época en la cual se vincularon al servicio, entre otros factores. Tales regímenes contienen normas especiales y, en algunos casos, sustancialmente distintas, en lo referente a la permanencia y al retiro de los docentes y, en particular, a la cesación de sus funciones por la edad, de lo cual se colige que la Ley 1821 de 2016 no modificó tales disposiciones de la misma manera y, por lo tanto, que las conclusiones que puedan extraerse sobre la aplicación de la citada ley no son necesariamente iguales para los diferentes grupos de profesores oficiales.

C) Docentes que prestan sus servicios en instituciones educativas oficiales de los niveles preescolar, básica y media (primaria y secundaria). Regímenes que los gobiernan. Retiro forzoso por la edad

En primer lugar, vale la pena recordar que el artículo 11 de la "Ley General de Educación" (Ley 115 de 1994) define, en los siguientes términos, los distintos niveles en los que se presta el servicio de "educación formal", sin tener en cuenta la educación superior, que se rige por normas especiales:

> *"Artículo 11. Niveles de la educación formal. La educación formal a que se refiere la presente ley, se organizará en tres (3) niveles:*
>
> *a) El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio;*

b) La educación básica con una duración de nueve (9) grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco (5) grados y la educación básica secundaria de cuatro (4) grados, y

c) La educación media con una duración de dos (2) grados.

(…)".

Tal como se menciona en la consulta, existen en la actualidad dos regímenes o estatutos que se encuentran actualmente vigentes y que regulan, entre otros aspectos, la relación jurídica de los docentes oficiales con el Estado, en los niveles mencionados. A continuación, la Sala hará una breve referencia a dichos "estatutos docentes", haciendo énfasis en lo regulado en cada uno de ellos sobre el retiro forzoso de los educadores por la edad.

1) Régimen del Decreto Ley 2277 de 1979

Con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 8 de 1979[345], el Gobierno nacional dictó el Decreto Ley 2277 de 1979, "*por el cual se dictan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*".

En cuanto al objeto de dicho decreto ley, el artículo 1º dispone:

"Artículo 1º Definición. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales". (Subrayas añadidas).

Sobre el concepto de "profesión docente" y quienes la ejercen en las instituciones educativas del Estado, los artículos 2º y 3º del mismo decreto establecen:

"Artículo 2º Profesión docente. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.

Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión inspección escolar (sic), de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal

345 *"Por la cual se otorgan unas facultades extraordinarias para establecer la naturaleza, características y competentes del Sistema de Educación Post-secundaria, se fijan requisitos para la creación y funcionamiento de Instituciones públicas y privadas de educación Post-secundaria, para reorganizar la Universidad Nacional de Colombia y las demás Universidades e Institutos Oficiales de nivel post-secundario y para expedir las normas sobre Escalafón Nacional para el Sector Docente y derogar unas normas". Entre las facultades que el artículo 1º de esta ley otorgó al Gobierno, estaba la siguiente: "4º. Expedir las normas sobre Escalafón Nacional para el sector docente público y privado de los niveles de educación pre-escolar, básica primaria, básica secundaria, media vocacional, intermedia profesional y educación superior y las disposiciones que regulen los derechos, deberes, estímulos, sanciones y demás aspectos del ejercicio profesional de los educadores al servicio de establecimientos de educación sin desconocer los derechos que en materia de escalafón hubieran adquirido antes de la expedición del Decreto extraordinario número 128 de 1977 y durante la vigencia de éste".* (Se resalta).

autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

Artículo 3º Educadores oficiales. Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital… y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este Decreto". (Se destaca).

Vale la pena aclarar que el artículo 4º ibídem excluyó de la regulación contenida en este decreto a los "educadores no oficiales", salvo en lo atinente al "*escalafón nacional docente,* [la] *capacitación y* [las] *asimilaciones*".

Ahora bien, en relación con los profesores que ejercen posiciones directivas en establecimientos educativos oficiales, el artículo 32 ibídem reiteró su carácter docente y precisó los cargos a los cuales se aplica dicho calificativo:

"Artículo 32. Carácter docente. Tienen carácter docente y en consecuencia deben ser provistos con educadores escalafonados, los cargos directivos que se señalan a continuación, o los que tengan funciones equivalentes:

a) Director de escuela o concentración escolar;

b) Coordinador o prefecto de establecimiento;

c) Rector de plantel de enseñanza básica secundaria o media;

d) Jefe o director de núcleo educativo o de agrupación de establecimientos;

e) Supervisor o inspector de educación".

En contraste, el artículo 35 del Decreto 2277 de 1979 dispone que "*los cargos directivos de la educación oficial no previstos en el artículo 32, tienen carácter administrativo y sus titulares se regirán por las normas aplicables a los demás empleados públicos*". (Se subraya).

Vale la pena precisar que sobre los docentes con funciones directivas, los artículos 126 y 129 de la Ley 115 de 1994 disponen lo siguiente:

"Artículo 126. Carácter de directivo docente. Los educadores que ejerzan funciones de dirección, de coordinación, de supervisión e inspección, de programación y de asesoría, son directivos docentes.

(…)

Artículo 129. Cargos directivos docentes. Las entidades territoriales que asuman la prestación directa de los servicios educativos estatales podrán crear cargos directivos

docentes, siempre y cuando las instituciones educativas lo requieran, con las siguientes denominaciones:

1. Rector o director de establecimiento educativo.

2. Vicerrector.

3. Coordinador.

4. Director de Núcleo de Desarrollo Educativo.

5. Supervisor de Educación.

Parágrafo. En las instituciones educativas del Estado, los cargos directivos docentes deben ser provistos con docentes escalafonados y de reconocida trayectoria en materia educativa. (…)".

Ahora bien, en relación con el retiro de los docentes oficiales (incluidos los directivos docentes), el artículo 31 del mismo decreto estatuye que el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón "*o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso*".

En el mismo sentido, el artículo 36 *ejusdem* dispone que los educadores oficiales tienen, entre otros derechos, el de "*permanecer en el servicio y no ser desvinculado o sancionado, sino de acuerdo con las normas y procedimientos que se establecen en el presente Decreto*" (literal h).

Y finalmente, el artículo 68 del citado decreto preceptúa, en su parte pertinente:

"Artículo 68. Retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones del docente y se produce por renuncia, por invalidez absoluta, por edad, por destitución o por insubsistencias del nombramiento (…)". (Se resalta).

Es importante recordar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-563 de 1997[346], declaró exequible el aparte demandado del artículo 31 del Decreto Ley 2279 de 1979, en cuanto fijó en 65 años la edad de retiro forzoso para los educadores oficiales sometidos a dicho régimen. En dicha providencia, la Corte hizo las siguientes consideraciones, entre otras:

"En estos términos, debe afirmarse que, a la luz de la norma demandada, no existe patrón de comparación entre los docentes que se desempeñan como servidores inscritos en el régimen de carrera y los otros funcionarios que se encuentran sometidos al régimen de libre nombramiento o sujetos a un período fijo. Los primeros, tienen derecho a la estabilidad laboral en nombre de los principios que gobiernan la carrera administrativa. En este contexto, debe afirmarse que la edad de retiro forzoso es un límite a

346 Corte Constitucional, sentencia C- 563 del 6 de noviembre de 1997, expediente D-1638.

este derecho, que sirve para garantizar el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, los restantes servidores públicos - elegidos o sometidos al régimen de libre nombramiento y remoción -, no gozan del derecho a la estabilidad. (…)". (Subrayas fuera del texto).

Las normas anteriores permiten observar claramente que el Decreto 2277 de 1979 se ocupó de regular expresamente el retiro forzoso por edad de los docentes oficiales a los cuales se aplica dicho régimen, y fijó dicha edad en sesenta y cinco (65) años, en armonía con lo dispuesto a la sazón para los empleados oficiales de la Rama Ejecutiva en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y en el Decreto Reglamentario 1950 de 1973.

De esta observación se deduce, entonces, la conclusión de que los docentes (de cátedra y directivos) regulados por el Decreto 2277 de 1979, que no hubieran cumplido la edad de sesenta y cinco (65) años al 30 de diciembre de 2016 (fecha de promulgación de la Ley 1821 de ese año), quedaron cobijados automáticamente por dicha ley en lo que concierne a la edad de retiro forzoso, razón por la cual no están obligados a retirarse del servicio, por esta causal, antes de cumplir los setenta (70) años de edad.

2) Régimen del Decreto Ley 1278 de 2002

Mediante el Acto Legislativo Nº 1 de 2001[347], se modificaron los artículos 347, 356 y 357 de la Constitución Política y se creó el Sistema General de Participaciones, que vino a sustituir el denominado "situado fiscal", que la Carta regulaba originalmente en el artículo 356 y que concebía como el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que se debía distribuir entre los departamentos y algunos distritos para financiar los servicios de educación (preescolar, básica y media) y de salud, cuya responsabilidad se transfirió a los departamentos y municipios por virtud de la Ley 60 de 1993[348], en cumplimiento de lo previsto en el mismo canon constitucional.

Con el fin de desarrollar esta reforma constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 715 de 2001[349], que derogó expresamente la Ley 60 de 1993. Mediante el artículo 111 de la Ley 715 se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para varios fines, entre otros, el siguiente:

"111.2. (…) para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos (sic).

El nuevo régimen de carrera docente y administrativa se denominará Estatuto de Profesionalización Docente y tomará en cuenta entre otros los siguientes criterios:

347 *"Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política".*

348 *"Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".*

349 *"Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".*

1. Mejor salario de ingreso a la carrera docente.

2. Requisitos de ingreso.

3. Escala salarial única nacional y grados de escalafón.

4. Incentivos a mejoramiento profesional, desempeño en el aula, ubicación en zonas rurales apartadas, áreas de especialización.

5. Mecanismos de evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera.

6. Oportunidades de mejoramiento académico y profesional de los docentes.

7. Asimilación voluntaria de los actuales docentes y directivos docentes contemplado (sic) en el Decreto ley 2277 de 1979.

(…)". (Subrayamos).

En ejercicio de esta delegación, el Gobierno nacional dictó el Decreto 1278 de 2002, "*por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente*", del cual merece la pena destacar las siguientes normas, para los fines de esta consulta:

- El artículo 1º dispone que el objeto del citado decreto es el de regular las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, "*garantizando que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes*".

- En relación con su alcance, el artículo 2º señala que "*las normas de este estatuto se aplicarán a quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma* (sic)". (Subrayas ajenas al texto original).

Con respecto a la asimilación, el artículo 65 de este decreto preceptúa:

"Artículo 65. Asimilación. Los educadores con título profesional inscritos en el escalafón docente de conformidad con el Decreto ley 2277 de 1979 y vinculados en propiedad a un cargo docente o directivo docente estatal, podrán asimilarse al nuevo escalafón si se someten a la misma evaluación de desempeño y de competencias realizadas para superar el periodo de prueba aplicadas a los educadores que poseen su misma formación profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de este decreto.

Los educadores que quieran asimilarse al nuevo escalafón y obtengan calificación satisfactoria en esta prueba, serán inscritos en el nuevo escalafón en el grado que les corresponda de conformidad con la formación que acrediten de acuerdo con el artículo 20 de este decreto, y serán ubicados en el primer nivel salarial de dicho grado, debiendo superar las otras evaluaciones y tiempos para cambiar de nivel salarial".

- El artículo 4º define qué se entiende por "función docente" y, en forma similar a lo dispuesto en el Decreto Ley 2277 de 1979, prescribe que "*las personas que ejercen la función docente se denominan genéricamente educadores, y son docentes y directivos docentes*". Sobre esta última categoría, el artículo 6º del "Estatuto de Profesionalización Docente" establece, en lo pertinente:

  "Artículo 6°. Directivos docentes. Quienes desempeñan las actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación en las instituciones educativas se denominan directivos docentes, y son responsables del funcionamiento de la organización escolar.

  Los cargos de directivos docentes estatales serán: director rural de preescolar y básica primaria; rector de institución educativa en educación preescolar y básica completa y/o educación media; y coordinador.

  (…)".

- Por su parte, el artículo 16 define la "carrera docente" como "*el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector estatal*".

- En punto a la permanencia de los docentes y directivos docentes y a su retiro del servicio por la edad, los artículos 37, 63 y 64 ibídem disponen, en lo pertinente:

  "Artículo 37. Derechos. Además de los contemplados en la Constitución, en la ley, en el Código Disciplinario Único y en los reglamentos vigentes, <u>para todos los servidores públicos, los docentes y directivos docentes al servicio del Estado tendrán los siguientes derechos</u>:

  (…)

  c) Permanecer en los cargos y funciones mientras su trabajo y conducta sean enteramente satisfactorios y realizados conforme a las normas vigentes, <u>no hayan llegado a la edad de retiro forzoso</u> o no se den las demás circunstancias previstas en la ley y en este decreto;

  (…)

  Artículo 63. <u>Retiro del servicio</u>. La <u>cesación definitiva de las funciones docentes o directivos docentes (sic) de los educadores estatales</u> se produce en los siguientes casos:

(…)

i) Por edad de retiro forzoso;

(…)

Artículo 64. Exclusión del Escalafón Docente. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior conlleva la exclusión del escalafón docente y la pérdida de los derechos de carrera". (Subrayas añadidas).

- Finalmente, vale la pena aclarar que según lo dispuesto por el artículo 68 ibídem, el régimen laboral aplicable a los educadores de los establecimientos educativos privados es el previsto en el Código Sustantivo del Trabajo y en los reglamentos internos de las respectivas instituciones.

Como se aprecia, el "Estatuto de Profesionalización Docente", al igual que el Decreto Ley 2277 de 1979, estableció expresamente la edad como causal de retiro forzoso para los docentes y los directivos docentes al servicio de los establecimientos educativos oficiales de los niveles preescolar, básica (primaria y secundaria) y media.

Sin embargo, a diferencia de este último, el Decreto Ley 1278 de 2002 no señaló expresamente cuál era la edad de retiro forzoso para los docentes sujetos a dicho régimen, lo cual exige al operador jurídico complementar las normas de tal estatuto con otras, para determinar con precisión la edad a la cual se deben retirar forzosamente los mencionados servidores públicos.

En la consulta se sugiere que la respuesta a este interrogante se halla en el Decreto 2277 de 1979, al cual se podría acudir para estos efectos siguiendo la orientación que, según se afirma, ha fijado la Corte Constitucional en varias sentencias, entre ellas la C-617 de 2002, la C-313 de 2003, la C-1169 de 2004, la C-031 de 2006, la C-647 de 2006 y la C-314 de 2007, en el sentido de que, aun cuando los Decretos Leyes 2277 de 1979 y 1278 de 2002 contienen sendos regímenes especiales para los educadores oficiales de los niveles preescolar, básica y media, "*es constitucionalmente viable la aplicación de una disposición de un Decreto Ley a educadores regidos por el otro Decreto Ley*".

Al revisar las providencias citadas en la consulta, la Sala no encuentra que de las mismas pueda derivarse una línea jurisprudencial como la descrita en la consulta, de acuerdo con la cual las normas de un estatuto docente pueden complementarse, cuando se requiera, con las disposiciones del otro estatuto.

Por el contrario, la Sala entiende que la Corte Constitucional, en dichas sentencias, ha reafirmado el carácter especial y distinto de cada uno de los dos regímenes mencionados, por lo cual ha sostenido que las normas contenidas en cada uno de ellos deben aplicarse en su integridad a los docentes y directivos docentes respectivos, sin que pueda crearse, por la vía de la integración normativa, un régimen mixto o un "tercer régimen", conformado con algunas disposiciones del Decreto Ley 2277 de 1979 y otras del Decreto Ley 1278 de 2002.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-314 de 2007[350], en la cual se declararon exequibles normas del Decreto Ley 1278 de 2002 que fueron demandadas con el argumento de que tales disposiciones violaban el derecho a la igualdad de los educadores oficiales amparados por el régimen anterior, cuya experiencia y antigüedad no podían ser tenidas en cuenta para ser asimilados u homologados en el nuevo escalafón docente creado por el citado decreto ley, la Corte resumió su posición sobre este asunto así:

> *"**4.1. La jurisprudencia de la Corte sobre el respeto del principio de igualdad y de los derechos adquiridos de los docentes regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979 frente a la expedición del Decreto Ley 1278 de 2002.***
>
> *Frente a la expedición del nuevo Estatuto de Profesionalización docente contenido en el Decreto Ley 1278 de 2002 la Corte en las sentencias C-617 de 2002[351], C-313 de 2003[352], C-1169 de 2004[353] C-031 de 2006[354] y C-647 de 2006[355] hizo importantes precisiones en relación con el respeto del principio de igualdad y de los derechos adquiridos derivados de la aplicación del régimen docente previsto en el Decreto Ley 2277 de 1979.*
>
> *Así en la Sentencia C-617 de 2002[356] donde la Corte examinó la acusación formulada en contra del numeral 2 del artículo 111 de la Ley 715 de 2001… que concedió facultades extraordinarias al Gobierno para la expedición del nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos… por la supuesta violación del principio de igualdad… la Corte precisó que por tratarse de dos universos diferentes de personal de docentes, directivos docentes y administrativos existía una clara justificación para someterlos a un distinto tratamiento legal.*
>
> *(…)*
>
> *"**4.2. La constitucionalidad de las disposiciones acusadas***
>
> *(…) la acusación formulada en contra de los artículos 19 y 20 del Decreto Ley 1278 de 2002 en el presente proceso por el supuesto tratamiento discriminatorio y el desconocimiento de los derechos adquiridos de los docentes regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, es, en esencia, la misma que analizó la Corte en la Sentencia C-313 de 2003 en relación con los artículos 2°, 46 y 65 del mismo Decreto.*

350 Corte Constitucional, sentencia C-314 del 3 de mayo de 2007, expediente D- 6477.

351 *"[14] M. P. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño. S.P.V. Jaime Araujo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra. Donde se decidió, entre otros temas,* "Declarar exequible el artículo 111, numeral 2, de la Ley 715 de 2001" *que concedió facultades extraordinarias al Gobierno para la expedición del nuevo régimen docente, frente al cargo por la supuesta violación del principio de igualdad".*

352 "[15] M. P. Álvaro Tafur Galvis. Donde se decidió, entre otros asuntos, declarar la exequibilidad por los cargos analizados, de los artículo 2°, 46 y 65 del Decreto 1278 de 2002 por la supuesta vulneración del derecho a la igualdad y los derechos adquiridos de los docentes vinculados a la administración con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002".

353 *"[16] M. P. Rodrigo Escobar Gil. Donde se examinó la acusación formulada en contra del artículo 2º del Decreto-Ley 1278 de 2002, por la supuesta vulneración de los artículos 121, 150 y 189 numeral 10 de la Constitución por extralimitación en el uso de las facultades extraordinarias otorgadas en el artículo 111.2 de la Ley 715 de 2001".*

354 *"[17] M. P. Álvaro Tafur Galvis. Donde se decidió* "Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, -a saber la violación del Preámbulo y los artículos 1°, 2º, 13, 25, 58 y 84 de la Constitución Política- el parágrafo del artículo 13 del Decreto Ley 1278 de 2002 "por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente".

355 *"[18] M. P. Álvaro Tafur Galvis. Donde se decidió* "i) ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-313 de 2003 en relación con la acusación formulada por la supuesta vulneración del principio de igualdad en contra del artículo 2° del Decreto Ley 1278 de 2002 (…)".

356 *"[19] M. P. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Treviño. S.P.V. Jaime Araujo Rentería Y Alfredo Beltran Sierra".*

(…)

En dicha sentencia… se señaló esencialmente lo siguiente: i) no se puede afirmar que al expedirse un nuevo régimen de carrera para el personal de docentes, directivos docentes y administrativos y al disponer que ese régimen sólo se aplicará a quienes ingresen a la carrera a partir de su vigencia, se haya discriminado a ese personal por excluirlo de la aplicación del régimen anteriormente vigente, ni que en el mismo sentido se haya discriminado a quienes ya se encontraban vinculados al servicio docente en virtud del Decreto Ley 2277 de 1979 por excluirlos del nuevo sistema de carrera; ii) El Decreto Ley 1278 de 2002 establece un régimen de carrera docente que tiene unas características sustancialmente diversas del que establecía el Decreto Ley 2277 de 1979[357] *y en ese sentido, no cabe efectuar comparaciones… iii) la asignación salarial de ingreso es apenas un aspecto del régimen de los docentes a los que se aplica el "estatuto de profesionalización docente" que no puede examinarse de manera aislada, fuera del contexto del régimen especial que la ley prevé, para compararlo con la asignación salarial que se establece en otro sistema también especial como es el regulado por el Decreto Ley 2277 de 1979; iv) quienes decidan voluntariamente asimilarse al nuevo régimen, tendrán la opción de hacerlo, tomando en cuenta que en relación con dicha asimilación estarán en la misma situación que quienes ingresan por primera vez a la carrera docente, sin que cuente para el efecto el tiempo de servicio o la experiencia… v) los docentes regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979 no pueden pretender que se les apliquen las normas favorables de su régimen y al mismo tiempo los beneficios que se establecen en el Estatuto de Profesionalización Docente, regulado por el Decreto Ley 1278 de 2002; vi) los derechos adquiridos de los docentes que se rigen por el Decreto Ley 2277 de 1979, se predican en relación con dicho régimen necesariamente, y no con el nuevo establecido en el Decreto Ley 1278 de 2002".* (Negrillas del original: subrayas añadidas).

En este aspecto, la Sala observa que la jurisprudencia constitucional coincide con la del Consejo de Estado en cuanto a la especialidad e independencia de los dos estatutos docentes, tal como puede apreciarse en el siguiente extracto de una sentencia proferida por esta corporación el 13 de febrero de 2013[358]:

"2. Al respecto, cabe recordar que a la luz del Decreto 2277 de 1979, los docentes que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros.

En lo que atañe al caso concreto, es válido afirmar que los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente

357 *"[ ] Así, a manera de ejemplo, los títulos académicos que se exigen para el ingreso a la carrera docente, los requisitos para el ascenso, la permanencia y la reubicación en un nivel salarial superior están ligados a un sistema de evaluación permanente en el nuevo régimen que no encuentra equivalente en el régimen anterior (artículos 23, 26 a 36 del Decreto 1278 de 2002), en el mismo sentido el régimen de vacaciones, de estímulos, en uno y otro sistema son diferentes.*

358 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 7 de febrero de 2013, radicación Nº 15001-23-31-000-2010-00042-01(2642-11).

pensión y sueldo, y algunos gozan de la denominada pensión gracia, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un tratamiento especial…

(…)

Ahora bien, el apoderado de Cajanal manifiesta que lo pretendido por el demandante pugna abiertamente con lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002…, en tanto que a la luz del artículo 45 de tal estatuto, los docentes no pueden simultáneamente desempeñar cualquier otro cargo o servicio público retribuido, ni gozar de pensión de jubilación, vejez, gracia o similares.

Considera la Sala que dicha norma no es aplicable al presente asunto, como quiera que el artículo 2°, establece que la regulación contenida en ese decreto se aplica a los docentes de los niveles de preescolar, básica o media que vinculen a partir de su entrada en vigencia, o a quienes sean asimilados en el nuevo escalafón docente…

(…)

Sobra mencionar que la vinculación del demandante con el servicio educativo (30 de abril de 1974 fl. 38 cdn. 2), es anterior a la entrada en vigencia de la nueva regulación. Tampoco fue allegado al proceso un elemento de convicción material que demuestre la asimilación del actor en el nuevo escalafón docente, por lo que resulta fácil inferir que la prohibición contenida en el Decreto 1278 de 2002 no es aplicable al señor…". (Subraya la Sala).

Ahora bien, hecha esta aclaración doctrinal, es pertinente mencionar que nada de lo expuesto impide llegar a la misma conclusión que se sugiere en la consulta, es decir, que a los docentes y directivos docentes regidos por el Decreto Ley 1278 de 2002, les resultaba aplicable igualmente la edad de 65 años como edad de retiro forzoso (antes de la Ley 1821 de 2016), pero la Sala llega a esta conclusión por otro camino hermenéutico distinto, como enseguida se verá.

En efecto, el artículo 55 la Ley 909 de 2004[359] preceptúa:

"Artículo 55. Régimen de administración de personal. Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3o. de la presente ley". (Subrayamos).

Este último artículo determina el campo de aplicación de la Ley 909, así:

"Artículo 3º. Campo de aplicación de la presente ley.

359 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".*

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

(…)

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

(…)

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

(…)

- Entes Universitarios autónomos.

(…)

- El que regula el personal docente.

- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República

(…)". (Destaca la Sala).

De esta manera, como el Decreto 1278 de 2002 preceptúa que los docentes y directivos docentes oficiales sujetos a dicho régimen deben retirarse del servicio y cesar en sus funciones cuando lleguen a la edad de retiro forzoso, pero no indica cuál es esa edad, resulta evidente que se presenta un vacío en dicha normatividad especial, que regula la carrera docente, razón por la cual dicho vacío debe suplirse con lo que disponía sobre este punto el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, tal como lo ordena el artículo 55 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 3º de la misma ley, de donde se colige que a los docentes regidos por el "Estatuto de Profesionalización Docente" les era aplicable, también, la edad de 65 años para su retiro forzoso.

Por esta vía se llega, entonces, a las mismas conclusiones a las que se arribó en relación con los educadores regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, esto es, que los docentes y directivos docentes a quienes se aplica el Decreto Ley 1278 de 2002, quedaron automá-

ticamente cobijados por lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1821 de 2016 y, por lo tanto, no están obligados a retirarse del servicio antes de llegar a los setenta (70) años de edad, siempre y cuando no hubiesen cumplido la edad de retiro forzoso prevista en la normatividad anterior (65 años) al 30 de diciembre de 2016, a más tardar, pues, de haber alcanzado dicha edad, quedaron incursos irremediablemente en esta causal de retiro y, por lo tanto, debían proceder a retirarse voluntariamente o ser retirados por las entidades públicas para las cuales prestaban sus servicios.

C. La autonomía universitaria y el régimen especial de las universidades estatales. Retiro forzoso por edad de los docentes universitarios

El artículo 69 de la Carta Política consagra la autonomía universitaria en los siguientes términos:

> *"Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.*
>
> *La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.*
>
> *El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.*
>
> *El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior".* (Destacamos).

La Corte Constitucional se ha referido en numerosas ocasiones a la autonomía universitaria, para esclarecer su concepto, sus finalidades, su etiología en la Constitución colombiana, sus antecedentes más remotos, que empiezan desde la fundación misma de las universidades, su contenido y alcance, y su relación con la ley, la sociedad y el Estado, entre otros asuntos.

Así, por ejemplo, en la reciente sentencia C-491 de 2016[360], la Corte reiteró las siguientes notas características de la autonomía universitaria:

- La autonomía universitaria es la facultad que tienen las universidades para autodirigirse y auto-regularse, sin la intromisión de poderes externos y, en particular, sin la interferencia del Estado, pero siempre bajo los parámetros fijados por la Constitución y la ley.

- La autonomía protege por igual a las universidades privadas y públicas. Sin embargo, en relación con estas últimas, el artículo 69 superior exige que la ley establezca un régimen especial (previsto actualmente en la Ley 30 de 1992[361]), lo que se justifica por el hecho de que tales instituciones forman parte del Estado colombiano (como entes autónomos).

360 Corte Constitucional, sentencia C-491 del 14 de septiembre de 2016, expediente D-11249.
361 *"Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior".*

- La finalidad última de la autonomía universitaria es la de garantizar las libertades de enseñanza (o cátedra), de investigación y de opinión, en sus diferentes vertientes, todo lo cual ayuda a promover el desarrollo de la educación, la ciencia, el arte y la cultura, así como el acceso de las personas a tales bienes inmateriales.

- La autonomía universitaria tiene manifestaciones en diferentes campos: *(i)* en primer lugar, en el plano académico, que responde de forma más directa e inmediata a los fines para los cuales se consagró, y *(ii)* también en los planos administrativo y financiero, "*en donde cobra relevancia en la regulación de todo lo referente con la organización interna de la institución superior*", como medio o instrumento para hacer posible que las universidades tengan una independencia real y efectiva en el ámbito académico.

- En este segundo campo, las universidades pueden dictar sus propias normas y adoptar sus propias determinaciones en aspectos administrativos, disciplinarios, financieros etc., dentro del marco de la Constitución y la ley que las rige.

- Nada de lo anterior significa que la autonomía universitaria sea absoluta, pues está limitada, de una parte, por los propios fines para los cuales ha sido reconocida en la Carta Política, y de otra parte, por las normas constitucionales y legales que regulan a las instituciones universitarias, particularmente aquellas que conforman su régimen legal especial, el cual se encuentra contenido en la Ley 30 de 1992, principalmente. En esa medida, las universidades deben: *(i)* respetar los derechos constitucionales y legales de sus profesores, educandos, empleados y demás personas vinculadas a las mismas; *(ii)* cumplir las normas legales que señalan las condiciones y los requisitos que deben tener en cuenta para su creación y funcionamiento (en concordancia con el artículo 68 de la Carta[362]), para dictar sus propios estatutos y para darse sus directivas, entre otros aspectos, y *(iii)* someterse a la inspección y vigilancia que constitucionalmente le corresponde al Presidente de la República (artículos 150, numerales 8 y 23, y 189 numerales 21, 22 y 26), quien la ejerce por intermedio del Ministerio de Educación Nacional.

- En esa medida, la ley puede establecer válidamente limitaciones a la autonomía universitaria para los siguientes fines, entre otros: *(i)* salvaguardar el derecho a la educación de las personas y (ii) permitir y facilitar el cumplimiento de la función de inspección y vigilancia de la educación superior y de las instituciones que la ofrecen, por parte del Presidente de la República.

- Dentro del marco de la Constitución y la ley, "*la capacidad de acción de las universidades*" se resume en las siguientes facultades: *"(i) <u>darse y modificar sus estatutos</u>, (ii) establecer los <u>mecanismos que faciliten la elección, designación y períodos de sus directivos y administradores</u>, (iii) desarrollar sus planes de estudio y sus programas académicos, formativos, docentes, científicos y culturales, (iii) <u>seleccionar a sus profesores</u> y admitir a sus alumnos, (iv) asumir la elaboración y*

362 *"Artículo 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. (…)".*

aprobación de sus presupuestos y (v) administrar sus propios bienes y recursos[363]*".* (Subrayas fuera del texto).

Asimismo, en la sentencia C-1019 de 2012[364], la Corte hizo consideraciones similares sobre la autonomía universitaria, en general, y sobre las universidades del Estado, en particular, manifestó:

"***5.3. El régimen especial de las universidades públicas.***

5.3.1. La C.P. establece en el inciso 2º del artículo 69, que la ley establecerá el régimen especial para las universidades del Estado. De este modo, la Carta determina que estas instituciones se regirán por disposiciones especiales que pueden ser iguales o distintas a las aplicables a otras entidades de educación superior, públicas y privadas, o a las demás entidades estatales, siempre y cuando con ellas no se vulnere su autonomía[365]*.*

5.3.2. En desarrollo del artículo 69 de la C.P., el Congreso expidió la Ley 30 de 1992 "por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior". En el Título III de la misma, se regula el régimen especial relativo a las universidades del Estado y de las otras instituciones de educación superior estatales u oficiales, a través de normas que constituyen su estatuto básico u orgánico y de las normas que deben aplicarse para su creación, reorganización y funcionamiento, a las que debe ajustarse el estatuto general y los reglamentos internos de cada institución.

El artículo 57 de la misma establece que las universidades estatales y oficiales se caracterizan por tener personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden. Además se entienden organizadas como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo. El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprende la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley". (Negrillas del original; subrayas de la Sala).

En la misma providencia, la Corte Constitucional explicó que el hecho de que las universidades estatales se encuentren sometidas a un "régimen especial", parcialmente distinto al de las universidades privadas, se justifica por el hecho de que tales instituciones forman parte del Estado, reciben recursos de él y manejan dineros públicos, por lo cual, sin perjuicio de su autonomía, deben tener "*canales de articulación con el Estado y la sociedad*". Además, agrega la Corte que, "*como entes públicos, a las universidades se les exige el cumplimiento de la obligación de colaboración armónica consagrado en el artículo 113 de la C.P. para el cumplimiento de las funciones del Estado*".

363 *"[42] Ver sentencias C-1435 de 2000, M. P. Cristina Pardo Schlesinger y C-121 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández".*
364 Corte Constitucional, sentencia C-1019 del 28 de noviembre de 2012, expediente D-9138.
365 *"[20] C-547 de 1994".*

Dentro de dicho régimen especial, se prevé la participación de funcionarios públicos en algunos de sus órganos de dirección y administración, sin que esto implique la subordinación de tales entes a la Nación o a otras entidades públicas, ni su pertenencia a la Rama Ejecutiva o a cualquiera de las otras ramas del poder.

En efecto, vale la pena recordar que conforme al artículo 113 de la Constitución Política, además de los órganos que integran las ramas tradicionales del poder (la legislativa, la ejecutiva y la judicial), "*existen otros* (órganos)*, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado*", entre los cuales se encuentran las universidades estatales o "entes universitarios autónomos", tal como lo señala expresamente el artículo 40 de la Ley 489 de 1998[366]:

> *"Artículo 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes". (Resaltamos).*

Como se indicó, el régimen legal que regula la constitución y el funcionamiento de las universidades, y que desarrolla la autonomía universitaria, está contenido principalmente en la Ley 30 de 1992, aunque existen algunas disposiciones adicionales en otros cuerpos normativos, como las Leyes 115 de 1994, 344 de 1996, 647 de 2001[367] y 1740 de 2014[368], entre otras.

Dentro de esta normatividad, el título III de la Ley 30 contiene el "régimen especial de las universidades del Estado", dispuesto por el artículo 69 de la Constitución, razón por la cual, para determinar las normas a las cuales están sujetos los docentes de tales instituciones en materia de retiro forzoso, es necesario consultar, en primer lugar, lo previsto en dichas disposiciones y, en segundo término, las normas generales de la citada ley sobre las universidades.

A este respecto, los artículos 57, 61, 65, 75 y 80 ibídem, que forman parte del citado régimen especial para las universidades estatales, disponen, en lo pertinente:

> *"Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.*
>
> *Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independien-*

366 *"Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".*

367 *"Por la cual se modifica el inciso 3o. del artículo 57 de la Ley 30 de 1992".*

368 *"Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones".*

te y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

(Inciso modificado por el artículo 1º de la Ley 647 de 2001). *El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley.*

(…)

(…)

Artículo 61. Las disposiciones de la presente ley relativas a las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior, constituyen el estatuto básico u orgánico y las normas que deben aplicarse para su creación, reorganización y funcionamiento. A ellas deberán ajustarse el estatuto general y los reglamentos internos que debe expedir cada institución.

(…)

(…)

Artículo 65. Son funciones del Consejo Superior Universitario:

a) Definir las políticas académicas y administrativas y la planeación institucional.

b) Definir la organización académica, administrativa y financiera de la Institución.

(…)

d) Expedir o modificar los estatutos y reglamentos de la institución.

(…)

Artículo 75. El estatuto del profesor universitario expedido por el Consejo Superior Universitario, deberá contener, entre otros, los siguientes aspectos:

Régimen de vinculación, promoción, categorías, retiro y demás situaciones administrativas.

(…)". (Subrayas de la Sala).

Como se aprecia, ninguna de las disposiciones citadas establece directamente la edad de retiro forzoso de los docentes universitarios, y ni siquiera estatuyen que tales servidores públicos estén sujetos, por regla general, a esta causal de retiro.

Es necesario aclarar, en todo caso, que de acuerdo con el artículo 67 ibídem, "*los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales*". (Se resalta).

Con base en esta disposición, la Sala de Consulta y Servicio Civil concluyó, en el concepto Nº 2208 de 2014[369], que los rectores de las universidades públicas estaban sujetos a la edad de retiro forzoso (que en aquella época era de 65 años), conclusión que también se apoyó en la consideración de que tales funcionarios no son de carrera, como sí ocurre con los profesores universitarios.

Sin embargo, dejando de lado la situación particular de los rectores y de los miembros de los consejos superiores o directivos de las universidades públicas, es indudable que el régimen especial de tales instituciones no establece la edad como causal de retiro forzoso de sus docentes. Lo que sí prescribe es que, dentro de los estatutos y reglamentos que le compete expedir a cada consejo superior, debe dictarse un "*estatuto del profesor universitario*" en el cual se regulen, entre otros aspectos, la vinculación, la promoción, las categorías, el retiro y las demás situaciones administrativas de tales educadores oficiales.

Las conclusiones que se derivan de estas normas concuerdan con lo dispuesto en la misma Ley 30 sobre la autonomía universitaria y el régimen de las universidades en general. En efecto, los artículos 28 y 29 ibídem definen y delimitan la autonomía universitaria en los siguientes términos:

> *"Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.*
>
> *Artículo 29. La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente ley en los siguientes aspectos:*
>
> *a) Darse y modificar sus estatutos.*
>
> *b) Designar sus autoridades académicas y administrativas.*
>
> *(…)*

369 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto Nº 2208 del 5 de junio de 2014.

e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.

f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.

(…)". (Se resalta).

Como se observa, la ley que regula la creación y el funcionamiento de las universidades (públicas y privadas) no establece cuáles son las causales de retiro de los docentes y directivos docentes al servicio de las mismas, sino que, en desarrollo de la autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política, defiere este particular aspecto a las autoridades competentes de las propias instituciones universitarias, para que sean estas quienes lo regulen en su respectivos estatutos y reglamentos.

Resalta la Sala, en armonía con la jurisprudencia constitucional y la del Consejo de Estado, que la autonomía universitaria tiene un "núcleo esencial", tal como ocurre con otros derechos y garantías reconocidos constitucionalmente. En este caso, el "núcleo esencial" de la autonomía universitaria está conformado por aquellos aspectos que manifiestan su independencia o libertad de acción en el campo académico y que están relacionados directamente con las libertades de opinión, de cátedra, de investigación y hasta de religión, como la capacidad de definir sus programas, su pensum académico, su sistema y escala de calificaciones, el perfil de sus profesores y estudiantes etc.

Los asuntos administrativos y financieros constituyen lo que podría llamarse la "capa secundaria o periférica" de la autonomía universitaria, en tanto que no forman parte de los derechos que la Constitución busca garantizar directamente a las universidades públicas y privadas en los campos científico, artístico, intelectual y espiritual, pero que sí constituyen una especie de protección necesaria para el ejercicio real, efectivo y pacífico de la autonomía académica, propiamente dicha. En efecto, la independencia de las universidades para administrar sus propios recursos financieros, sus bienes, su presupuesto, su personal, sus compras y suministros etc., aunque no forman parte del núcleo esencial de la autonomía universitaria, persiguen precisamente proteger y garantizar dicho aspecto, como una suerte de escudo que protege a dichas instituciones de las injerencias innecesarias, indebidas o excesivas de otros órganos y poderes del Estado, y también de los particulares, en el manejo de sus propios asuntos administrativos y financieros. Estas injerencias, a la postre, podrían impedir o dificultar la realización de las metas y estrategias fijadas por las mismas universidades en el campo académico, o desviarlas hacia otros objetivos.

Por estas razones, los aspectos administrativos y financieros de la autonomía universitaria, aunque sean periféricos, no son menos importantes, y deben entenderse protegidos por las mismas normas constitucionales y legales que defienden el "núcleo esencial" de dicha autonomía, dejando a salvo, en todo caso, aquellos asuntos puntuales que la misma Carta Política o la ley, al hacer una ponderación de diferentes valores y principios constitucionales, han considerado necesario dejar por fuera de dicha protección, tal como ocurre con el régimen salarial y prestacional de los empleados de las universidades estatales o con la normatividad que les aplica en materia pensional, entre otros puntos.

Sin embargo, la Sala hace notar que entre los aspectos excluidos de forma expresa, no se encontraba, hasta la expedición de la Ley 1821 de 2016, el de la edad de retiro forzoso ni, en general, el de las causales de retiro, asunto cuya regulación fue asignada expresamente por la Ley 30 de 1992 a los consejos superiores universitarios, mediante los estatutos y reglamentos que les compete expedir.

Ahora bien, cabe preguntarse si, dado que las universidades públicas son órganos del Estado, como ya se explicó, y que sus empleados (incluidos los docentes) son servidores públicos, tales individuos estarían sujetos a las disposiciones de los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y del Decreto Reglamentario 1950 de 1970, entre otras normas, que impusieron, como causal de retiro forzoso, el hecho de que los empleados oficiales cumplan determinada edad (en ese momento 65 años).

De entrada, la Sala descarta que tales normas puedan aplicarse en forma directa a los docentes universitarios, pues, como se explicó en el concepto 2326 del año en curso, el objeto de los decretos citados fue el de regular "*la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público*" (artículo 1º del Decreto 2400 de 1968), y tal como se indicó previamente, las universidades estatales no forman parte de la Rama Ejecutiva, sino que constituyen, constitucional y legalmente, órganos autónomos del Estado, sujetos a un régimen especial.

Cabría preguntarse, en segundo lugar, si las disposiciones mencionadas deben aplicarse en todo caso a los docentes universitarios, por la remisión que hace la Ley 909 de 2004 (artículo 51), o por lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996.

En relación con el primer aspecto, es pertinente recordar que el artículo 55 de la Ley 909 ordenó que "*las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968*", entre otros, se apliquen "*a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3o. de la presente ley".* Por su parte, el artículo 3º de la citada ley menciona a los "*Entes Universitarios autónomos*".

De este silogismo podría concluirse, en principio, que a los docentes universitarios se les aplica lo previsto en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, pues las universidades públicas se encuentran entre las entidades que señala el artículo 3º de la Ley 909 de 2004 y, por lo tanto, los servidores públicos que laboran para las mismas (incluyendo los docentes), se regirían por las disposiciones de dicha ley, las cuales, a su vez, remiten a las "*normas de administración de personal*" contenidas en los decretos mencionados.

Sin embargo, a juicio de la Sala, un análisis más profundo no permite mantener esta conclusión preliminar.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que si bien las universidades públicas aparecen referidas en el artículo 3º de la Ley 909, no a todas las entidades, los órganos y los organismos citados en dicha norma se les aplica la señalada ley en el mismo grado y de la misma forma.

En efecto, a los servidores públicos de las entidades y organismos mencionados en el numeral 1º del artículo 3º, se les aplica la Ley 909 de 2004 "*en su integridad*", mientras que a los indicados en el numeral 2º, esto es, a "*los servidores públicos de las carreras especiales*", se les aplica la aludida ley "*con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige".* Entre estos últimos se encuentran los servidores de las universidades oficiales o entes universitarios autónomos.

Dado que el artículo 55 de la Ley 909, el cual remite a los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, forma parte integrante de dicha ley, tal disposición debe aplicarse en la misma forma ordenada por el artículo 3º ibídem, es decir: (i) integralmente, en relación con los servidores públicos enunciados en el numeral 1º, y (ii) supletoriamente, a los indicados en el numeral 2º, entre los cuales están los empleados de carrera de los entes universitarios autónomos.

Merece la pena señalar que este análisis coincide con el efectuado sobre este punto por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 7 de septiembre de 2015[370], en la cual se abstuvo de declarar la nulidad de la elección del rector de una universidad pública, que fue elegido cuando ya tenía más de 65 años de edad.

Por otra parte, concluir que los citados decretos se apliquen integralmente a los servidores de las universidades públicas, incluyendo el personal docente, supondría desconocer la autonomía universitaria, pues obviaría, por una parte, la necesaria consideración de que tales universidades no son dependencias ni entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva, sino órganos autónomos del Estado, de origen constitucional, y desconocería, por otra parte, el hecho de que la regulación de buena parte de los aspectos a los que se refieren los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, en el caso de las universidades públicas, fueron deferidos expresamente por el legislador a las propias universidades, para que estas los regulen en sus respectivos estatutos y reglamentos, que compete expedir a sus consejos superiores. Entre tales aspectos se encuentran los de la estabilidad o permanencia y el retiro de los docentes universitarios, como atrás se demostró.

Así, al interpretar en conjunto y de manera sistemática los artículos 3 y 55 de la Ley 909 de 2004, a la luz de lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Política y las normas pertinentes de la Ley 30 de 1992, no sería posible concluir que la regulación sobre el retiro forzoso de los empleados públicos, contenida en los Decretos 2400 y 3074 de 1968, y en sus decretos reglamentarios, fuera aplicable directa ni subsidiariamente a los empleados de las universidades estatales y, en particular, a sus docentes, sino solamente en la medida en que así lo hubieran establecido (directamente, por remisión o por integración) los estatutos y reglamentos de los respectivos entes universitarios autónomos.

Es necesario aclarar que, para la Sala, no puede afirmarse que las normas especiales que regulan las universidades públicas adolecieran de un vacío en este punto, por el simple hecho de que no establecieran como causal de retiro de los docentes universitarios el cumplimiento de cierta edad, pues, como ya se vio, tales disposiciones defieren expresamente

370 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 7 de septiembre de 2015. Expedientes 13001233300020140034 3-01, 201400341-01, 201400342-01 y 201400509-01.

la regulación de este aspecto a los estatutos y reglamentos que cada universidad estatal debe expedir en ejercicio de su autonomía y, especialmente, a lo que estas dispongan en el estatuto de los profesores universitarios o del personal docente.

En esa medida, para establecer si había o no un verdadero vacío en esta materia, que ameritara complementar las normas respectivas con las dispuestas de manera general para los empleados oficiales, habría que analizar los estatutos y reglamentos de cada universidad estatal.

Así, por ejemplo, podía suceder que el estatuto del personal docente de una universidad pública estableciera taxativamente las causales de retiro de sus profesores, sin incluir el hecho de que estos llegaran a determinada edad, o que, por el contrario, dispusieran que sus docentes debían retirarse al llegar a determinada edad, igual o distinta a la prevista para el resto de los servidores públicos. En estos casos, no podía decirse que existiera un vacío en dicha regulación interna, que debiera ser llenado con lo previsto en las normas generales sobre los empleados públicos, pues debía entenderse que el consejo superior de la respectiva universidad se había encargado de regular este asunto de diferentes formas: en un caso, para no fijar la edad como causal de retiro, y en el otro, para establecer determinada edad como motivo de retiro.

Pero también podía ocurrir que el hipotético estatuto que se toma como ejemplo dispusiera que las causales de retiro de los docentes fueran las mismas que se aplican para los empleados públicos, o las mismas que señalara la ley, o cualquier otra fórmula genérica similar, sin mencionar específicamente la causal de retiro por edad. También podía suceder que se refiriera específicamente a la causal de retiro forzoso por la edad, pero sin indicar en concreto cuál era la edad a la que debían retirarse sus profesores. En estos últimos ejemplos y en otros similares, había que concluir que, o bien existía una remisión expresa a las normas generales sobre los empleados oficiales, o bien se presentaba un vacío en la normatividad interna del ente universitario autónomo, razón por la cual había lugar a aplicar en ambos casos las disposiciones legales o con fuerza de ley que regulan de manera general el retiro forzoso por edad de los empleados oficiales, en atención a la observancia subsidiaria de tales disposiciones que ordena el artículo 55 de la Ley 909 de 2004.

Es importante mencionar que, con una orientación similar, inspirada en el principio de la autonomía universitaria, la Corte Constitucional, en la sentencia C-560 de 2000[371], declaró exequible condicionalmente el artículo 3º de la Ley 443 de 1998, que regulaba la carrera administrativa antes de la Ley 909 de 2004 y establecía que aquella normatividad se aplicaba, entre otros servidores públicos, "*al personal administrativo de las instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera*". A este respecto, la Corte declaró exequible la norma acusada, "*bajo el entendido de que en ella no quedan comprendidas las universidades estatales u oficiales organizadas como entes universitarios autónomos conforme a la Ley*". Para fundamentar esta posición, la Corte sostuvo, entre otras cosas, lo siguiente:

371 Corte Constitucional, sentencia C-560 del 17 de mayo de 2000, expediente D-2622.

"Así las cosas, en virtud de lo preceptuado por el artículo 69 de la Constitución Política ha de concluirse entonces que el artículo 3 de la Ley 443 de 1998, que define el campo de aplicación de las normas sobre la carrera administrativa a que dicha ley hace referencia, resulta inaplicable en relación con quienes prestan sus servicios a las universidades, pues sobre el particular se impone el respeto a la autonomía universitaria que garantiza la Constitución en los términos que establezca la ley al dictar las normas del "régimen especial para las universidades del Estado", conforme al inciso segundo del citado artículo 69 de la Carta". (Se resalta).

En la citada providencia se citan precedentes jurisprudenciales de la misma Corte Constitucional, en donde se afirma:

- *"En síntesis, el concepto de autonomía universitaria implica la consagración de una regla general que consiste en la libertad de acción de los centros educativos superiores, de tal modo que las restricciones son excepcionales y deben estar previstas en la ley, según lo establece con claridad el artículo citado"*[372].

- *"(…) La autonomía universitaria tiene por fin garantizar la libertad de cátedra y de investigación, y para ello es necesario que sean los mismos centros de educación superior los que decidan sobre lo relacionado con su personal, con el fin de evitar injerencias externas que podrían hacer mella en la libertad académica que debe prevalecer en las universidades. Este objetivo es valorado muy especialmente por la Constitución, la cual señala de manera precisa, en su artículo 69 que "[l]as universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos", norma que ha sido interpretada por esta Corporación en el sentido de afirmar que los centros universitarios 'pueden determinar cuáles [de sus cargos] son de libre nombramiento y remoción…'".* [373] (Subrayas de la Corte Constitucional).

Ahora bien, es necesario considerar, por otro lado, lo que dispone el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, para determinar: *(i)* si tal precepto establece una edad de retiro forzoso para los docentes universitarios; *(ii)* si dicha norma fue modificada por la Ley 1821 de 2016, y finalmente, *(iii)* según la interpretación que se le dé a esa disposición, la forma como esta debe aplicarse antes y después de la Ley 1821.

El artículo 19 de la Ley 344 estatuye:

"Artículo 19. Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones". (Resalta la Sala).

372 Sentencia T-492 de 1992.
373 Sentencia C-368 de 1999.

En relación con los antecedentes de esta disposición, vale la pena mencionar que la Ley 344 de 1996 se originó en un proyecto de ley presentado por el Gobierno nacional al Congreso de la República[374], que buscaba racionalizar el gasto público, atacando principalmente lo que el Gobierno de la época consideraba como "causas estructurales" del incremento en los gastos del Estado, entre las cuales mencionaba la distribución de las regalías, los gastos de personal y el incremento en los gastos de las universidades públicas.

El artículo 19 no hacía referencia originalmente a los docentes universitarios, ni contenía excepción alguna a la regla que allí se establecía, pues el proyecto de norma decía escuetamente:

> *"Artículo 19. El servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso".*

En la respectiva exposición de motivos no se encuentra explicación alguna sobre el sentido de dicho precepto o la finalidad específica que se buscaba con la misma, por lo cual puede inferirse que se trataba de una medida más de racionalización del gasto público, que teóricamente se lograría al aplazar durante algunos años el reconocimiento y pago de la pensión de aquellos servidores públicos que hubiesen cumplido los requisitos para disfrutar de esta prestación, pero no hubieran alcanzado aún la edad de retiro forzoso

Sin embargo, durante la discusión del proyecto de ley en la plenaria del Senado de la República, el Senador Ricardo Losada Márquez intervino para manifestar que dicha disposición, en el evento de ser aprobada, resultaría perjudicial para las universidades públicas, pues obligaría a que muchos docentes altamente calificados y en pleno uso de sus facultades físicas y mentales tuvieran que retirarse al cumplir los requisitos para pensionarse, o al llegar a la edad de retiro forzoso. Así lo explicó el Congresista[375]:

> *"(…) yo solamente por constancia… voy a dejar* (sic) *las implicaciones de este artículo 19 para las universidades oficiales, las universidades oficiales tienen unos profesores que han mandado a estudiar 3,5* (sic) *años al exterior con los fondos nacionales… les dan dos años sabáticos, y a los 55 años como pasa en diciembre 31 van a retirarse más de 100 profesores de la Universidad Nacional con 55 años de edad, cuando son los investigadores que podría tener el país, este artículo señor Ministro de Hacienda, le quiero decir para que haya una responsabilidad va a implicar que todo el esfuerzo de Colfuturo, todo el esfuerzo que hace Colciencias, se va a acabar totalmente porque esos profesores a la edad de 60 años, 55 años, por ese articulito se van, porque se van a quedar ganando solamente el 20%, esto va a acabar con la investigación en el país totalmente, y estos profesores que se retiran pues irán a otras instituciones a otras partes fuera del país. Miren señores Senadores: esto es supremamente grave, solo lo hemos visto los que hemos trabajado en estas instituciones oficiales, cómo después de que han* (sic) *formado y cuando comienza a producir un profesor tiene que irse, el premio nobel de economía de este año, profesor de la Universidad de Columbia que murió*

374 *Gaceta del Congreso* Nº 381 del 13 de septiembre de 1996.
375 *Gaceta del Congreso* Nº 615 del 20 de diciembre de 1996, páginas 18 y 19.

a los 82 años… tenía 44 años de estar trabajando en la Universidad de Columbia, los premio nobel tienen 70 y 80 años trabajando y en Colombia nos damos el lujo de retirar a nuestros mejores investigadores a los 60 y 55 años. (…)".

Con base en lo planteado por el senador, el Ministro de Hacienda presentó una proposición para excluir a los docentes universitarios de la obligación de retirarse del servicio tan pronto cumplieran los requisitos para pensionarse o la edad de retiro forzoso. Así se hizo constar en la misma gaceta del Congreso:

"Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el señor Ministro de Hacienda, doctor José Antonio Ocampo Gaviria:

Una proposición aquí, hablaba (sic) *con el Senador Lozada que diría: 'los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por 10 años adicionales". Entonces el artículo quedaría así: se agregaría la siguiente frase que diría: 'Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por 10 años adicionales'. Entonces el artículo quedaría así: 'sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho de disfrutar de su pensión de vejez o jubilación, podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por 10 años adicionales. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones". (Subrayamos).*

Sometida esta proposición a votación en la plenaria del Senado de la República, fue aprobada por dicha corporación, como consta en la respectiva gaceta.

A partir de dicho momento, el artículo 19 del proyecto de ley no sufrió variación sustancial alguna, hasta su aprobación definitiva por parte del Congreso y la sanción de la Ley 344 de 1996, por parte del Presidente de la República.

Es claro, entonces, que el tratamiento especial y más favorable que estableció el artículo 19 de la Ley 344 para los docentes de las universidad estatales buscaba principalmente beneficiar a dichas instituciones y, en general, a la educación pública superior, al permitirle a tales universidades contar, durante un mayor tiempo, con los importantes servicios de profesores, investigadores y demás docentes calificados y expertos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que como el artículo 19 mencionado se refiere a dos momentos diferentes: (i) cuando el servidor público adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o de jubilación, y (ii) cuando llegue a la edad de retiro forzoso, la proposición normativa que dice: "*Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más*", contenida en el mismo artículo, podría interpretarse, en principio, de dos maneras distintas: *a)* que el plazo de 10 años se cuenta desde que el docente universitario haya adquirido el derecho a su pensión de vejez o de jubilación, o *b)* que dicho período se cuenta desde que el educador haya alcanzado la edad de retiro forzoso.

La Sala, sin embargo, descarta la primera de las interpretaciones mencionadas, pues daría lugar a un efecto parcialmente inútil y generaría, además, un tratamiento discriminatorio por razón del género, tal como se explica a continuación:

En el año de 1996, cuando se expidió la Ley 344, la edad para adquirir el derecho a la pensión de jubilación en el régimen de prima media con prestación definida era de 55 años para las mujeres y de 60 para los nombres, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993[376]. Sin embargo, en el caso de los docentes universitarios que se beneficiaran con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100[377], la edad para adquirir la pensión podría ser diferente y, generalmente, más corta, según la normatividad que les fuera aplicable. Así, por ejemplo, para quienes se rigieran por la Ley 33 de 1985[378], la edad de pensión sería de 55 años, tanto para hombres como para mujeres[379].

En esa medida, si los diez (10) años a que se refiere el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 se contaran desde el momento en que el docente universitario adquiriera el derecho a la pensión, tales servidores podían trabajar hasta los 65 años de edad, si eran mujeres, o hasta los 70 años, si eran varones, suponiendo que se aplicaran los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, o hasta los 65 años de edad, tanto para hombres como para mujeres, si resultase aplicable el régimen de la Ley 33 de 1985.

Como la edad de retiro forzoso prevista de manera general en aquella época era de 65 años, esta interpretación produciría un resultado inútil, pues, exceptuando el caso de los docentes de género masculino que se rigieran por la Ley 100 (quienes podrían laborar hasta los 70 años), a los demás profesores universitarios no les mejoraría en nada su situación con respecto al retiro forzoso, pues tendrían que cesar en sus funciones a la misma edad que debían hacerlo, por regla general, el resto de servidores públicos.

Dado que, conforme al principio del efecto útil, las normas jurídicas deben interpretarse en el sentido en que produzcan alguna consecuencia útil o práctica, la interpretación que se viene planteando no resulta plausible.

Adicionalmente, en el caso de los docentes que deban sujetarse a los requisitos para pensionarse previstos en la Ley 100 de 1993, esta hermenéutica generaría un efecto discriminatorio en contra de las mujeres, pues mientras que los docentes universitarios hombres podrían seguir trabajando hasta los 70 años, las docentes de sexo femenino solamente podrían hacerlo hasta los 65 años. Si tal interpretación se aplicara hoy en día, los docentes varones podrían prestar sus servicios hasta los 72 años, mientras que las docentes mujeres podrían hacerlo hasta los 67. Este tratamiento discriminatorio resul-

376 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".*

377 *"Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014…*
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.
(…)". (Se resalta).

378 "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público".

379 Artículo 1º.

taría probablemente inconstitucional, por violar el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Carta), si se tiene en cuenta que, independientemente de las razones sociológicas y económicas que han justificado hasta ahora un tratamiento diferencial entre hombres y mujeres en el campo pensional, la edad de retiro forzoso establecida antes y después de la Ley 1821 de 2016 ha sido siempre igual para los servidores públicos de los dos géneros, lo que demuestra que el legislador no ha considerado necesario hacer distinción alguna entre hombres y mujeres en cuanto a su capacidad o aptitud para trabajar en el servicio público hasta determinada edad.

Asimismo, debe recordarse que los requisitos previstos en la ley para pensionarse en el régimen de prima media son dos: (i) una determinada edad y (ii) un determinado tiempo de servicios o número de semanas cotizadas. En esa medida puede ocurrir, como de hecho sucede, que una persona haya llegado a la edad exigida por la ley para pensionarse, pero no tenga todavía el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas que requiera para optar por la pensión, caso en el cual debe seguir laborando hasta cumplir el segundo requisito. Por lo tanto, el plazo de diez (10) años al que hacemos referencia se tendría que contar, en tal hipótesis, desde el momento en que la persona cumpla con la segunda exigencia para pensionarse, lo cual podría suceder varios años después de haber alcanzado la edad prevista en la Ley 100 de 1993, generando aún más incertidumbre y diferencias en relación con la edad máxima hasta la cual podrían laborar los docentes universitarios.

Por todas las razones anteriores, la Sala considera que la interpretación según la cual el plazo de diez (10) años mencionado en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, debe contarse desde el momento en que el docente reúna los requisitos para pensionarse, no puede ser acogida.

La única hermenéutica que resultaría viable, en consecuencia, sería la de considerar que el citado término se cuente desde el momento en que el docente universitario llegue a la edad de retiro forzoso que le sea legalmente exigible, cualquiera que sea esta en el caso concreto, tal como adelante se explicará.

Este entendimiento, además, coincide parcialmente con la interpretación que la Corte Constitucional le ha dado a dicha norma legal. En efecto, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 fue demandado, por considerar el actor, entre otro otros argumentos, que violaba el principio de igualdad, al discriminar a los otros educadores oficiales (no universitarios) y a los demás servidores públicos frente a los docentes de las universidades estatales, pues mientras que los primeros deben retirarse de sus cargos apenas cumplan la edad de retiro forzoso, los profesores universitarios pueden seguir laborando por diez (10) años más.

La Corte declaró exequible la norma demandada en la sentencia C-584 de 1997, porque consideró que esta obedece a varias finalidades constitucionalmente legítimas, tales como racionalizar el gasto público, redistribuir bienes y recursos escasos (el dinero del Estado y los cargos públicos), alcanzar la igualdad de oportunidades para acceder a las posiciones estatales etc., y porque no vulnera derechos adquiridos, ni desconoce los derechos al trabajo y a la seguridad social.

En relación con la alegada violación del derecho a la igualdad, por establecer un tratamiento preferencial para los docentes universitarios, la Corte Constitucional consideró que aun cuando podría haber otros grupos de servidores públicos que merecieran el mismo tratamiento que los docentes universitarios, esa corporación no podía determinar específicamente cuáles eran dichos grupos y si estaban exactamente en la misma situación de los profesores universitarios, todo lo cual es función del legislador, dentro del margen de configuración que le otorga la Constitución Política.

Por otro lado, la Corte manifestó, en la misma providencia, que la norma establece dos excepciones a la regla general que ella misma contiene: (i) La primera, relacionada con la posibilidad que la ley concedía a los docentes oficiales afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio (en los niveles preescolar, básica y media) para seguir laborando y recibiendo una asignación salarial, a pesar de haberse pensionado previamente y estar devengando dicha prestación. A esta salvedad se refiere el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 cuando dice: "*Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994…*", que contienen el régimen laboral y prestacional de dichos docentes oficiales. (ii) La segunda excepción es la que se consagra para los docentes universitarios, a quienes la norma les permite diferir su retiro, hasta por diez (10) años, luego de cumplir la edad de retiro forzoso. Sobre esta segunda situación, la Corte Constitucional manifestó:

> *"25. Resta estudiar si la extensión por diez años de la edad de retiro forzoso para los docentes universitarios, viola la Constitución.*
>
> *La disposición que se analiza, constituye una excepción a la regla general sobre edad de retiro forzoso, la que viene a adicionar otras previamente definidas por el legislador, como las contenidas en los artículos 29 y 31 del Decreto-Ley 2400 de 1968 y en el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973 (Presidente de la República; ministro del despacho; jefe de departamento administrativo; superintendente; viceministro; secretario general de ministerio; presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial y comercial del Estado; miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera; y, secretario privado de los funcionarios antes mencionados).*
>
> *La excepción que se estudia tiene directa relación con la racionalización del gasto, pues establece la posibilidad de que un grupo de trabajadores posponga, durante 10 años, el disfrute de su pensión de vejez o jubilación.*
>
> *(…)*
>
> *26. En el presente caso, el legislador consagra, a favor de un tipo de servidores vinculados al régimen de carrera administrativa, una prerrogativa que no se atribuye a la generalidad de los restantes servidores sometidos al mismo régimen, consistente en concederles la facultad de diferir, durante diez años, la edad de retiro forzoso.*
>
> *La excepción consagrada, tiene la finalidad de permitir que los docentes universitarios ejerzan sus funciones hasta los setenta y cinco años, si así lo consideran conveniente y si no han incurrido en ninguna causal de retiro. El objetivo no es otro que el de autorizar*

a los centros de educación superior y a las personas que han demostrado sus calidades docentes para que estas puedan permanecer en el servicio de la educación superior.

La Corte ya ha puesto de manifiesto la protección especial que la Constitución confiere a la educación superior. Al respecto, el artículo 68 de la C.P., señala que la enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. Adicionalmente, la Carta impone al legislador la obligación de garantizar la profesionalización y dignificación de la actividad docente. En estas condiciones, es claro el interés constitucional por mantener, en sus puestos de trabajo, a quienes han cumplido con las condiciones de idoneidad suficientes para poder servir a la mejor formación de los educandos. Así, advierte la Corporación que existe una razón constitucional, tan fuerte como la que ampara la definición de la edad de retiro forzoso, para establecer, a favor de los profesores universitarios, la excepción que se estudia, y que la misma es útil y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido". (Subraya la Sala).

La Sala coincide con la Corte en que el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 constituye una excepción al régimen general del retiro forzoso por edad de los servidores públicos, pero no en el sentido en que esa corporación lo señala, sino en uno distinto. A este respecto, la Sala no considera que dicha norma legal haya aumentado la edad de retiro forzoso para los docentes universitarios hasta los 75 años, pues ello supondría afirmar que tales educadores estaban sujetos previamente, y como regla general, al deber de retiro forzoso a los 65 años de edad, interpretación que la Sala no prohíja por las razones que han sido explicadas.

En efecto, debe tenerse en cuenta que como tal causal de retiro forzoso solamente puede ser establecida por el legislador (ordinario o extraordinario), la interpretación adoptada por la Corte Constitucional en la comentada sentencia implicaría, necesariamente, que en 1996 (época de expedición de la Ley 344) existiera una norma legal o con fuerza de ley que fijara una determinada edad como motivo de retiro obligatorio para los docentes universitarios o, al menos, para los empleados de las universidades estatales, en general.

Sin embargo, como se ha demostrado, tal disposición no existía, y la única norma que podría invocarse, en principio, sería la contenida en el artículo 31 del Decreto Ley 2400, modificado por el artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968. Pero la aplicación de tales preceptos a los empleados de las universidades estatales solamente pudo ser viable hasta la expedición de la Constitución de 1991, cuyo artículo 69 consagró el principio de la autonomía universitaria, y de la Ley 30 de 1992, que lo desarrolló, pues antes de ese momento, las universidades públicas no estaban reguladas como entes autónomos de carácter constitucional, sino como entidades descentralizadas (directas o indirectas) que formaban parte de la Rama Ejecutiva, generalmente bajo la forma de establecimientos públicos.

Después de expedida la Carta Política y, más adelante, la Ley 30, que otorgaron a las universidades estatales el carácter de "entes autónomos", no podía seguirse sosteniendo que los docentes universitarios y, en general, el personal de las universidades del Estado continuara rigiéndose por el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto Ley 3074 del mismo año, y las normas que los reglamentaron

(como el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973), pues tales disposiciones regían para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, por lo cual no podían aplicarse a los servidores de las universidades estatales, que no son entidades descentralizadas ni forman parte de la Rama Ejecutiva, así dichos servidores tengan el carácter de empleados públicos (de régimen especial).

De lo contrario, se llegaría a la paradoja de considerar que la aplicación de los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 a los docentes universitarios, en cuanto a la causal de retiro forzoso por la edad, después de expedida la Constitución de 1991 y la Ley 30 de 1992, sería exactamente igual a la que se realizaba antes de la Carta Política, cuando dichas instituciones no eran consideradas como "entes autónomos" ni se les reconocía constitucional y legalmente plena autonomía, sino que eran entidades descentralizadas (en su mayoría, establecimientos públicos) que formaban parte de la Rama Ejecutiva en el orden nacional o territorial.

Asimismo, la interpretación de la cual se aparta la Sala[380] llevaría a un segundo resultado paradójico, a saber: que a los docentes de las universidades estatales se les aplicaría lo normado en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, en punto al retiro forzoso por la edad, de la misma forma que a los profesores o docentes de las instituciones de educación preescolar, básica y media, a pesar de que dichos establecimientos educativos no están reconocidos constitucionalmente como entes autónomos, ni tienen una ley que defina y regule su autonomía, incluyendo la capacidad para darse sus propios estatutos y reglamentos, dentro de los cuales puedan definir lo atinente a las relaciones jurídicas con su personal docente y administrativo, entre otras materias, como sí ocurre con las universidades.

El hecho de que, por tal camino hermenéutico, se llegue a este resultado doblemente paradójico, permite demostrar fehacientemente lo equivocada de tal interpretación, en la medida en que desconocería completamente la autonomía y el régimen especial que la Constitución de 1991 reconoció para las universidades estatales, y que la Ley 30 de 1992 desarrolló.

A partir del entendimiento anterior, lo que hizo el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, a nuestro juicio, fue conceder a los docentes universitarios el derecho a seguir trabajando durante un plazo especial y suficientemente amplio (10 años), luego de incurrir en esta causal (cualquiera que fuera la edad a la que se produjera, según los estatutos y reglamentos de cada ente universitario).

380 Vale la pena recordar que, conforme a la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional, las sentencias dictadas por esa corporación en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad tienen efectos de cosa juzgada *erga omnes*, lo cual abarca tanto su parte resolutiva como las razones o motivaciones específicas con base en las cuales se toma la decisión (*ratio decidendi*). En particular, en el caso de las sentencias que declaran exequible una norma, la cosa juzgada se extiende a la decisión, incluyendo los condicionamientos que se hayan impuesto en la parte resolutiva (cuando se trate de una declaratoria de exequibilidad condicionada) y la *ratio decidendi*. Así lo ha explicado la Corte en varias sentencias, entre ellas la SU-091 del 25 de febrero de 2016 (expedientes T- 4.862.375, T-4.938.030, T-4.943.399 y T-4.954.392). En consecuencia, las demás consideraciones que haga la Corte Constitucional en la parte motiva (*obiter dicta*), incluyendo las interpretaciones que realice de las normas acusadas o de otras disposiciones, no hacen tránsito a cosa juzgada, siempre que la constitucionalidad del precepto declarado exequible no dependa justamente de dicha interpretación, es decir, que no se trate de la única interpretación con base en la cual haya encontrado la Corte que el precepto demandado se ajusta a la Carta.

Esta interpretación, como se observa, permite conciliar dos criterios hermenéuticos igualmente importantes y aplicables en esta materia: por una parte, el del efecto útil de las normas y, por la otra, el de la autonomía universitaria.

En efecto, si la Sala partiese de que los docentes universitarios no estaban sujetos, en absoluto, a la causal de retiro forzoso por la edad, lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 344 caería en el vacío y dicha norma legal sería, por lo tanto, completamente inocua.

No obstante, la Sala reconoce y acepta que los profesores universitarios han estado y están sujetos a dicha causal de retiro forzoso, solo que considera necesario precisar que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 30 de 1992, dicho motivo de retiro y la edad respectiva debían estar contenidos, directa o indirectamente, de manera expresa o por remisión, en los estatutos y reglamentos de cada universidad estatal, para que fueran eficaces.

Por esta vía, se respeta el efecto útil que está llamado a tener el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, al reconocerse el privilegio (justificado) que el legislador quiso otorgar a los docentes universitarios, de continuar laborando hasta por diez (10) años más, después de llegar a la edad de retiro forzoso, si así lo desean voluntariamente, y no se vulnera la autonomía universitaria, al respetarse también el derecho que tiene cada universidad estatal para regular las relaciones con su personal docente y administrativo, dentro del marco permitido por su régimen legal especial, incluyendo la posibilidad de fijar y reglamentar las causales de retiro forzoso para sus profesores.

Este entendimiento de la norma resulta determinante, como se verá, para establecer los efectos en el tiempo de la Ley 1821 de 2016, específicamente en relación con los docentes universitarios, ya que en el caso particular de estos servidores públicos podrían presentarse principalmente cuatro (4) situaciones diferentes, según lo que se ha explicado, <u>al momento de entrar a regir dicha ley</u>: *(i)* la de aquellos que no estuvieran sujetos a la obligación de retiro forzoso por la edad; *(ii)* la de los docentes que no habían cumplido aún la edad de retiro forzoso que les fuera exigible; *(iii)* la de aquellos que habían cumplido ya la edad de retiro forzoso, pero seguían laborando, por haberse acogido a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, sin que hubiese transcurrido todavía el plazo de diez (10) años previsto en dicha norma, y *(iv)* finalmente, la de los educadores que cumplieron la edad de retiro forzoso que les fuera aplicable y siguieron prestando sus servicios, incluso <u>después de transcurrido</u> el referido plazo de diez (10) años.

A la luz de lo explicado en el concepto 2326 de 2017, sobre la interpretación de los artículos 2º y 4º de la Ley 1821 de 2016 y los efectos de dicha normatividad en el tiempo, particularmente en cuanto a su irretroactividad, la Sala deduce las siguientes conclusiones para cada una de las circunstancias descritas:

(i) Para la de aquellos docentes universitarios que no estuvieran sujetos a la obligación de retiro forzoso por la edad, porque los estatutos y reglamentos de la universidad pública para la cual trabajaban no establecía esta causal de retiro, la Sala considera que su situación varió con la expedición de la Ley 1821 de 2016, pues, a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, quedarían sujetos a la edad de retiro forzoso prevista allí.

En efecto, tal como lo sostuvo la Sala en el referido concepto 2326, el Congreso de la República tuvo, con la citada ley, la intención de aumentar y unificar, en setenta (70) años, la edad de retiro forzoso para todos los servidores públicos y los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente, con excepción de los señalados expresamente en el artículo 1º ibídem, es decir, "*los funcionarios de elección popular…* (y) *los mencionados en el artículo 29 del Decreto ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto-Ley 3074 de 1968*", tal como fue corregida dicha norma por el artículo 1º del Decreto 321 de 2017.

La Sala destaca que, a diferencia de los Decretos 2400 y 3074 de 1968, que fijaron la causal de retiro forzoso por edad para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, la Ley 1821 de 2016 la estableció para todas las personas que ejerzan funciones públicas, dentro de las cuales se incluye, en primer lugar, a los servidores públicos.

Dado que los docentes universitarios son, a no dudarlo, servidores públicos, como previamente se explicó, es claro que tales empleados y las universidades para las cuales laboran quedaron cobijados por las disposiciones de la Ley 1821.

Tal conclusión, a juicio de la Sala, no resulta contraria a la Ley 30 de 1992 ni desconoce la autonomía universitaria.

En efecto, como ya se mencionó, la Ley 30 no reguló, en ningún sentido específico, el retiro de los profesores y los demás empleados de las universidades estatales por el hecho de llegar a cierta edad, sino que simplemente defirió a los consejos superiores de tales instituciones la regulación interna del retiro y de otras situaciones administrativas que pueden darse en relación con dichos servidores. Por lo tanto, no podría decirse que una determinada disposición de la Ley 30 de 1992 resulte contraria a lo dispuesto por la Ley 1821 de 1996, si bien es necesario aceptar que la aplicación de dicha ley a los empleados de las universidades estatales supone una limitación a la autonomía que tenían para regular este asunto, en la medida en que, al señalar las causales de retiro de tales profesores, deben incluir necesariamente la llegada de estos a los 70 años de edad.

En este punto, vale la pena reiterar que la autonomía universitaria no es absoluta, sino que está subordinada, en primer lugar, a la misma Constitución, que la consagra, y en segundo lugar, a la ley. Así, es claro que al establecer las causales y el procedimiento de retiro de sus docentes, las universidades estatales deben respetar los derechos fundamentales y los demás derechos de carácter constitucional de tales personas, como el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad, el derecho al debido proceso, el derecho a la seguridad social, el derecho al mínimo vital y los principios mínimos que deben hacer parte del "estatuto del trabajo", conforme a lo previsto en el artículo 53 de la Carta, es decir: "*igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la*

seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad".

Igualmente, deben respetar lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia, especialmente aquellos que se refieren a los derechos humanos y los convenios internacionales del trabajo, los cuales, no solamente forman parte de la legislación interna, sino que, además, conforman el denominado "bloque de constitucionalidad" y, en esa medida, complementan la Carta Política, tal como lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional[381].

Asimismo, las universidades públicas deben respetar lo dispuesto en las normas legales que las regulan, como las Leyes 30 de 1992, 115 de 1994, 344 de 1996 y 1740 de 2014, entre otras, así como en disposiciones generales que regulan el ejercicio de la función pública y la conducta de los servidores públicos, ejemplo de las cuales son las Leyes 190 de 1995 y 1474 de 2011 (denominadas comúnmente "Estatuto Anticorrupción"), la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 (sobre responsabilidad fiscal) y, más recientemente, la Ley 1821 de 2016.

En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-829 de 2002[382], en la cual declaró exequibles los artículos 75, literal d), y 79 de la Ley 30 de 1992, que permiten a las universidades públicas establecer en sus estatutos el "*régimen disciplinario*" de sus empleados docentes y administrativos, pero advirtió que estas disposiciones no le permiten a tales universidades sustraerse de la aplicación del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), al cual están sometidos todos sus empleados, sino solamente complementar las normas de dicha ley, en lo referente a los deberes, derechos y otras situaciones propias de la vida universitaria. Así lo explicó la Corte:

> *"4.5. En desarrollo de la autonomía universitaria, que emana de la Constitución y de acuerdo con la ley que la desarrolla, no resulta entonces extraño que por los mecanismos previstos en ésta se tenga competencia por las universidades para la expedición de estatutos que regulen la actividad de los docentes, la de los estudiantes y la del personal administrativo.*
>
> *4.6. No obstante, por tratarse de servidores públicos habrá de precisarse hasta que punto puede llegar esa autorregulación de las universidades al expedir los estatutos mencionados de carácter interno, como quiera que el Estado puede establecer normas de carácter disciplinario, aun de carácter general y único, caso en el cual se hace indispensable delimitar el campo de aplicación de éstas para que no quede vacía de contenido la autonomía universitaria. Es decir, ni el Código Disciplinario puede extenderse de tal manera que haga nugatoria esa autonomía de las universidades, ni ésta puede llegar a desconocer la sujeción a la legalidad, incluida dentro de este concepto tanto la ley que desarrolla el artículo 69 de la Carta como la que establece el Código Disciplinario Unico* (sic)*.*

381 Sentencias C-191 de 1998, C-400 de 1998 y C-401 de 2005, entre otras.
382 Corte Constitucional, sentencia C-829 del 8 de octubre de 2002, expediente D-4003.

4.7. Eso significa, entonces, que los elementos estructurales de las conductas que se consideren como faltas quedan reservados a la ley de carácter disciplinario. Pero, como ellas en últimas consisten en la violación de los deberes o de las prohibiciones, en el estatuto de los docentes en las universidades estatales, atendida la especificidad propia de la actividad académica y la función educativa o de investigación que por los docentes se cumple podrá cada universidad establecer deberes específicos sin que pueda afectarse, en ningún caso, ni la libertad de investigación ni la libre expresión de las ideas, ni la libertad de cátedra, por lo cual quedarán excluidas como de obligatorio cumplimiento órdenes que las menoscaben en algún grado". (Se resalta).

En esa medida, al ser la Ley 1821 de 2016 una normatividad general para los servidores públicos e, incluso, para los particulares que ejerzan permanentemente funciones públicas, la Sala considera que se aplica a los empleados de las universidades estatales, incluyendo el personal docente, lo cual implica una limitación, pero no una lesión a la autonomía universitaria, en la medida en que no afecta el núcleo esencial de dicha garantía constitucional ni perjudica la capacidad que se reconoce a tales instituciones para regular, en otros aspectos, los asuntos administrativos o financieros que resultan importantes para preservar y proteger esa garantía.

(ii) En relación con aquellos docentes universitarios que, estando sujetos a una edad de retiro forzoso, no la hubiesen alcanzado al momento de entrar en vigencia la Ley 1821 de 2016, la conclusión que obtiene la Sala es, en principio, la misma que se explicó en el concepto 2326 de 2016 respecto de los demás servidores públicos, es decir, que tales docentes, por virtud del efecto general inmediato de la Ley 1821, quedaron sometidos a la nueva edad de retiro forzoso prevista en esta ley (70 años).

En dicho caso, tales profesores tienen el derecho a trabajar por diez (10) años más, si así lo desean, es decir, hasta los ochenta (80) años de edad, a partir del momento en el que hayan cumplido o cumplan la nueva edad de retiro forzoso (70 años).

(iii) Con respecto a la situación de los docentes universitarios que ya hubiesen cumplido la edad de retiro forzoso, pero que hubieran decidido continuar prestando sus servicios durante diez (10) años más, con base en lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, la Sala observa que, de acuerdo con lo explicado en el concepto 2326 de 2017 sobre los efectos temporales de la Ley 1821, dichos profesores tienen el derecho de seguir laborando hasta cumplir el referido término de diez (10) años, contado a partir del momento en que cumplieron la edad de retiro forzoso, de acuerdo con lo previsto en los estatutos y reglamentos del ente universitario para el cual prestaran sus servicios, pero sin que puedan invocar que este período se cuente a partir del momento en que cumplan o hayan cumplido setenta (70) años de edad, ni a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016.

En efecto, dado que tal legislación no tiene efectos retroactivos, en virtud de su efecto general inmediato, no podría modificar la edad de retiro forzoso para aquellos docentes universitarios que ya la habían alcanzado y que, por tal razón, habían incurrido en esta causal de retiro. Por otro lado, como el término de diez (10) años previsto en el artículo 19 de la Ley 344 no puede ser interpretado, a juicio de la Sala, como modificatorio de la edad

de retiro forzoso exigible para los docentes universitarios, por las razones que atrás se explicó, sino como un plazo que se otorga a estos servidores para seguir trabajando, antes de retirarse efectivamente de sus cargos y cesar en sus funciones, no podría concluirse que los profesores universitarios que estén en la situación descrita no hayan cumplido todavía la edad de retiro forzoso y que, por lo tanto, queden cobijados automáticamente por la nueva edad de retiro señalada en la Ley 1821, para colegir de allí, finalmente, que tales servidores públicos tengan derecho a laborar hasta los ochenta (80) años de edad, es decir, 10 años más después de cumplir los setenta (70).

Así, para citar un ejemplo, si un docente universitario que estaba sujeto a la edad de retiro forzoso a los 65 años (porque así lo preveían los estatutos y reglamentos de la universidad pública para la cual laborase), llegó a dicha edad en el mes de diciembre de 2014, esto es, dos años antes de la expedición de la Ley 1821, dicho educador podría seguir trabajando en la respectiva institución (o en otra universidad pública) hasta el mes de diciembre del año 2024, es decir, hasta la edad de 75 años, pero no hasta el 2029, esto es, hasta cumplir 80 años de edad, ni tampoco hasta el 30 de diciembre del año 2026 (diez años después de la entrada en vigencia de la Ley 1821).

Vale la pena reiterar que la Ley 1821 de 2016 no desconoció ningún derecho adquirido de los servidores públicos que hubieran incurrido en la edad de retiro forzoso antes de su entrada en vigencia, como lo explicó la Sala en el concepto 2326 de 2017, en la medida en que tales empleados no tenían un derecho a trabajar al servicio del Estado indefinidamente ni hasta los 70 años de edad. En esa medida, tampoco podría desconocer la ley el derecho adquirido de los docentes universitarios que, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso en forma previa y haberse acogido a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, tenían y tienen la facultad de seguir laborando durante diez (10) años más, a partir del momento en que llegaron a dicha edad.

(iv) Finalmente, con respecto a los docentes universitarios que habían llegado a la edad de retiro forzoso que les fuera exigible antes de la Ley 1821 de 2016 y, adicionalmente, superaron ya el plazo adicional de diez (10) años previsto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, es evidente que no pueden seguir prestando sus servicios en universidades públicas, aunque de hecho lo estén haciendo, pues la Ley 1821 no es retroactiva y tampoco modificó en ningún sentido el término especial señalado por la Ley 344 de 1996.

En atención a las consideraciones anteriores,

III. La Sala responde:

1. *¿La edad de retiro forzoso establecida por la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los docentes y directivos docentes de educación preescolar, básica y media del sector público regulados por el régimen especial del Decreto Ley 2277 de 1979?*

La edad de retiro forzoso establecida por la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los docentes y directivos docentes de educación preescolar, básica y media del sector público, regulados por el Decreto Ley 2277 de 1979, que a la fecha de promulgación de dicha ley

(30 de diciembre de 2016), no hubiesen cumplido la edad de retiro forzoso prevista en el régimen anterior (65 años).

2. *¿La edad de retiro forzoso establecida por la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los docentes y directivos docentes de educación preescolar, básica y media del sector público regulados por el régimen especial del Decreto Ley 1278 de 2002?*

La edad de retiro forzoso establecida por la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los docentes y directivos docentes de educación preescolar, básica y media del sector público, regulados por el "Estatuto de Profesionalización Docente" (Decreto Ley 1278 de 2002), que a la fecha de promulgación de dicha ley (30 de diciembre de 2016), no hubiesen cumplido la edad de retiro forzoso prevista en el régimen anterior (65 años).

3. *¿Cuál es la norma aplicable a los docentes y directivos docentes, de cada uno de los dos regímenes especiales anotados en las preguntas anteriores, que cumplieron 65 años de edad antes del 30 de diciembre de 2016 (fecha de publicación de la Ley 1821 de 2016), pero continúan prestando el servicio a la fecha y no han sido retirados por los trámites que implica la expedición del correspondiente acto administrativo?*

Las normas aplicables para dichos docentes y directivos docentes son las mismas que regían al momento de expedirse la Ley 1821 de 2016, dado que tales servidores públicos incurrieron en la causal de retiro por la edad antes de entrar en vigencia la citada ley, así: *(i)* a los docentes y directivos docentes sujetos al Decreto Ley 2277 de 1979, se les aplica lo dispuesto en los artículos 31, 36, literal h), y 68, entre otros, de tal estatuto, y *(ii)* a los docentes y directivos docentes sujetos al Decreto Ley 1278 de 2002, se les aplica lo dispuesto en los artículos 37, literal c), 63, literal i), y 64 de dicho decreto, en concordancia con los artículos 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 122 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, con base en la remisión que ordena el artículo 55 de la Ley 909 de 2004, en armonía con el artículo 3º ibídem.

4. *¿Pueden los docentes y directivos docentes de educación preescolar, básica y media del sector público, tanto de uno como de otro régimen especial, ser retiradas* (sic) *del servicio después de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, por haber cumplido la edad de 65 años antes de esa norma?*

De acuerdo con lo explicado por la Sala en este documento y en el concepto 2326 de 2017, los docentes y directivos docentes oficiales de los niveles de educación preescolar, básica y media, de cualquiera de los dos regímenes especiales, que habían cumplido ya la edad de sesenta y cinco (65) años a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, deben ser retirados del servicio, si continuaran aún desempeñándose en el mismo.

5. *¿La edad de retiro forzoso establecida por la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los docentes universitarios?.*

Sí. La edad de retiro forzoso establecida en la Ley 1821 de 2016 es aplicable a los docentes universitarios oficiales, salvo en el caso de aquellos que hubieran cumplido la edad de

retiro forzoso que les fuera exigible, conforme a los estatutos y reglamentos de la universidad estatal para la cual laboren, antes de entrar en vigencia la Ley 1821.

En caso afirmativo:

- *¿Los docentes universitarios que se hayan acogido a la opción que les otorga el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 pueden laborar hasta completar los 10 años que señala esa norma?, o*

- *¿Pueden ser retirados del servicio por cumplir los setenta (70) años de edad que establece la Ley 1821 de 2016?*

Los docentes universitarios que hayan cumplido la edad de retiro forzoso que les resultara aplicable antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, de acuerdo con los estatutos y reglamentos de la universidad pública para la cual laboren, y se hayan acogido a la opción de seguir trabajando por diez (10) años más, conforme a lo previsto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, pueden seguir prestando sus servicios en tales universidades hasta completar el mencionado período de diez (10) años, pues la Ley 1821 no modificó la situación laboral de tales servidores públicos.

En consecuencia, si la referida edad fuese la de 65 años, tendrían derecho a continuar laborando hasta los 75 años, y no podrían ser retirados al cumplir 70 años de edad, invocando lo dispuesto por la Ley 1821 de 2016.

6. *¿Cómo interpretar y contabilizar a partir de la Ley 1821 de 2016 el término de* 'hasta por diez años más'*, que establece el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 para los docentes Universitarios?".*

La interpretación del aparte señalado del artículo 19 de la Ley 344 de 1996 no debe variar con la expedición de la Ley 1821 de 2016, pues esta última no derogó ni modificó la citada norma. Por lo tanto, debe entenderse que los diez (10) años a que se refiere el artículo 19 de la Ley 344 constituyen un plazo especial que se otorga a los docentes universitarios para que puedan seguir laborando, <u>después de alcanzar la edad de retiro forzoso</u> que les sea aplicable.

En consecuencia, el señalado plazo de 10 años se debe contar desde el momento en que el docente alcance la respectiva edad de retiro forzoso. Así, los profesores universitarios que hayan cumplido o cumplan la nueva edad de retiro (70 años) después de la promulgación de la Ley 1821 de 2016 (30 de diciembre de ese año), tienen derecho a seguir laborando hasta por diez años más (esto es, hasta los 80 años de edad), si así lo deciden voluntariamente.

Remítase a la Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Édgar Gonzalez López, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

3. Viabilidad expedición del certificado de disponibilidad presupuestal por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Radicado

Radicado 2343

Fecha: 12/12/2017
Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 19 de junio de 2018

El Ministerio de Transporte consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la procedencia o no de expedirse el certificado de disponibilidad presupuestal por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para el óptimo desarrollo del acuerdo laboral suscrito entre la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, Aerocivil y la Comisión Negociadora de las Organizaciones Sindicales (ASTACC, Sintraeronáutico, Acoldeca, ACDECTA, ASERPACI y ASINFAC).

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con el organismo consultante, el asunto que se somete a la Sala tiene los siguientes antecedentes:

1. El Decreto 260 de 2004 *"por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y se dictan otras disposiciones"* estableció que la Unidad Especial Administrativa Aeronáutica Civil, Aerocivil, es una entidad adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuya competencia está orientada a regular, administrar, controlar y vigilar el uso del espacio aéreo colombiano por la aviación civil y además coordinar las relaciones con la aviación estatal.

2. Que es pertinente hacer referencia al "Acuerdo laboral aplicable a los empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la vigencia 2016 -2017", suscrito el 31 de mayo de 2016, entre la Unidad Especial Administrativa Aeronáutica Civil, Aerocivil con la Comisión Negociadora de las Organizaciones Sindicales (ASTACC, Sintraeronáutico, ACOLDECA, ACDECTA, ASERPACI Y ASINFAC).

3. En el citado acuerdo, el Gobierno nacional por medio de la Aerocivil concertó:

   "I. Acuerdo sobre estabilidad laboral y rediseño organizacional (Capítulo 2 del pliego de solicitudes)

   (…)

   6. En todo caso, la implementación del Rediseño Institucional estará sujeta a los trámites pertinentes de aprobación en el Ministerio de Transporte, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Hacienda.

   (…)

8. Se creará un comité bipartito entre la Administración y el Intergremial. En el marco de este comité se revisará: (i) la propuesta de la Administración para la modificación de la planta de tránsito aéreo (…)

Conforme a las conclusiones de dicho Comité, la Administración en ejercicio de su facultad reglamentaria, expedirá los actos administrativos a los que haya lugar, una vez tenga la aprobación del DAFP y el Ministerio de Hacienda a más tardar en la vigencia 2017.

(…)

10. La Aerocivil se compromete a realizar la provisión de los cargos faltantes en la planta CTA, en los grados 30 y 31 a 30 de abril de 2016 y a finales de junio de 2016 los demás establecidos en el Decreto 2159 de 2014, provisión que estará sujeta a la adición presupuestal que se está tramitando ante el Ministerio de Hacienda (sic)".

(…)

II. Acuerdo sobre salarios y prestaciones (Capítulo 3 del pliego de solicitudes)

1. La Aerocivil reconocerá un porcentaje de Bonificación Aeronáutica equivalente al 75% del salario básico, el cual será cancelado en el mes de noviembre de 2016, una vez se haya expedido el decreto correspondiente. Este porcentaje es adicional al ya cancelado en el mes de enero y al que se cancelará en el mes de septiembre de 2016, equivalente al 75% del salario básico, para un total de 225% para la presente vigencia.

2. Para la vigencia 2017 y subsiguientes, la Bonificación Aeronáutica será de un 150% adicional al previsto en el Decreto 2158 de 2014, para una bonificación total de un 300% del salario básico, pagadera en forma proporcional en los meses de enero, marzo, mayo, septiembre y noviembre, equivalente al 60% para cada uno de estos meses (…)".

3. La prima de productividad prevista en el Decreto 2158 de 2014 se mantendrá en los términos y condiciones allí previstos y se continuará cancelando en los meses de febrero, abril, junio, agosto, octubre y diciembre.

4. La Aerocivil efectuará el reconocimiento del 100% del auxilio de viaje para las comisiones de capacitación, cuya implementación regirá a partir del año 2017" (Subraya la Sala).

4. Por otro lado, es necesario para el Ministerio de Transporte mencionar el "Acta Final de Acuerdo de la Negociación Colectiva Pliego de Solicitudes de las Organizaciones Sindicales de Empleados Públicos", suscrito el 11 de mayo de 2015 entre el Gobierno nacional y diferentes organizaciones sindicales, donde se consignó en uno de sus apartes:

"El Gobierno nacional continuará adelantando las gestiones que se requieran para dar cumplimiento a los acuerdos suscritos, entre otros, con los sindicatos del Instituto Nacional de Medicina Legal, DIAN, Aerocivil, ICBF y Sena, en materia de ampliación de plantas de personal y los acuerdos que se lleguen a suscribir sobre el tema con el INPEC"

5. Adicionalmente se resaltó la importancia que tienen los recursos presupuestales para dar cumplimiento al "Acuerdo Laboral Aplicable a los Empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la vigencia 2016-2017", razón por la cual citó el artículo 14 del Decreto 160 de 2014 *"Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos".*, norma que estableció el deber de la autoridad pública competente de expedir los actos administrativos necesarios para la materialización de dichos acuerdos colectivos. Esto, para señalar que en cuanto al acápite de "Salarios y Prestaciones" será necesaria la expedición de un decreto que incorpore el incremento en la Bonificación Aeronáutica, tal y como lo establece el susodicho acuerdo laboral. Conforme a lo anterior, textualmente se expresa que el acuerdo se somete a:

   "El proceso de ampliación de planta contará con la participación de máximo tres representantes de los sindicatos de cada organismo o entidad de la Rama Ejecutiva e iniciará el presente año, sujeto a las disponibilidades presupuestales con las que cuenten las entidades". (Se subraya).

   Más adelante en los puntos "Racionalización de la escala salarial" "Saturación y disfuncionalidad de empleos" y "Corregir distorsión en empleos de Nivel inferior con asignación básica mensual mayor a empleos de Nivel superior", el acuerdo logrado está sujeto a un estudio "técnico y financiero" para adoptar las medidas que "administrativamente correspondan, las cuales, en todo caso, tendrán en cuenta el Marco Fiscal de Mediano Plazo señalado en la Ley 819 de 2003…".

   Y en cuanto a la petición "derogatoria/suspensión del artículo 92 y otros de la Ley 617/00 sobre plantas de empleos", el acta textualmente manifiesta que hay **"Desacuerdo"**.

6. Posteriormente se expidió el Decreto 2119 de 2016, que modificó el Decreto 239 de 2016 "*Por el cual se establece la escala de asignación básica para los empleos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y se dictan otras disposiciones en materia salarial";* adicionando en un porcentaje equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) la bonificación que fue reconocida y cancelada en el mes de diciembre de 2016, conforme con lo establecido en el Acuerdo Colectivo suscrito por la Aerocivil.

7. No obstante, se indicó que el Decreto 2119 de 2016, no contempló el aumento salarial para la vigencia del año 2017 y subsiguientes, aun habiéndose hecho refe-

rencia a tales periodos en la memoria justificativa exigida para la expedición de la mencionada norma.

8. Que para la vigencia de 2017 se requiere la expedición de un nuevo decreto que permita dar efectivo cumplimiento a la segunda parte del acuerdo colectivo, suscrito con el denominado Intergremial Aeronáutico, apropiando los recursos necesarios para financiar la bonificación aeronáutica en un setenta y cinco por ciento (75%) y completar así el trescientos por ciento (300%) de la asignación básica salarial, de conformidad con la tabla ilustrativa que se reseña.

9. Alude el Ministerio que en criterio de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, los costos de la citada bonificación podrían financiarse a través de recursos apropiados en la Subcuenta Provisión Gastos Institucionales y/o Sectoriales contingentes, pues la misma posee recursos para asumir el compromiso adquirido, advirtiendo también la necesidad de incorporar en la Planta de Personal los cargos faltantes en la planta de Controladores de Tránsito Aéreo, en los grados 30 y 31 y demás establecidos en el Decreto 2159 de *2014 "Por el cual se modifica la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - Aerocivil, y se dictan otras disposiciones".* Esto, teniendo en cuenta las proyecciones de la Aerocivil, lo cual tendría un costo de $21.093.075.514 al año.

10. Posteriormente, para referirse al control de gastos de personal, cita textualmente el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 y afirma que el techo fiscal para la vigencia del 2017, está determinado por el cálculo del IPC del 2016 del valor del presupuesto de ese año, lo que significa un incremento en los Gastos de Personal durante el año de 2017 para la Aerocivil, por un total de $14.959.299.306.00

11. Bajo este planteamiento, el organismo consultante concluye que los compromisos adquiridos en el "Acuerdo Laboral Aplicable a los Empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la vigencia 2016-2017" ascienden a la suma de $ 26.493.075.514.00, previendo que se provean todos los cargos creados en el 2017, excediendo, entonces, el techo fiscal señalado por el artículo 92 de la Ley 617 del 2000.

12. Igualmente, se advierte que el pago de la Bonificación Aeronáutica expuesta en el citado Acuerdo Laboral asciende al valor de $5.400.000.000, por lo que acorde con la disposición indicada en el acápite precedente, conllevaría a la imposibilidad de ampliar las plantas de personal de las entidades públicas y, por ende, al incumplimiento de lo pactado.

13. Por último, se dejó consignado el marco legal para su desarrollo, invocando los artículos 38 y 39 de la Constitución Política; artículos 6, 7, 8 y 9 de la Ley 411 de 1997 *"Por medio de la cual se aprueba el "Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración* **pública***", adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de*

la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978"; y los artículos 14 y 15 del Decreto 160 de 2014.

14. De manera previa a resolver los anteriores interrogantes y por solicitud de la Sala de Consulta y Servicio Civil, se aportaron por parte de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, los siguientes documentos:

    - Antecedentes de la planta de personal de la Aerocivil, desde el año 2000 y sus modificaciones posteriores, resaltando que los cargos creados mediante Decreto 2159 de 2014, faltan por proveer algunos de ellos por falta de asignación presupuestal.

    - Se aclara que de los Acuerdos firmados con las Agremiaciones Sindicales, solo el correspondiente al período 2016-2017 se ha cumplido parcialmente con la Bonificación Aeronáutica, faltando un adicional del 75% ya que no se cuenta con el concepto previo del Ministerio de Hacienda por la restricción de la Ley 617 de 2.000.

    - Trámite realizado ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para lo cual se solicitó a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional, concepto previo para utilizar el faltante del rubro de provisión para gastos institucionales y/o sectoriales contingentes, en razón a que la partida presupuestal asignada a la Aeronáutica Civil resultaba insuficiente. El pronunciamiento por parte de dicha entidad, de fecha 3 de marzo del 2017, no fue favorable porque se consideró que superaba el techo presupuestal en virtud de lo ordenado en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

Con fundamento en lo anterior el Ministerio de Transporte eleva las siguientes:

PREGUNTAS:

1. *"En cuanto a la situación explicada en precedencia, considerando los compromisos adquiridos por el Gobierno nacional a través de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-Aerocivil, mediante la suscripción del Acuerdo Laboral Aplicable a los Empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la vigencia 2016-2017" con las organizaciones sindicales integrantes del denominado Intergremial Aeronáutico, es procedente que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorice la disponibilidad presupuestal necesaria para cumplir de manera integral con los compromisos derivados de dicho acuerdo?*

2. *De establecerse que el límite presupuestal señalado en el artículo 92 de la ley 617 de 2000, llegare a imposibilitar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorice la disponibilidad presupuestal señalada en precedencia, que alternativas legales tendría el Gobierno nacional para atender en su totalidad los compromisos pactados en el Acuerdo Laboral citado en el primer punto? ¿Qué implicaciones legales acarrea-*

ría el eventual incumplimiento de las condiciones pactadas con las organizaciones sindicales denominadas Intergremial Aeronáutico?

3. *En tratándose de la provisión de cargos faltantes en la planta de personal, contemplada en el punto 1. Acuerdo sobre Estabilidad Laboral y Rediseño Organizacional (Capítulo 2 del pliego de solicitudes) del citado "Acuerdo Laboral Aplicable a los Empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la vigencia 2016-2017", de qué manera se afectaría dicha provisión de cargos, bajo el entendido de encontrarse subordinada a la discutida autorización presupuestal invocada en el presente escrito".*

II. CONSIDERACIONES

A efectos de decidir la consulta formulada es pertinente abordar los siguientes temas, a saber: ***i)*** el servicio público de transporte aéreo y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, ***ii)*** el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, ***iii)*** la restricción presupuestal del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 y, ***iv)*** el establecimiento de las plantas de personal.

A. El servicio público de transporte aéreo y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

El servicio público de transporte aéreo es esencial para el desarrollo económico y social del país[383], pues permite la conectividad y el intercambio de bienes y servicios tanto nacional como internacionalmente[384]. Igualmente, es una fuente importante de empleo[385] y un instrumento fundamental para promover las relaciones, el entendimiento[386] y la integración entre los países[387].

Vale la pena destacar que el servicio de transporte aéreo es una actividad en constante crecimiento, que demanda un correlativo aumento en recursos humanos, tal como se ha indicado por la doctrina especializada:

> *"El Desarrollo de los Recursos Humanos es también un reto importante para nuestro sector, ya que las deficiencias actuales indican la necesidad de 160.000 nuevos pilotos, 360.000 personal de mantenimiento y 40.000 controladores de tráfico aéreo para el 2030"*[388].

383 Ikit Introductory text. International Civil Aviation Organization, p.1.

384 Kenneth Button, Air transportation services: both a traded commodity and a transactions cost in international trade. Journal of International Commerce, Economics and Policy Vol. 1, No. 1 (2010), p. 105. ". OCDE, Annex to the summary record of the 121st Meeting of the Competition Committee. 18-19 June, 2014, p. 2.

385 "Si la aviación fuera un país, su producto interno bruto (PDB) sería equivalente al del Reino Unido en 2.8 billones de dólares. De la misma manera, el número total de puestos de trabajo apoyados directa e indirectamente por la aviación equivaldría al tamaño de la población total del Reino Unido de aproximadamente 65 millones de personas". Fang Liu, Desafíos Actuales en el Transporte Aéreo Internacional, en La Aviación en Cifras. Edición 2017, p. 4.

386 "Considerando (…) Que el desarrollo futuro de la aviación civil internacional puede contribuir poderosamente a crear y a conservar la amistad y el entendimiento entre las naciones y los pueblos del mundo, mientras que su abuso puede convertirse en una amenaza a la seguridad general". Ley 12 de 1947, por la cual se aprueba la Convención sobre Aviación Civil Internacional, firmada en Chicago el 7 de diciembre de 1944.

387 Mauricio Olivera, Pilar Cabrera, Wendy Bermúdez y Adriana Hernández. El impacto del transporte aéreo en la economía colombiana y las políticas públicas. Cuadernos Fedesarrollo No. 34, 2011, p. 1.

388 Liu, ob. cit., p. 5.

Asimismo, en el documento "Explicación aumento pasajeros, operaciones aéreas y carga en el país", entregado a la Sala por la Aeronáutica Civil se señaló:

> *"En la actualidad, la industria aeronáutica ha tenido que afrontar un muy relevante crecimiento de las cifras de transporte aéreo de carga y de pasajeros así como el alto grado de complejidad de la regulación internacional derivada de la Organización Civil Internacional, se hace necesario disponer de los recursos suficientes para proveer los cargos de naturaleza estrictamente misional, necesarios para prestar un servicio acorde con la magnitud del tránsito aéreo, el comportamiento de las empresas objeto de regulación, así como del usuario, destinatario final del servicio.*
>
> *(…)*
>
> *En efecto, se ha pasado de transportar 8 millones de pasajeros en el año 1992, a más de 35 millones en el 2016, para un crecimiento del 305%. Ahora bien, si ese crecimiento se revisa con detalle, se observa que en los últimos 8 años el crecimiento ha sido de veinte millones de personas, una porción que representa más de la mitad del crecimiento total en todo el periodo (…).*
>
> *(…)*
>
> *Las cifras positivas de la industria aeronáutica, que miden tanto el éxito como la carga de trabajo de los funcionarios de la Entidad, no se agotan en el crecimiento de movilización de pasajeros, sino que son consecuentes con las correspondientes a las operaciones aéreas, que pasaron de 1,1, a 1,4 millones en el periodo que va desde el 2008 hasta el 2015, para un crecimiento aproximado del 30% (…).*
>
> *Lo mismo ocurre con la movilización de carga y correo, que aumentó de 498 a 796 millones de kg de 1992 a 2016, para una variación porcentual del 54%. Es de resaltar, además, que del total de la movilización de carga y correo en el año 2016, más del 76% la representa la movilización internacional (…).*
>
> *(…)*
>
> *En definitiva, estas estadísticas revelan que la industria aeronáutica crece a un ritmo vertiginoso, lo que significa un aumento correlativo de los servicios que la Aeronáutica civil debe prestar, y de las actividades que debe regular, vigilar y controlar".*

Ahora bien, el servicio público de transporte aéreo requiere como condición primordial para su funcionamiento que su prestación se realice dentro de un estricto marco de seguridad[389], característica justamente catalogada por el legislador como un principio fun-

389 "El transporte público es una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios, sujeto a una contraprestación económica y se regirá por los siguientes principios: (…) La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad". Ley 105 de 1993, artículo 3º.

damental y prioridad del Sector y del Sistema de Transporte. Así, el artículo 2º de la Ley 336[390] de 1996 establece:

> *"La seguridad, especialmente la relacionada con la protección de los usuarios, constituye prioridad esencial en la actividad del Sector y del Sistema de Transporte".*

Igualmente, la importancia de la seguridad en el servicio público de transporte aéreo se reconoce también en otras disposiciones. Así, el Reglamento Aeronáutico Colombiano 160 (RAC 160)[391] establece como uno de los principios de la seguridad de la aviación civil la prevalencia de la seguridad del transporte aéreo, los pasajeros, las aeronaves, la tripulación, el personal de tierra y el público en general:

> ***"160. Principios de la seguridad de la aviación civil***
>
> *(a) La seguridad de la aviación civil se desarrollará teniendo en cuenta los principios aplicables a la administración pública y en especial, los de eficiencia, modernización, seguridad y facilitación, preservando la observancia de la ley y el orden en la aviación civil.*
>
> *(b) La adopción y aplicación de medidas y procedimientos de seguridad de la aviación civil, debe asegurar la más alta prioridad en las decisiones relacionadas con la seguridad, igualmente:*
>
> *(1) Prevalecerá la seguridad, la regularidad y la eficiencia del transporte aéreo.*
>
> *(2) Se minimizará todo retardo innecesario a las aeronaves, tripulaciones, pasajeros y operaciones en la aplicación de procedimientos de seguridad y otros controles a cargo de autoridades en el aeropuerto, siempre que no se comprometa la eficacia de los mismos.*
>
> *(3) Se protegerá la seguridad de los pasajeros, aeronaves, la tripulación, el personal de tierra y el público en general en todos los asuntos relacionados con la salvaguardia de la aviación civil contra los actos de interferencia ilícita.*
>
> *(4) Se propenderá por una respuesta rápida a cualquier amenaza creciente a la seguridad.*
>
> *(5) Se protegerá apropiadamente la información de seguridad de la aviación.*
>
> *(6) Las normas, métodos y procedimientos se aplicarán a condiciones de operación "normales" y las medidas adicionales que sean necesarias, cuando se produce una intensificación del nivel de la amenaza.*

390 "Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Transporte".

391 RAC 160. Seguridad de aviación civil. "Adoptado mediante Resolución N° 03596 del 28 de Diciembre de 2015; Publicada en el *Diario Oficial* Número 49.810 del 09 de Marzo de 2016, renumerando la norma RAC 17 y se incorpora a los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) y modificado mediante Resolución N° 01085 del 21 de abril de 2017, publicada en el *Diario Oficial* Nº 50.218 del 28 de abril de 2017".

(7) Las medidas de seguridad que se apliquen serán proporcionales con la amenaza presentada".

Por su parte, el artículo 2.2.4.2.2 del Decreto 1078 de 2015 identifica como una de las necesidades esenciales para la actividad aérea, la seguridad de la navegación y el movimiento de las aeronaves en condiciones de seguridad y fiabilidad[392].

En línea con lo anterior, una operación aérea segura demanda un adecuado control del tráfico aéreo, tal como lo ha reconocido la doctrina especializada:

"El control del tráfico aéreo es una necesidad primordial para la seguridad de los vuelos en todo el mundo. En un espacio aéreo limitado por las aerovías vuelan cada vez más aviones, con lo que existe un peligro real de colisión que es necesario evitar.

(…)

Siendo evidente la necesidad de controlar el tráfico aéreo, es claro que el controlador aéreo ha sido y es la pieza clave que ha permitido el gran desarrollo de la aviación al contribuir de modo trascendental a la seguridad de pasajeros y mercancías"[393].

Vale la pena destacar que el control de tránsito aéreo es considerado una actividad de alto riesgo[394] y un servicio público esencial por el Comité de Libertad Sindical de la OIT[395].

Dentro de este marco, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, es *"una entidad especializada de carácter técnico adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Aerocivil), tendrá su sede principal en la ciudad de Bogotá D. C.",* según se establece en el artículo 1 del Decreto 260 de 2004.

La Aerocivil cumple un papel fundamental para el adecuado funcionamiento del servicio público de transporte aéreo, pues al ser la autoridad aeronáutica en todo el territorio nacional, tiene a su cargo la seguridad y operación del servicio. Así, la Aeronáutica Civil tiene como objetivo:

"[G]arantizar el desarrollo de la aviación civil y de la administración del espacio aéreo en condiciones de seguridad y eficiencia, en concordancia con las políticas,

392 *"Sistemas de telecomunicaciones y controles para las necesidades esenciales de la navegación aérea.* Corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (UAEAC) establecer los sistemas de telecomunicaciones y los controles requeridos para satisfacer las necesidades esenciales de la navegación aérea tales como: 1. Sistemas de seguridad para búsqueda y salvamento; 2. Estaciones de control aeroportuarias; 3. Seguridad de la vida humana en el espacio aéreo; 4. Seguridad de la navegación; 5. Movimiento de aeronaves en condiciones de seguridad y confiabilidad; 6. Radionavegación y ayudas a la radionavegación".

393 Antonio Creus Sole. Iniciación a la Aeronaútica. FUNIBER. Ediciones Díaz de Santos. 2010, p. 317.

394 Así se ha indicado: *"El Control de Tránsito Aéreo (CTA), en atención a sus especiales y particulares características, se encuentra clasificado y reconocido por el Estado colombiano como actividad de alto riesgo, concordante con las consideraciones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y otras organizaciones internacionales especializadas".* Circular técnica reglamentaria 001. Guía gestión y administración del control de tránsito aéreo. 10 de febrero de 2012.

395 "En lo que respecta al listado de servicios esenciales que figura en la decisión núm. 62 de 2006, el Comité recuerda que la policía y las fuerzas armadas, los servicios penitenciarios públicos o privados, el control del tráfico aéreo, el sector hospitalario, los servicios telefónicos, y los servicios de electricidad y de abastecimiento de agua pueden ser considerados como servicios esenciales [véase, Recopilación, op. cit., párrafo 585]". 349.º informe del Comité de Libertad Sindical. Marzo de 2008, p. 106.

planes y programas gubernamentales en materia económico-social y de relaciones internacionales"[396].

Consecuentemente, la referida entidad tiene competencia para: i) regular, certificar, vigilar y controlar a los proveedores de servicios de la aviación civil, el uso del espacio aéreo colombiano y la infraestructura dispuesta para el efecto, ii) prestar los servicios a la navegación aérea y operar las ayudas necesarias para que la navegación en el espacio aéreo del país se realice con seguridad y iii) coordinar con la aviación del Estado lo requerido para gestionar la seguridad operacional, la seguridad de la aviación civil y la soberanía nacional[397].

En desarrollo de lo anterior, el artículo 5º del Decreto 260 de 2004, modificado por el artículo 2º del Decreto 823 de 2017, le otorgó, entre otras funciones, las de:

"3. Dirigir, organizar y coordinar el desarrollo del transporte aéreo en Colombia.

4. Garantizar el cumplimiento del Convenio sobre Aviación Civil Internacional y sus anexos.

(…)

7. Vigilar el cumplimiento de las normas aeronáuticas.

8. Regular, vigilar y controlar la navegación aérea que se realice en el espacio aéreo a su cargo.

9. Intervenir y sancionar la violación de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia.

10. Adoptar las medidas necesarias para asegurar que los proveedores de servicio cumplan las normas relacionadas con la seguridad de los pasajeros, las tripulaciones, el personal en tierra y el público en general, en todos los asuntos relacionados con la salvaguarda contra actos de interferencia ilícita en la aviación civil.

11. Dirigir y mantener el Programa de Seguridad Operacional del Estado.

396 Decreto 260 de 2004, artículo 3º.

397 "La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Aerocivil), es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional y le compete regular, certificar, vigilar y controlar a los proveedores de servicios a la aviación civil, el uso del espacio aéreo colombiano y la infraestructura dispuesta para ello.
Le corresponde también, con carácter exclusivo, prestar los servicios a la navegación aérea y operar las ayudas requeridas para que la navegación en el espacio aéreo colombiano se efectúe con seguridad. Así mismo, tiene bajo su responsabilidad la operación, explotación y provisión de servicios aeroportuarios de los aeródromos a su cargo.
Igualmente, coordinará con la aviación del Estado lo necesario para gestionar la seguridad operacional, la seguridad de la aviación civil y la soberanía nacional.
Adelantará la investigación de accidentes, incidentes graves e incidentes en la aviación civil, siendo su objeto determinar las causas y factores que contribuyeron al suceso, para lo cual tendrá acceso irrestricto a los restos de las aeronaves, al lugar de los hechos y al material probatorio, y tendrá control absoluto sobre los mismos, para implementar las acciones correctivas que impidan su repetición y mitiguen los riesgos para el desarrollo seguro de la aviación civil". Decreto 2060 de 2004, artículo 2º, modificado por el artículo 1º del Decreto 823 de 2017.

12. Conducir técnicamente, con independencia y autonomía las investigaciones de accidentes, incidentes graves e incidentes de la aviación civil, emitir las recomendaciones y propender por la gestión de la seguridad operacional.

(…)

15. Dirigir, planificar, operar, mantener y proveer, en lo de su competencia, los servicios de navegación aérea.

(…)

26. Realizar todas las operaciones administrativas y comerciales para el cabal cumplimiento de su objetivo".

Como puede observarse, la seguridad operacional en materia aérea constituye uno de los procesos estratégicos de la Aerocivil[398], lo cual se ve igualmente reflejado en el artículo 160.305 del RAC 160 sobre seguridad civil, que dispone:

"(a) De conformidad con el artículo 2º del Decreto 260 de 2004, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (UAEAC) es la autoridad aeronáutica y como tal, también es la autoridad de seguridad de la aviación civil en la República de Colombia y le corresponde dictar las normas, inspeccionar, vigilar, investigar y sancionar al infractor de la norma aeronáutica, aeroportuaria y de seguridad de la aviación civil, sin perjuicio de las acciones policivas, penales y civiles a que haya lugar".

De forma adicional, la Aerocivil es la autoridad responsable del suministro de los servicios de tránsito aéreo de manera exclusiva en el espacio aéreo colombiano[399], los cuales tienen como objetivo:

"a) Prevenir colisiones entre aeronaves.

b) Prevenir colisiones entre aeronaves en el área de maniobras y entre esas y los obstáculos que haya en dicha área.

c) Acelerar y mantener ordenadamente el movimiento del Tránsito Aéreo.

d) Asesorar y proporcionar información útil para la marcha segura y eficaz de los vuelos.

398 "La Seguridad Operacional es uno de los procesos estratégicos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de Colombia, a través de su Secretaria de Sistemas Operacionales está comprometida a elaborar, implantar. mantener y mejorar constantemente procesos y procedimientos para asegurar que todos los servicios a la comunidad nacional e internacional, tales como aeródromos y servicios a la navegación aérea, tengan lugar en el marco de una asignación equilibrada de recursos de la entidad, dirigidos a alcanzar el nivel más elevado de eficacia de la seguridad operacional, esto con el apoyo de todos los funcionarios en cumplimiento permanente de la reglamentación vigente nacional e internacional". Política. Seguridad operacional SMS - SSO – UAEAC. Política y objetivos del sistema de gestión de seguridad operacional, p. 1.

399 "La UAEAC tiene el carácter de autoridad ATS competente y como tal, es la responsable del suministro de los Servicios de Tránsito Aéreo de manera exclusiva en su espacio aéreo soberano o aquel que le sea asignado a Colombia, por los acuerdos regionales de Navegación Aérea. Dicha autoridad es ejercida por el Secretario de Sistemas Operacionales, quien tiene como función el prestar los servicios de protección y apoyo al vuelo para la navegación en el Espacio Aéreo nacional o el que le sea delegado". Reglamento Aeronáutico Colombiano 6, artículo 6.2.2.1.

e) Notificar a los organismos pertinentes respecto a las aeronaves que necesitan ayuda de búsqueda y salvamento, y auxiliar a dichos organismos según sea necesario"[400].

En suma, teniendo en cuenta: i) que el servicio público de transporte aéreo es fundamental para la actividad social y económica del país, ii) es un servicio en continuo crecimiento que debe prestarse dentro de estrictas condiciones de seguridad, y iii) que corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil garantizar el desarrollo de la aviación civil y de la administración del espacio aéreo en condiciones de seguridad y eficiencia, es primordial que esta entidad cuente con los recursos de capital y humanos necesarios y suficientes para cumplir adecuadamente con su delicada tarea.

B. El derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos

En atención a la naturaleza jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil señalada en el capítulo anterior, es preciso indicar que los servidores públicos vinculados a esa entidad tienen la calidad de empleados públicos por expreso mandato del artículo 2 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, que dispone:

*"**Artículo 2.** Empleados públicos**.** 1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, son empleados públicos".*

Por tal razón, resulta necesario establecer el alcance del derecho a la negociación colectiva reconocido a tales empleados.

1. Marco constitucional y legal

En nuestro país el derecho a la negociación colectiva en el sector público goza de respaldo constitucional y legal. En efecto, el artículo 55 de la Constitución Política garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones establecidas en la ley, así como el deber del Estado de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Por su parte, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre "*la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública*", adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la OIT celebrada en Ginebra (Suiza) en 1978 y aprobado por Colombia mediante la Ley 411 de 1997, establece en el artículo 7 la necesidad de los Estados de *"adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones".* Igualmente, el Convenio 154 OIT sobre "*el*

400 Reglamento Aeronáutico Colombiano 6, artículo 6.2.3.

fomento de la negociación colectiva" adoptado en la 67 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 524 del 12 de agosto de 1999, dispone que es deber de los Estados miembros lograr el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva libre y voluntaria.

No puede pasarse por alto que los convenios internacionales emanados de la OIT que reconocen derechos laborales, hacen parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política.; así lo ha reconocido la Corte Constitucional en las sentencias T-568 de 1999, C-570 de 2000 y C-1234 de 2005.

A su vez, el Decreto 160 de 5 de febrero de 2014, reglamentario de Ley 411 de 1997, establece en el ordenamiento jurídico interno, los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos, según se explica a continuación.

2. Delimitación del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos. Evolución jurisprudencial. Diferencia con los trabajadores oficiales y particulares

El artículo 2 del Convenio 154 de la OIT[401], establece que la expresión *"negociación colectiva"* comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte y una organización o varias organizaciones de trabajadores, con el fin de: (i) fijar las condiciones de trabajo y empleo; (ii) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; (iii) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

La Corte Constitucional[402] ha precisado que "se trata de un procedimiento que concreta y fortalece el acuerdo de voluntades y es uno de los medios más importantes para fijar las bases fundamentales del trabajo"; por lo tanto, en criterio de la Sala, se trata de un derecho que materializa la "libertad y voluntad" de los sujetos de la relación laboral en torno a la regulación de las condiciones de esa relación.

Sobre el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, la Corte Constitucional en la sentencia C-377 de 1998, mediante la cual declaró la constitucionalidad de la Ley 411 de 1997 -aprobatoria del Convenio 151 de la OIT-, precisó que si bien los empleados públicos gozan del derecho de sindicalización y, por ende, les asiste el derecho a buscar las soluciones negociadas y concertadas sobre las condiciones de empleo, no tienen un derecho de negociación "pleno", toda vez que no es posible afectar la facultad que la Constitución les confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo y los salarios. En la citada sentencia la Corte sostuvo la necesidad de armonizar los conceptos de *"derecho de sindicalización"* y *"fijación unilateral de salarios y de condiciones de trabajo"*, así:

401 Sobre fomento de la negociación colectiva, aprobado por Colombia mediante Ley 524 de 1999.
402 Sentencia C-161 de 2000 que declaró exequible la Ley 524 de 1999.

"(...) la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional (…). Con esa misma restricción, es igualmente legítimo que se desarrollen instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades". (Subrayado fuera de texto).

De esta manera, para efectos del ejercicio del derecho de negociación colectiva, la Corte Constitucional distinguió a los empleados públicos de los trabajadores oficiales y particulares, señalando que los primeros gozan de este derecho de manera restringida, mientras que los segundos lo hacen de manera plena, pues si bien los empleados públicos tienen derecho a buscar y alcanzar soluciones concertadas en caso de conflicto, no se puede afectar en modo alguno la facultad que tienen las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo, lo que significa que los empleados públicos (aunque gozan del derecho a la sindicalización y a la negociación colectiva), en los procedimientos de negociación con la Administración Pública se encuentran limitados por la propia Constitución, situación que no ocurre con los trabajadores oficiales.

En la sentencia C-161 de 2000, por medio de la cual se declaró exequible la Ley 524 de 1999 que aprobó el Convenio 154 de la OIT sobre el fomento a la negociación colectiva, la Corte Constitucional reiteró que los empleados públicos, sin perjuicio de que gozan del derecho a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo, no tienen el derecho de negociación colectiva en forma plena, por lo que se encuentran sujetos a la fijación unilateral por parte del Estado del salario y de las condiciones generales del empleo. Aunado a lo anterior, indicó la Corte que el concepto de "negociación colectiva", tiene una enumeración más variada y amplia que el de "convención colectiva o el de pacto colectivo", en el sentido que la "negociación" abarca distintos instrumentos como la conciliación o el arbitraje, mientras la convención colectiva está circunscrita al ámbito del derecho colectivo del trabajo[403].

La mencionada distinción respecto del alcance del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos por una parte, y los trabajadores oficiales y particulares por la otra, se reiteró por la Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 2005. En esa ocasión se decidió la constitucionalidad del artículo 416 del C.S.T[404] bajo los Convenios 151 y 154 de la OIT[405] y se declaró **exequible** la expresión *"Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas*" en el entendido

403 "14. El artículo 6 permite la existencia de sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva puede concretarse en la conciliación o el arbitraje, siempre y cuando sea una participación voluntaria de las partes. En efecto, como se afirmó en precedencia, la negociación colectiva tiene un contenido claro en la convención y en el pacto colectivo, pero el Convenio 154 consagra una enumeración más variada y amplia del contenido de la negociación, como quiera que autoriza otros instrumentos de resultado de la negociación. Así pues, estas disposiciones también se ajustan plenamente al artículo 116 y, en especial, al artículo 53 de la Constitución, como quiera que es un principio mínimo del trabajo la facultad "para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles".

404 Se aclara que mediante la sentencia C-110 de 1994 la Corte Constitucional ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 416 del CST para señalar que la restricción para los sindicatos de empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas constituye una de las excepciones de ley a las que se refiere el artículo 55 de la Constitución, razón por la cual lo declaró exequible.

405 Dichos convenios introdujeron cambios sustanciales sobre los derechos de sindicalización y negociación colectiva de los empleados públicos que habilitaron a la Corte Constitucional para estudiar nuevamente la constitucionalidad del artículo 416 del CST.

que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, *"las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto".*

En el citado pronunciamiento la Corte Constitucional precisó que las figuras "pliego de peticiones" y "convenciones colectivas[406]" tienen un significado jurídico y procedimental especial en las relaciones colectivas de trabajo, y que la presentación del pliego de peticiones da inicio a un conflicto colectivo que puede terminarse con la firma de la convención colectiva de trabajo o llegar hasta el tribunal de arbitramento obligatorio para su solución, mediante el laudo arbitral, por lo cual tiene unas consecuencias jurídicas distintas; en cambio *"la expresión "negociación colectiva" de que tratan el Convenio 154 y el artículo 55 de la Carta tiene una connotación más amplia, es decir, no se reduce a pliegos de peticiones o convenciones colectivas, sino que abarca todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez";* bajo tal entendimiento, concluyó que la negociación colectiva consagrada en el Convenio 154 de la OIT, incorporado a la legislación colombiana por la Ley 524 de 1999 y el artículo 55 de la Constitución corresponden a un concepto más amplio que las figuras pliegos de peticiones y convención colectiva.

En ese orden, para interpretar armónicamente el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos previsto en el artículo 55 de la Carta, con la restricción consagrada en el 416 del CST para los sindicatos de empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, es necesario precisar que dicha restricción no anula el derecho a la negociación colectiva, sino que tan sólo la delimita en cuanto al empleo de tales instrumentos, "pliegos de peticiones y convenciones colectivas", como "especie" de los procedimientos de negociación que le compete al legislador establecer para garantizar el derecho a la negociación colectiva.

En tal contexto, el Gobierno nacional expidió inicialmente el Decreto 1092 de 24 de mayo de 2012[407] que estableció un procedimiento de negociación entre los representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades públicas, para fijar las condiciones de empleo y regular las relaciones entre las partes en asuntos susceptibles de concertación; en dicho decreto se establecieron también las condiciones (art. 5) y parámetros (art. 6) para la negociación, introduciendo la posibilidad de presentar un pliego de solicitudes con las limitaciones contenidas en el numeral 7 del artículo 3,

406 Artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo: "Definición. Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia".

407 "Por el cual se reglamentan los artículos 7 y 8 de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos".

respetando en todo caso, la competencia constitucional y legal del Congreso de la República y del Gobierno nacional y excluyendo asuntos que excedan el campo laboral.

Posteriormente y ante la necesidad de realizar precisiones en torno al procedimiento de negociación, "en especial en lo relacionado con las instancias competentes para discutir los pliegos de peticiones, la elección de los representantes de los sindicatos en las mesas de negociación y en los mecanismos de solución de controversias" se promulgó el **Decreto 160 de 2014**, que derogó el Decreto 1092 de 2012. El Decreto 160 es entonces la norma vigente que delimita el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, según se explica a continuación.

3. El Decreto Reglamentario 160 de 2014[408]: parámetros de la negociación colectiva de los empleados públicos

La Sala puede afirmar que actualmente los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva sobre sus condiciones de empleo con la Administración Pública, bajo los parámetros que se disponen en el Decreto 160 de 2014, a saber:

(i) Objeto: El citado decreto tiene por objeto regular el procedimiento para la negociación exclusivamente de las condiciones de empleo, entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos (art. 1)

(ii) Condiciones de empleo: Son los aspectos propios de la relación laboral de los empleados públicos (art. 4)

(iii) Reglas de aplicación del decreto:

- Respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas para la fijación de condiciones de empleo, con base en la Constitución Política y la ley (artículos 3, numeral 1, y 4);

- Respeto al presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal en la Ley, Ordenanza o Acuerdo para la suscripción de los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal: Debe tener en cuenta el marco de gasto de mediano plazo, la política macroeconómica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal (artículo 3, numeral 2), y

- Existencia de un sola mesa de negociación y un solo acuerdo colectivo por la entidad o autoridad pública (artículo 3, numeral 3)

(iv) Materias de negociación: Las condiciones de empleo y las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo (Artículo 5)

408 "Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos".

(v) Materias excluidas de negociación: Según el artículo 5, parágrafo 1, no son objeto de negociación las siguientes materias:

1) La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos.

2) Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado.

3) El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos.

4) La atribución disciplinaria de las autoridades públicas.

5) La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.

(vi) Reiteró la prohibición para las entidades públicas de negociar y concertar en **materia prestacional**, en consideración a que la única autoridad competente para el asunto es el Gobierno nacional[409] (Artículo 5, parágrafo 2), y en **materia salarial**, permitió la negociación y concertación, *"consultando las posibilidades fiscales y presupuestales de las entidades públicas"* (ibídem),

(vii) Se establece que en el ámbito general de negociación con los empleados públicos deben estar presentes representantes de los Ministerios del Trabajo y de Hacienda y Crédito Público, de los Departamentos Administrativos de Planeación Nacional y de la Función Pública, así como demás autoridades competentes en las materias objeto de negociación (Artículo 7 del Decreto 160 de 2014), lo cual implica la necesaria coordinación[410] entre las entidades involucradas en la negociación. En el ámbito particular o singular, la participación de tales instancias será facultativa.

Del anterior recuento, para la Sala es claro que el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos en los asuntos de orden salarial, se encuentra sujeto y así es reconocido en los Convenios de la OIT, a las limitaciones de orden fiscal y presupuestal de las entidades públicas, y en materia prestacional no podrá haber negociación, por tratarse de una competencia exclusiva del Gobierno nacional, en cabeza del Presidente de la República con sujeción a la ley, en tal sentido, ha de entenderse que la negociación no es plena, porque la decisión final en materia salarial y prestacional le corresponde adoptarla a las autoridades señaladas por la Constitución y la ley.

En estas condiciones, para la Sala es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la bús-

409 Con sujeción a la ley marco de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 literal e) C.P.

410 Según el artículo 6 de la Ley 489: *"**Artículo 6. Principio de coordinación**. En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.*
En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares (…)".

queda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias, no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo ni el principio presupuestal de *"previsión y provisión"*, por lo que los acuerdos a los que se llegue con los empleados públicos deben observar tales limitaciones, las cuales no sólo vinculan a las entidades públicas en su condición de empleadores sino a los mismos empleados públicos en virtud a los principios de supremacía constitucional (art. 4 CP) y legalidad (art. 6 y 121 CP).

Lo anterior sin perjuicio de reiterar que no son objeto de negociación materias tales como la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos, la carrera administrativa y el régimen disciplinario.

4. El "Acuerdo laboral aplicable a los empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la vigencia 2016 -2017" (en adelante, el "Acuerdo")

Observa la Sala que de conformidad con los documentos e informes puestos en su conocimiento, como se relató en los antecedentes de este concepto, el citado "Acuerdo" refiere a aspectos tales como "Estabilidad laboral y rediseño organizacional" y "Salarios y Prestaciones".

En relación con el primer aspecto, es claro que de conformidad con La Ley 411 de 1997, el Convenio de la OIT 151 y el Decreto Reglamentario 160 de 2014, la Aerocivil no tiene competencia para negociar la estructura orgánica e interna de la entidad. Tampoco lo relacionado con su planta de personal, toda vez que ello hace parte de *"La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria"*, aspecto que el parágrafo 1 del artículo 5 del Decreto 160 de 1994 expresamente excluye de negociación.

Llama la atención también que en la negociación y el acuerdo suscrito no se registra la participación de los Ministerios del Trabajo y de Hacienda y Crédito Público, de los Departamentos Administrativos de Planeación Nacional y de la Función Pública, autoridades competentes para la negociación en los aspectos prestacionales y de plantas de personal, tal como lo ordena el citado Decreto 160.

Ahora, en materia salarial, el "Acuerdo" reconoce la necesidad de obtener las aprobaciones de las autoridades competentes, la expedición de los actos administrativos que correspondan y se hace énfasis en la observancia de los trámites presupuestales que se exigen, en particular, la obtención de las disponibilidades que permitan cumplir con los puntos del "Acuerdo".

De esta manera es claro que los partícipes del "Acuerdo" conocen el marco legal que limita la "negociación colectiva" de los empleados públicos y en particular el Decreto 160 de 2014, explicado en precedencia, que en su artículo 14 dispone sobre el cumplimiento e implementación de los acuerdos colectivos, lo siguiente:

"Artículo 14. Cumplimiento e implementación del acuerdo colectivo. La autoridad pública competente, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la suscripción del acta final, y con base en ésta, expedirá los actos administrativos a que haya lugar, respetando las competencias constitucionales y legales.

Parágrafo. Para la suscripción del acuerdo colectivo de aplicación nacional, de manera obligatoria, los representantes del Gobierno en la mesa de negociación deberán consultar y obtener la autorización previa del Gobierno nacional". (Subraya la Sala).

La norma transcrita es concordante con lo expuesto en este capítulo en el sentido de que en la "negociación colectiva" con empleados públicos las partes conocen y aceptan de antemano la existencia de limitaciones de orden presupuestal a las que se sujeta la negociación, no solo desde el plano de las competencias constitucionales y legales que han sido descritas, sino bajo la observancia del *principio de previsión y provisión presupuestal.*

De esta manera, se reitera que ante la importancia de las funciones a cargo de la Aeronáutica Civil es fundamental que esta cuente con los recursos de capital y humanos necesarios y suficientes para cumplir su finalidad que compromete la seguridad y la prestación de un servicio público esencial, para lo cual debe cumplir o allanarse a cumplir de *buena fe*[411] el "Acuerdo" al que llegó con los empleados públicos a su servicio, lo que la obliga a realizar de manera diligente y célere, todas las gestiones tendientes al anotado cumplimiento.

Recuerda la Sala que como autoridad pública que cumple una función administrativa está sujeta a los principios constitucionales de la función administrativa (art. 209 CP), entre ellos el de *eficacia*, lo que la obliga, según la reiterada doctrina de la Sala[412], a no asumir una posición inactiva o pasiva en el ejercicio de sus funciones, situación que puede presentarse por múltiples factores tales como negligencia, congestión o, incluso, corrupción[413], de los cuales es posible identificar un incumplimiento de la función administrativa.

En atención a la plena correspondencia que existe entre el principio de eficacia y el cumplimiento de los acuerdos derivados de la "negociación colectiva" con empleados públicos la Sala deriva las siguientes consecuencias: ***(i)*** impone a la Administración la obligación de adelantar y brindar soluciones ciertas, oportunas, eficaces y proporcionales a los problemas que surgen en la relaciones laborales; ***(ii)*** impide que la Administración asuma una posición inactiva o estática frente a las necesidades públicas que buscan satisfacerse con la función administrativa, en particular cuando está involucrado un servicio público esencial, lo que en otras palabras significa que existe para esta una obliga-

411 El artículo 83 de la Constitución Política (C.P.) dispone que todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), entiende que en virtud del principio de buena fe, *"las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes"* (artículo 3, numeral 4).

412 Por todos puede consultarse el Concepto 2260 de 2015.

413 "La inactividad de la administración puede obedecer, por ejemplo, a la simple congestión o a la negligencia, caso en el cual habría un claro incumplimiento de la función pública, en desmedro del aseguramiento de las finalidades del Estado (…)
También puede presentarse el caso de la llamada captura de la entidad administrativa por intereses deseosos de evitar que la administración regule una determinada materia. En este evento, la parálisis de la entidad es el resultado de la influencia que sobre ella ejercen los eventuales destinatarios de su actividad, los cuales logran que ésta no desarrolle las funciones que la ley le ha encomendado.
Por último, algunas autoridades permanecen inactivas como resultado de la corrupción, que tiene múltiples orígenes y manifestaciones que no es del caso recordar". Ibídem.

ción de actuar de forma oficiosa, real y efectiva para prevenir las afectaciones del servicio, y ***(iii)*** constituye un fin que guía la observancia de los acuerdos alcanzados.

En la Audiencia celebrada el 5 de diciembre de 2017, la Sala tuvo conocimiento de documentos en los que constan acuerdos celebrados en el marco de la "Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT", en donde las partes "reafirman la necesidad de buscar conjuntamente los medios y procedimientos específicos con miras a la cancelación de la Bonificación Aeronáutica vigencia 2017 y años siguientes" (Acta del 9 de mayo de 2017) y se concede un término de 60 días calendario a la Aerocivil para gestionar el pago de dicha bonificación ante el "alto gobierno y la rama legislativa", así como el compromiso de "cumplimiento efectivo y de buena fe" de lo establecido en el acuerdo (acta del 1 de agosto de 2017), lo cual se enmarca dentro del principio de eficacia explicado por la Sala. Bajo este contexto, lo contrario, es decir no atender el acuerdo de buena fe y una actuación negligente por parte de la Administración que obstaculice su cumplimiento, compromete la responsabilidad administrativa e, incluso, disciplinaria de los servidores públicos competentes[414].

Así mismo, el artículo 7 del Decreto 160 de 2014 exige que en la negociación se observe el principio de coordinación, el cual se materializa con la presencia de delegados del Departamento Administrativo de Planeación Nacional y del Ministerio de Hacienda, situación sobre la cual no existe constancia en el "Acuerdo" celebrado y que constituiría una omisión imputable a los servidores públicos que lo negociaron.

Ahora, en la última acta mencionada, el "Sindicato" se reserva el derecho de "interponer una acción judicial con miras a defender los derechos de sus afiliados" en el evento en que vencido el término de 60 días calendario no se haya obtenido el pago de la bonificación aeronáutica. Sobre el particular, la Sala no tiene mayores comentarios, en la medida en que en un Estado social y constitucional de Derecho como el colombiano se garantiza la protección de los derechos de los trabajadores mediante la tutela judicial efectiva (art. 53, 228 y 229 CP), por lo que son los jueces competentes los llamados a dirimir, en última instancia, los conflictos que se presenten en las relaciones de trabajo.

Por supuesto que, según las consideraciones plasmadas en este concepto, lo ideal es que sobre los puntos de acuerdo alcanzados, las partes procedan a su cumplimiento, evitando así acudir a las instancias judiciales competentes.

---

414 Al respecto los artículos 34, 35 y 50 de la Ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único disponen, en lo pertinente: "**Artículo 34.** Deberes. Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente…"..
"**Artículo 35.** Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajadores"
"**Artículo 50.** Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.
La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código".

Finalmente, si luego de realizar todas las gestiones que le corresponden para obtener los recursos presupuestales que le permitan cumplir el "Acuerdo", la conclusión a la que se llega es que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 se constituye en un obstáculo legal para tal fin, recuerda la Sala que en relación con la petición de los empleados públicos de: *"derogatoria/suspensión del artículo 92 y otros de la Ley 617/00 sobre plantas de empleos"*, el acta analizada por la Sala manifiesta textualmente que hay ***"Desacuerdo"***, por lo que en los actuales momentos no podría predicarse un incumplimiento de la Administración sobre el particular, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan deducirse por la inobservancia del principio de coordinación al que se aludió anteriormente.

A continuación la Sala se ocupará de la restricción presupuestal prevista en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

C. La restricción presupuestal del artículo 92 de la Ley 617 de 2000

1. La norma bajo análisis

La Ley 617 del 6 de octubre de 2000, *"Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional",* dispone en el artículo 92 lo siguiente:

> ***"Artículo 92. Control a gastos de personal.*** *Durante los próximos cinco (5) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, el crecimiento anual de los gastos de personal de las Entidades Públicas Nacionales no podrá superar en promedio el noventa por ciento (90%) de la meta de inflación esperada para cada año, según las proyecciones del Banco de la República. A partir del sexto año, estos gastos no podrán crecer en términos reales".*

Al referirse a las entidades públicas nacionales, esta norma comprende a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, entidad con personería jurídica, cuya naturaleza determinada por el artículo 1º del Decreto 260 del 28 de enero de 2004, ya fue señalada en este concepto.

En varias ocasiones la Sala ha analizado el referido artículo 92 de la Ley 617 de 2000 y las implicaciones que conlleva su aplicación, en la medida en que restringe en forma drástica, el crecimiento de los gastos de personal de las entidades públicas nacionales, por lo que a ellos se remite, no sin antes agregar y reiterar en esta oportunidad, lo siguiente:

i) En cuanto a la extensión indefinida de la restricción prevista en el artículo 92 de la Ley 617

La Sala estima que puede afectar la cláusula del Estado social de derecho como categoría jurídica *orientada al futuro,* que le da sentido a la satisfacción de los intereses de las futuras generaciones, prevista en el artículo 366 de la Constitución

Política, según el cual, *"el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado"*, así como al mandato constitucional para la planificación[415].

En este sentido como lo dijo la Sala en el Concepto 2150 de 2013, siguiendo sobre el particular a Benda[416], la no decisión o inactividad de la Administración no es la solución; el Estado debe explorar alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto. Señala el autor alemán que la planificación se basa en *prognosis*, es decir, en la averiguación y valoración de las circunstancias que pueden tener importancia en la decisión. El cumplimiento de la tarea de integración que compete al Estado social, referido a la planificación, comporta el esfuerzo de buscar entre las alternativas posibles aquella que mejor pueda conducir a una compensación de los intereses y por ende al bien común; vale también para la relación de la población actual con las futuras generaciones, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta[417].

Así las cosas, el crecimiento del tráfico aéreo derivado del lógico aumento de la población colombiana entre 2000 y 2017, la inserción del país en la economía global, su creciente desarrollo económico, sumado a la evidente riqueza natural, diversidad ambiental y cultural de la Nación que involucra al turismo como elemento a explotar en un marco de posconflicto, se afectan por la restricción del citado artículo 92, lo que impediría el progreso de la actividad aeronáutica, en particular, aspecto que repercutiría en la economía nacional.

Por último vale la pena destacar, a juicio de la Sala, cómo la aplicación lineal de la restricción del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 resulta contraproducente en relación con el objeto jurídico presuntamente tutelado por la misma norma. Constreñir el crecimiento del transporte aéreo –sector al que le es imposible crecer si no cuenta con las condiciones técnicas y de seguridad obligadas por normas nacionales e internacionales-, atenta directamente contra la salud de las finanzas públicas a las que pretende beneficiar la norma restrictiva, absurdo que resulta evidente en atención a que se trata de una actividad superavitaria, vale decir que implica ingresos directos superiores a los egresos que comporta –amén de las externalidades positivas asociadas al mismo-.

ii) La necesaria y urgente modificación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000:

La Sala al examinar el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 en el Concepto No. 2341 del 6 de junio de 2017, sugirió una necesaria y pronta modificación de esa norma. Manifestó lo siguiente:

415 "El derecho no es impotente frente a las relaciones sociales, sino que puede influir en ellas y cambiarlas. Si la cláusula del Estado social no comprende únicamente la preocupación por los actuales ciudadanos, sino que también contempla a sus hijos y nietos en sus futuras condiciones de existencia, entonces es posible hablar de un mandato constitucional en pro de una política anticipadora…Se ha inferido así de la cláusula de Estado social una habilitación constitucional para la planificación". Benda, Op. Cit. Página 554.

416 BENDA, Ernesto. Manual de Derecho Constitucional, segunda edición. Editorial Marcial Pons, Barcelona. 2001. Páginas 553 y ss.

417 Op. Cit., página 557

"Esta norma tuvo su efecto en la racionalización del gasto público nacional, en la medida en que limitó el crecimiento de los gastos de personal de las entidades públicas nacionales, pero data del año 2000 y se observa que luego de 17 años de aplicación, amerita una modificación que esté acorde con la realidad actual de la Administración Pública del país, y permita que las entidades desarrollen nuevos planes y programas y asuman nuevas competencias y funciones, de manera que para cumplirlas a cabalidad, puedan crecer también en relación con sus gastos de personal.

Se trata, como quedó dicho, de una norma orgánica de presupuesto[418] y por consiguiente, tendría que ser modificada por una norma de igual rango legal, conforme lo establece el artículo 151 de la Constitución.

Precisamente, la Sala constata que en el pasado se han expedido normas legales que han modificado o suspendido en algunos aspectos el alcance del citado artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

Es así como, por ejemplo, la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014", es decir, el anterior al actual, estableció en el artículo 255 que durante los dos primeros años de vigencia de la ley, no se aplicaba la restricción presupuestal del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 a las entidades públicas nacionales. Dispuso esta norma lo siguiente:

> ***'Artículo 255. Restricción a los gastos de personal.*** *Durante los dos (2) años siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley[419] y para dar cumplimiento al presente Plan Nacional de Desarrollo, se exceptúan a (sic) las Entidades Públicas Nacionales de la aplicación de las restricciones previstas en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 en el crecimiento de los gastos de personal'.*

De igual manera, el artículo 367 de la Ley 1819 del 29 de diciembre de 2016, "Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones", estableció lo siguiente:

---

418 En el concepto en cita, la Sala sostuvo: "El artículo 92 es norma orgánica de presupuesto, de conformidad con el artículo 95 de la ley.
La Corte Constitucional, mediante el numeral Tercero de la parte resolutiva de la Sentencia C-540 del 22 de mayo de 2001, declaró exequibles las normas orgánicas comprendidas en la enumeración del artículo 95, *'por las razones expuestas en la parte motiva y exclusivamente por el cargo de violación de los requisitos constitucionales para la aprobación de leyes orgánicas'*.
Sostuvo la Corte que dentro de una ley puede haber normas ordinarias y normas orgánicas, siempre y cuando estas últimas hayan sido aprobadas por la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara, conforme lo exige el artículo 151 de la Constitución. Manifestó la Corte lo siguiente:

> 'Una ley puede contener normas orgánicas y normas ordinarias siempre que atienda cuatro condiciones esenciales: 1ª. El respeto al principio de unidad de materia; 2ª. Que se cumplan los principios constitucionales generales que regulan el proceso legislativo, 3ª. Que se aplique el criterio de especialidad en la reserva de ley orgánica y, por lo tanto, puedan coexistir temas de leyes orgánicas siempre y cuando exista conexidad razonable entre ellos y no se presente una separación rígida en los temas regulados, y 4ª. Que la aprobación de las materias de ley orgánica se haga en cumplimiento de los requisitos especiales consagrados en el artículo 151 de la Constitución Política.
> (…)
> Las leyes orgánicas, además de cumplir las normas generales sobre el proceso legislativo, deben reunir cuatro condiciones o requisitos especiales que las diferencian de la legislación ordinaria: el fin de la ley, su contenido o aspecto material, la votación mínima aprobatoria y propósito del legislador al tramitar y aprobar el respectivo proyecto´.
> En síntesis, el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 tiene el carácter de norma orgánica de presupuesto".

419 El artículo 276 dispuso que la Ley 1450 de 2011 entraba a regir a partir de la fecha de su publicación, la cual ocurrió el 16 de junio de 2011 (*Diario Oficial* No. 48.102).

> ***'Artículo 367.*** *La restricción en el crecimiento de los gastos de personal a que refiere el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 no le será aplicable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para el año 2017, para efectos de la modificación de la planta global de empleos'.*
>
> En consecuencia, la Sala considera necesario que se analice la modificación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, para adecuarla a situaciones excepcionales de la Administración Pública, con los controles y requisitos que el Gobierno nacional y el Congreso estimen pertinentes".

Cabe anotar que mediante la Ley 1865 del 30 de agosto de 2017, tramitada según el procedimiento legislativo especial para la paz (o *fast track*), se exceptuó a la Unidad Nacional de Protección de lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, por las vigencias fiscales de 2017 y 2018, y en la actualidad cursa en el Senado de la República el Proyecto de Ley Orgánica No. 169 de 2017 Senado, 026 de 2017 Cámara, "Por medio de la cual se exceptúa al Ministerio del Trabajo, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), al Congreso de la República – Cámara de Representantes y Senado de la República, a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (UAEAC) y al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS), de lo dispuesto *en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000"*[420]*. En el caso de la Aerocivil la excepción sería durante las vigencias fiscales de 2018 y 2019.*

Sin perjuicio de subrayar la evidente utilidad práctica de las precitadas iniciativas, la Sala reitera que la solución más conducente es la de modificar el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 para que no afecte el crecimiento normal y la misión funcional de entidades públicas que prestan servicios técnicos en plena evolución y desarrollo, como es el caso de la Aerocivil.

2. La interpretación de la Dirección General de Presupuesto Público Nacional (DGPPN) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En la actualidad DGPPN tiene un criterio de interpretación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, que la Sala no comparte, pues restringe el incremento de las plantas de personal más allá de lo previsto en la norma, de por sí difícil de aplicar en situaciones excepcionales y necesarias, como en el tema de la seguridad aérea. En efecto, la citada Dirección considera que la limitación del crecimiento anual de los gastos de personal se refiere únicamente a la entidad que solicita la viabilidad presupuestal.

Así se observa, por ejemplo, en el oficio con radicado No. 2-2017-006887 del 3 de marzo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Presupuesto Público Nacional, en respuesta a una solicitud de la Aerocivil de *"levantamiento de la leyenda previo concepto del rubro 3.6.3.26 'Provisión para Gastos Institucionales y/o Sectoriales Contingentes – Previo concepto DGPPN' por valor de $32.563,1 millones, con el propósito de realizar operaciones presupuestales que permita (sic) acreditar recursos en la vigencia a los rubros servicios personales asociados a la nómina y contribuciones inherentes a la nómina sector privado y*

420 Título conforme al texto propuesto para Primer Debate en el Senado. *Gaceta del Congreso* No. 1104, 28 de noviembre de 2017, página 16.

público", le expresa que *"teniendo en cuenta que a la fecha no se ha expedido decreto alguno que autorice incremento salarial para los funcionarios de esa Unidad Administrativa Especial y lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 (que cita), se abstiene de autorizar el levantamiento de leyenda solicitado"*, con lo cual se advierte que la aplicación de esta última norma se está haciendo con respecto de la entidad solicitante sin tener en consideración las otras entidades públicas que era la finalidad que perseguía la norma de controlar el crecimiento macro del sector público, no de una entidad en especial.

Frente al anterior contexto, la Sala planteará a continuación las alternativas que tiene la Aerocivil ante la restricción del artículo 92 de la Ley 617.

D. Alternativas legales frente a la restricción establecida por el artículo 92 de la Ley 617 de 2000

1. La doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la interpretación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, en el sentido de que se refiere al conjunto de entidades públicas nacionales, no a entidad por entidad

La consulta indaga acerca de las alternativas legales que existirían para solucionar el problema planteado a la Aeronáutica Civil, por la interpretación que hace la Dirección General de Presupuesto del mencionado artículo 92.

Al respecto, la Sala encuentra que una alternativa legal para la Aeronáutica Civil la constituye la doctrina de la Sala sobre la interpretación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, según la cual, esta disposición se refiere al conjunto de entidades públicas nacionales que no puede crecer en relación con los gastos de personal en términos reales, esto es, en varios puntos por encima de la inflación, y no a una entidad determinada, considerada en forma aislada de las demás, como lo está interpretando actualmente la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En consecuencia, resulta pertinente citar dos conceptos de la Sala sobre este tema.

a. El Concepto No. 2341 del 6 de junio de 2017

La Sala en el citado Concepto sostuvo lo siguiente:

> *"La Sala respeta la interpretación anterior (se refiere a la de la Dirección General de Presupuesto que considera entidad por entidad), pero disiente de ella, por cuanto considera que la norma del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 tiene otro alcance, el cual es el siguiente:*
>
> *1. La interpretación de la norma corresponde a que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 no se refiere a cada entidad, sino al promedio del crecimiento anual de los gastos de personal de las entidades públicas nacionales, ya que emplea la expresión "promedio", lo cual significa necesariamente que no se refiere a una entidad sino a todas. Se*

debe entender que al mencionar la expresión "entidades públicas nacionales", está aludiendo a todas las que hacen parte del Presupuesto General de la Nación[421].

2. Los gastos a que se refiere la norma, "deben interpretarse como apropiaciones presupuestales", conforme lo estableció el Concepto No. 1437 del 11 de abril de 2001 emitido por el Director General del Presupuesto Nacional. Se entiende que las apropiaciones "son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva", de conformidad con el artículo 89 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto. Por consiguiente, el cálculo para determinar los gastos de personal debe realizarse sobre las apropiaciones incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, como lo expresa el citado Concepto, y no sería entonces sobre la ejecución presupuestal.

Cabe anotar que dicho Concepto se encuentra vigente en la medida en que no ha sido modificado o derogado[422]*".*

b. El Concepto No. 2353 del 19 de septiembre de 2017

La Sala mediante el Concepto No. 2353 amplió su análisis sobre el tema, y por la pertinencia de dicho pronunciamiento se citará *in extenso*:

"Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la Ley 617 de 2000 contiene un paquete de medidas cuyo propósito primordial es el de racionalizar el gasto público, especialmente el de las entidades territoriales, debido a la amenaza que el crecimiento desbordado y desordenado de dicho gasto podría tener para la estabilidad financiera del Estado Colombiano.

En esa medida, el artículo 92 de la citada ley se enmarca claramente dentro de ese mismo propósito, al prohibir que los gastos de personal de las entidades públicas nacionales aumentaran, en promedio, por encima del noventa por ciento (90%) de la meta de inflación esperada, proyectada para cada año por el Banco de la República, durante los cinco (5) años siguientes a la promulgación de dicha ley, y que esos

421 Aunque se relaciona con los gastos generales, no los gastos de personal, existe un antecedente de rango constitucional, de que las medidas de restricción de gastos no se refieren a entidad por entidad sino al conjunto de entidades públicas del presupuesto general de la Nación, que es donde se aprecia el efecto de la medida de reducción en el gasto público nacional. Es el Parágrafo Transitorio del artículo 347 de la Constitución, incorporado por el Acto Legislativo No. 1 de 2001, el cual estableció lo siguiente:
"***Parágrafo transitorio. Adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2001.*** Durante los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 el monto total de las apropiaciones autorizadas por la ley anual de presupuesto para gastos generales, diferentes de los destinados al pago de pensiones, salud, gastos de defensa, servicios personales, al Sistema General de Participaciones y a otras transferencias que señale la ley, no podrá incrementarse de un año a otro, en un porcentaje superior al de la tasa de inflación causada para cada uno de ellos, más el uno punto cinco por ciento (1.5%).
La restricción al monto de las apropiaciones, no se aplicará a las necesarias para atender gastos decretados con las facultades de los Estados de Excepción".

422 El Director General del Presupuesto Público Nacional tiene la facultad de emitir conceptos jurídicos ante requerimiento o solicitud. En efecto, el Decreto 4712 del 15 de diciembre de 2008, *"Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público"*, en su artículo 28 prevé lo siguiente:
"***Artículo 28. Dirección General del Presupuesto Público Nacional. <Artículo modificado por el artículo 6 del Decreto 2384 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:>*** *Son funciones de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional las siguientes:*
(…)
22. Emitir los conceptos jurídicos que le sean requeridos y atender los asuntos legales relacionados con las funciones asignadas a la dependencia, en coordinación con la Oficina Asesora de Jurídica, cuando así se requiera.
(…)".
Cabe anotar que esta norma no fue incorporada al Decreto 1068 del 26 de mayo de 2015, *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público"*, porque no se trata de una norma reglamentaria sino de una referente a funciones.

mismos gastos crezcan "en términos reales" durante los años subsiguientes. Dado que ya transcurrieron los primeros cinco (5) años desde la entrada en vigencia de la Ley 617, el límite aplicable actualmente es este último, es decir, el porcentaje de inflación, como se explicará a continuación.

Dado lo anterior, la norma contiene una ecuación matemática, que consiste hoy en día en que los gastos de personal de las entidades públicas nacionales no pueden crecer, "en promedio", de un año a otro, en "términos reales". Dado lo anterior, los elementos estructurales de dicha fórmula son los siguientes: a. Los gastos de personal; b. las entidades públicas nacionales; c. el porcentaje de inflación, y d. el crecimiento "promedio" de tales gastos.

a. Los gastos de personal

Sobre este punto vale la pena recordar que, conforme al artículo 11 del Estatuto Orgánico del Presupuesto[423]*, el presupuesto general de la Nación se compone de tres partes principales: (i) el presupuesto de rentas, (ii) el presupuesto de gastos o "ley de apropiaciones" y (iii) las disposiciones generales. En punto al presupuesto de gastos, el literal b) de la misma norma preceptúa:*

"b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo… los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos". (Se subraya).

Vale la pena agregar que el artículo 41 del Decreto 2170 de 2016[424]*, define y clasifica cada una de las partidas de gastos que incluye la ley anual de presupuesto (en este caso, para la vigencia fiscal 2017).*

Dicha norma define los gastos de funcionamiento como aquellos "que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución Política y la Ley". Este tipo de gastos se clasifica, a su vez, en gastos de personal, gastos generales, transferencias corrientes, transferencias de capital y gastos de comercialización y producción.

En consecuencia, la expresión "gastos de personal" se refiere a una clase particular de gasto público, que excluye tanto los gastos de inversión como los otros tipos de gastos de funcionamiento (gastos generales, transferencias etc.). Por lo tanto, esas otras clases de gastos están por fuera de la limitación prevista en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, aunque pueden estar sometidas a otras restricciones constitucionales o legales.

423 Contenido en las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, principalmente, cuyas disposiciones se encuentran compiladas en el Decreto Ley 111 de 1996.

424 *"Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos".*

b. Las entidades públicas nacionales

El concepto de "entidades públicas nacionales" puede tener diferentes significados y alcances, de acuerdo con el fin para el cual se defina y el contexto dentro del cual se analice, como, por ejemplo, si se estudia desde el punto de vista constitucional, para establecer la organización general del Estado colombiano; o si se analiza desde el punto de vista legal, en relación con la estructura de la administración pública, o para efectos de la contratación estatal, o para los fines de la gestión y la responsabilidad fiscal, o en relación con los procedimientos administrativos y judiciales, a la luz del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, dado que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 es una norma orgánica del presupuesto general de la Nación, el concepto de "entidades públicas nacionales" debe entenderse, en primer lugar, a la luz de las otras disposiciones que conforman, en su conjunto, el Estatuto Orgánico del Presupuesto o, en términos más generales, la "ley orgánica de presupuesto", prevista en la Constitución Política.

En esa medida, es necesario rememorar que el artículo 3º del Estatuto Orgánico del Presupuesto delimita su ámbito de cobertura, en los siguientes términos:

"Artículo 3º. Cobertura del Estatuto. Consta de dos (2) niveles: un primer nivel que corresponde al Presupuesto General de la Nación, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional y el presupuesto nacional.

El presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las sociedades de economía mixta con régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga.

(…) (Ley 38/89, artículo 2º, Ley 179/94 artículo 1º)". (Destacamos).

Y el artículo 11 ibídem dispone, con mayor detalle:

"Artículo 11. El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:

a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.

b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos.

(…)". (Subrayas fuera de texto).

Así, entonces, con el fin de mantener la armonía y la coherencia que debe existir entre las normas orgánicas del presupuesto, la Sala entiende que la expresión "Entidades Públicas Nacionales", utilizada por el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, se refiere a las entidades, órganos y organismos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, esto es, las Ramas Legislativa y Judicial, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación (Ministerio Público), la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la organización electoral (que incluye la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral), y la Rama Ejecutiva en el orden nacional, incluyendo los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional.

Vale la pena resaltar que entre las secciones o "entidades" incorporadas en el Presupuesto General de la Nación y destinatarias, por lo tanto, de las leyes orgánicas de presupuesto, se encuentra la Rama Judicial y, de forma separada, la Fiscalía General de la Nación. A este respecto, es ilustrativo observar que, si bien la Fiscalía forma parte de la Rama Judicial, tal como se deduce del artículo 116 y del título VIII de la Constitución Política, y lo dispone expresamente el artículo 11 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el Estatuto Orgánico del Presupuesto quiso darle una entidad propia y separada, dada la autonomía administrativa y presupuestal que la Constitución Política le otorga (artículo 249).

Lo anterior demuestra que, para efectos presupuestales, las normas orgánicas pueden apartarse de la división clásica entre entidades públicas (del sector central y descentralizadas), organismos y órganos autónomos, que la Constitución Política y la ley han establecido para fines diversos, pudiendo, en consecuencia, darle el carácter de "sección" en el presupuesto general de la Nación a dependencias u organismos que formen parte de una rama o de un órgano del Estado y, por el contrario, concentrar en una misma "sección" entidades que jurídicamente sean distintas y separadas.

Ahora bien, el análisis anterior también permite concluir que en el concepto de "Entidades Públicas Nacionales" utilizado en el artículo 92 de la Ley 617 y, por lo tanto, en la limitación que dicha norma establece, no pueden entenderse incluidas entidades, órganos u organismos que estén por fuera del Presupuesto General de la Nación, como las entidades territoriales y sus descentralizadas, el Banco de la República, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta.

c. La expresión "en términos reales". El porcentaje de inflación

El artículo 92 de la Ley 617 de 2000 dispone, como se ha reiterado, que los gastos de las entidades mencionadas no pueden crecer "en términos reales", lo cual significa, "contrario sensu", que sí pueden aumentar en términos nominales, es decir, que las apropiaciones destinadas a cubrir tales gastos pueden mantener, apenas, su valor real o poder adquisitivo constante.

El concepto de valor real o poder adquisitivo constante significa que una suma de dinero sirva, durante cierto período de tiempo, para adquirir los mismos bienes o servicios, a pesar de la depreciación o envilecimiento de la moneda, como resultado del fenómeno económico de la inflación[425], que, en nuestro medio, calcula y certifica el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

Lo anterior significa que, según el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, los gastos de personal de las "Entidades Públicas Nacionales" no pueden crecer, "en promedio", de un año a otro, en un porcentaje superior al de la inflación causada en el primer año. Es decir, que si la tasa de inflación para 2017 fuera del 5%, para citar un ejemplo hipotético, los gastos de personal de las citadas entidades no podrían crecer, durante el año 2018, en un porcentaje superior al 5%.

d. El crecimiento "promedio" de los gastos de personal

El elemento que probablemente resulta más problemático y genera mayores dificultades hermenéuticas en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, es la expresión "en promedio" que utiliza dicha disposición, cuando establece que los gastos de personal de las referidas entidades públicas no podrán "superar en promedio el noventa por ciento (90%) de la meta de inflación" (hoy en día, la inflación causada).

Esto se debe a que dicho promedio no podría referirse, a juicio de la Sala, al índice o porcentaje de crecimiento de tales gastos, pues la tasa de inflación general es un porcentaje fijo o determinado certificado por el DANE, respecto del cual no es posible calcular un promedio, a menos que se tomaran los diferentes índices de inflación parciales que certifique el DANE (por estratos, para el sector rural, para el consumidor, para el productor, para el sector urbano etc.).

Por lo tanto, el término "en promedio", a juicio de la Sala, no se refiere al porcentaje máximo en el que pueden crecer los gastos de personal, el cual es fijo para cada año, sino al conjunto de las entidades públicas nacionales destinatarias de dicha norma; es decir, que el incremento en esa clase de gastos de todas las entidades mencionadas, en su conjunto o de manera global, no puede exceder de la tasa de inflación general certificada por el DANE para el año anterior.

425 Los economistas definen la inflación como el aumento persistente en el nivel general de precios de una economía.

En opinión de la Sala, este es el único entendimiento en el que la expresión "en promedio" resultaría lógica y eficaz, en el contexto de la norma que se analiza, pues permitiría entender que algunas entidades públicas nacionales tuvieran un incremento en sus gastos de personal por encima de la inflación, otras no tuviesen crecimiento alguno y otras tuvieran un decrecimiento, siempre que el aumento en los gastos de personal de ese universo de entidades no excediera, "en promedio", la tasa de inflación del año anterior; es decir, que no se genere un alza real en los gastos de personal de ese conjunto de entidades.

La hermenéutica anterior, además, armoniza plenamente con la finalidad perseguida por el artículo 92 y, en general, por la Ley 617 de 2000, pues dado que los recursos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se entiende que forman parte de una universalidad (principio de unidad de caja), el efecto fiscal y financiero del incremento en el gasto público no se produce, desde el punto macroeconómico, por el aumento en los gastos de personal de una u otra entidad pública, considerada aisladamente, sino por el aumento en los gastos de todas las entidades en su conjunto, es decir, de la sumatoria total de los gastos de personal incluidos en el presupuesto de gastos o "ley de apropiaciones", que forma parte del presupuesto general de la Nación.

En todo caso, ya sea que se tome el conjunto de las "Entidades Públicas Nacionales", como sería lo correcto, o cada una de ellas en forma separada, debe tenerse en cuenta que el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 establece, como se dijo antes, una ecuación aritmética que implica comparar los gastos de personal de un conjunto o universo de entidades, en un determinado año fiscal, con los gastos de personal de ese mismo grupo de entidades en el año fiscal siguiente. De lo contrario, no sería posible hacer la comparación, o el resultado de la misma resultaría equivocado, desde el punto de vista matemático". (Lo subrayado es textual).

En consecuencia, la principal alternativa para la Aeronáutica Civil ante la restricción del artículo 92 de la Ley 617 de 2000 la constituye la doctrina de la Sala sobre la interpretación de dicha norma, según la cual, esta disposición se refiere al conjunto de entidades públicas nacionales que no puede crecer en relación con los gastos de personal en términos reales, esto es, en varios puntos por encima de la inflación, y no a una entidad determinada, considerada en forma aislada de las demás, como lo está interpretando *actualmente* la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. La estructuración de un programa de inversión para el desarrollo de la labor misional de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con inclusión del aumento de la planta de personal requerida

Como se aprecia en la consulta, la competencia de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil está orientada a regular, administrar, vigilar y controlar el uso del espacio aéreo colombiano por la aviación civil y coordinar las relaciones con la aviación estatal.

La Sala observa que existe una serie de acciones que debería emprender la Aeronáutica Civil que constituyen en realidad, inversiones en la seguridad aérea y aeroportuaria en el país, de manera que la creación de los cargos faltantes en su planta de personal se podría considerar un componente de tales inversiones, en la medida en que estas requieren para su correcta ejecución, contar con el suficiente personal en materia de control del tráfico aéreo. Al plantearse de esta forma, no se presentaría la restricción que establece el artículo 92 de la Ley 617 de 2000.

Sería una aplicación del principio de programación integral que establece el artículo 17 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 17. Programación integral.*** *Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes.*
>
> ***Parágrafo.*** *El programa presupuestal incluye las obras complementarias que garanticen su cabal ejecución (L. 38/89, art. 13)".*

Por otra parte, el Decreto 2170 del 27 de diciembre de 2016, sobre la liquidación del presupuesto para la vigencia fiscal de 2017, en las disposiciones generales, define los gastos de inversión en los siguientes términos:

> ***"C. INVERSIÓN***
>
> *Son aquellas erogaciones susceptibles de causar réditos o de ser de algún modo económicamente productivas, o que tengan cuerpo de bienes de utilización perdurable, llamados también de capital por oposición a los de funcionamiento, que se hayan destinado por lo común a extinguirse con su empleo. Asimismo, aquellos gastos destinados a crear infraestructura social.*
>
> *La característica fundamental de este gasto debe ser que su asignación permita acrecentar la capacidad de producción y productividad en el campo de la estructura física, económica y social.*
>
> *Las inversiones que estén financiadas con recursos del crédito externo, para poder ejecutarse, deberán tener el recurso incorporado en el Presupuesto, tener aprobación de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional y someterse a los procedimientos de contratación administrativa".*

Cabe señalar que la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, *"Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017"*, establece la posibilidad para la Aeronáutica Civil de contratar el servicio de control de tránsito aéreo donde se requiera en el país, con cargo a los recursos de inversión. Dice así su artículo 38:

> ***"Artículo 38.*** *Con cargo a los recursos de inversión de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, y con el fin de ampliar la operación aérea del país, se podrá contratar el servicio de control de tránsito aéreo donde se requiera".*

Empero, dada la importancia, especialidad y carácter técnico del servicio de control del tráfico aéreo, que constituye la función misional por excelencia de la Aeronáutica Civil, es viable estructurar un proyecto de inversión con los requisitos legales que permita prestar ese servicio de la manera más segura y eficaz, y con la correlativa planta de personal debidamente capacitada.

En síntesis, la alternativa que se propone a consideración de la Aeronáutica Civil, sería la de establecer un programa de inversión en el próximo Plan Nacional de Desarrollo, en el cual se contemplara el conjunto de medidas necesarias para realizar a cabalidad la labor misional de la entidad y garantizar plenamente la seguridad aérea y aeroportuaria en el país, con la planta de personal que fuera necesaria para realizar dicho programa de inversión y en la cual se incluyera la creación de los cargos de Controladores de Tránsito Aéreo en los grados 30 y 31 y los demás establecidos en el Decreto 2159 de 2014, *"Por el cual se modifica la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Aerocivil), y se dictan otras disposiciones"* y cumplir de esta forma, el *"Acuerdo laboral aplicable a los empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la vigencia 2016-2017"*, suscrito el 31 de mayo de 2016 con la comisión negociadora de las organizaciones sindicales.

E. El establecimiento de plantas de personal y provisión de empleos

De cara a la provisión de cargos faltantes en la Unidad Administrativa Especial – Aeronáutica Civil (en adelante, UAE-AC), y la posible afectación que dicha medida pudiera enfrentar por cuenta de lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, es necesario analizar, de manera preliminar, el régimen constitucional y legal que regula lo concerniente a las plantas de personal y a la provisión de nuevos cargos en el sector público.

La Constitución Política en el artículo 189, asigna las funciones del Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, sin precisar cada una de ellas a que condición corresponde, por lo que es necesario identificar cuando obra en cada una de esas atribuciones.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-496 de 1998, señaló:

> *"De manera general, las funciones de Jefe de Estado son aquéllas que denotan de manera clara la voluntad de la Nación de conformar una unidad política propia, tales como las referidas a las relaciones internacionales. A su vez, las funciones que desempeña en su calidad de Jefe de Gobierno serían aquellas relacionadas con la fijación de políticas, de derroteros para la conducción del país, mientras que las cumplidas como Suprema Autoridad Administrativa son las dirigidas a mantener el funcionamiento normal de la administración pública"*[426].

426 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-496 de 1998. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Con fundamento en el anterior precedente, es claro que las funciones indicadas en el artículo 189 constitucional que guarden relación con la buena marcha de la administración pública son aquellas que ejerce el señor Presidente de la República en su condición de suprema Autoridad Administrativa.

El numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Política señala como función del Presidente de la República la de: "*Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales*". Del análisis de la anterior disposición surgen las siguientes conclusiones:

La competencia para determinar los cargos de las entidades públicas del orden nacional fue radicada de forma privativa en el Presidente de la República, de manera que ninguna otra autoridad puede ejercer dicha atribución.

Ahora bien, no obstante que esta facultad es privativa del señor Presidente de la República, ello en manera alguna significa que pueda ejercerla de forma discrecional. En efecto, la propia Carta Política sujeta su ejercicio a que se lleve a cabo "*conforme a la ley*", de donde se desprende que el Presidente solo podrá crear, fusionar o suprimir empleos observando la ley que se expida para tal efecto.

Por último, la Constitución Política fija una limitación para la creación, fusión o supresión de cargos según la cual el monto de las obligaciones dinerarias para tal fin no puede exceder el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones.

Así mismo, el artículo 122 de la Constitución Política, exige que todo empleo público remunerado debe estar contemplado en la respectiva planta de personal y previstos sus emolumentos en el presupuesto de la correspondiente entidad.

De otra parte, desde el punto de vista legal, la reforma a las plantas de personal en el nivel central fue desarrollada por la Ley 909 de 2004 "*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*", en cuyo artículo 46, modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012, se dispone:

> "***Artículo 46. Reformas de plantas de personal.*** *Las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.*
>
> *Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de las ramas ejecutivas del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública".*

La norma transcrita prevé unos requisitos para que pueda tener lugar la creación, supresión o la fusión de empleos públicos en el nivel central. Esos presupuestos se contraen, de una parte, a la existencia previa de unos estudios técnicos que respalden la medida, y de la otra, a la aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP). Sin embargo, las decisiones que se adopten en esta materia requieren a su vez del respaldo presupuestal necesario, o de lo contrario, por mandato constitucional, no podrán llevarse a cabo.

Existen entonces dos factores que resultan sensibles frente a la provisión de empleos en una planta de personal del orden nacional: el primero, que tiene que ver con la prohibición constitucional de introducir gastos que no tengan respaldo presupuestal, lo cual guarda estrecha relación con la prohibición de adquirir obligaciones por encima de las señaladas en la ley de apropiaciones, lo cual constituye un desarrollo del principio de legalidad del gasto público; y el segundo factor, que alude a la prohibición prevista en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, tal como ya fue analizado en precedencia por la Sala.

Frente al primer factor, es claro que la reforma a la planta de cargos cuya finalidad sea la creación de nuevos empleos en la misma, debe estar, cuando menos, prevista en la correspondiente apropiación o partida presupuestal, de manera que tales erogaciones o las modificaciones de orden presupuestal que se realicen se encuentren previstas en el presupuesto anual en el que vaya a tener lugar dicho gasto. De lo contrario, ello no puede llevarse a cabo.

El segundo factor, relativo a la ley de ajuste fiscal (617 de 2000), con la limitación que impone el artículo 92 de la misma, según el cual los gastos de personal no podrán crecer en términos reales, es decir, que no podrán superar la meta de inflación para cada año.

De otra parte, dentro de los instrumentos de ordenación del empleo público, el artículo 17 de la referida ley 909 de 2004, dispuso:

> ***"Artículo 17. Planes y plantas de empleos.***
>
> *1. Todas las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance:*
>
> *a) Cálculo de los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender a las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias;*
>
> *b) Identificación de las formas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal para el período anual, considerando las medidas de ingreso, ascenso, capacitación y formación;*
>
> *c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto asignado.*

2. Todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto. El Departamento Administrativo de la Función Pública podrá solicitar la información que requiera al respecto para la formulación de las políticas sobre la administración del recurso humano".

De acuerdo con la norma transcrita, es imperativo para todas las entidades mantener actualizadas sus plantas de personal, observando no solo lo relativo al recurso humano, sino la forma como se financiara el mismo, de acuerdo al presupuesto asignado para la entidad, debiendo tener en cuenta las medidas de racionalización del gasto.

Así las cosas, el Gobierno nacional debe determinar y clarificar, cuando menos, estos aspectos:

- El monto total de recursos que se necesitarían para dar cumplimiento a los términos del acuerdo laboral alcanzado entre la UAEAC y los sindicatos de dicha entidad respecto de lo que constituyen gastos de personal, qué vigencias se comprometerían para los mismos, y si existe la disponibilidad para tal fin.

- La diferencia porcentual que dicho gasto de personal supone respecto de los realizados en la vigencia anterior por parte de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

- El valor total de las modificaciones de gastos de personal de todas las entidades del orden nacional frente a la vigencia 2016. Lo anterior, con el fin de determinar si, con arreglo a la interpretación que la Sala ha realizado del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, la adopción del Acuerdo alcanzado con los sindicatos supone la ruptura del límite al que se refiere tal disposición.

- El rubro presupuestado de gastos de personal, tanto en la ley de apropiaciones para las vigencias 2017 y 2018, así como lo previsto en el decreto de liquidación del presupuesto nacional.

No obstante, no puede perderse de vista que en lo que concierne a la provisión de cargos faltantes en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, conforme al Acuerdo Laboral suscrito, se evidencia que los mismos ya habían sido creados mediante el Decreto 2159 de 2014 *"Por el cual se modifica la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Aerocivil), y se dictan otras disposiciones"* lo que presupone que para la expedición del mismo el Gobierno nacional debió asegurar la financiación de tales empleos mediante la asignación del rubro correspondiente en el presupuesto vigente al momento de su creación.

Además, tal como se pactó en el numeral 10 del punto 1º del Acuerdo Laboral suscrito y que es objeto de la presente consulta, la provisión de cargos faltantes en la planta quedó

condicionada a la adición presupuestal que se estaba tramitando ante el Ministerio de Hacienda.

Por tanto, la provisión de cargos en la planta de personal quedará sujeta a que se cumpla con las limitaciones de crecimiento anual para gastos de personal que establece el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, siendo preciso advertir que deberá interpretarse esta norma en los términos en que quedó planteado en precedencia.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala responde:

1 *"En cuanto a la situación explicada en precedencia, considerando los compromisos adquiridos por el Gobierno nacional a través de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil- Aerocivil, mediante la suscripción del Acuerdo Laboral Aplicable a los Empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la vigencia 2016-2017" con las organizaciones sindicales integrantes del denominado Intergremial Aeronáutico, es procedente que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorice la disponibilidad presupuestal necesaria para cumplir de manera integral con los compromisos derivados de dicho acuerdo?"*

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar la disponibilidad presupuestal, siempre y cuando en la suscripción del Acuerdo se haya respetado el principio de provisión presupuestal o respeto al presupuesto público, según lo dispuesto en el Decreto 160 de 2014, así como las demás normas presupuestales que resulten aplicables y que aparecen reseñadas en este Concepto.

2. *"De establecerse que el límite presupuestal señalado en el artículo 92 de la ley 617 de 2000, llegare a imposibilitar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorice la disponibilidad presupuestal señalada en precedencia, que alternativas legales tendría el Gobierno nacional para atender en su totalidad los compromisos pactados en el Acuerdo Laboral citado en el primer punto? ¿Qué implicaciones legales acarrearía el eventual incumplimiento de las condiciones pactadas con las organizaciones sindicales denominadas Intergremial Aeronáutica?"*

Mientras no se materialice la necesaria y urgente modificación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, el Gobierno nacional debe respetar la prohibición prevista en dicha norma.

En consecuencia, para atender los compromisos derivados del Acuerdo Laboral pueden considerarse las siguientes alternativas:

i) La interpretación del artículo 92 de la Ley 617 de 2000, en el sentido de que esta disposición se refiere al conjunto de entidades públicas nacionales que no puede crecer en relación con los gastos de personal en términos reales, esto es, por encima de la inflación, y no a una entidad determinada, considerada en forma aislada de las demás.

ii) Dada la importancia, especialidad y carácter técnico del servicio de control del tráfico aéreo, que constituye la función misional por excelencia de la Aeronáutica Civil, es viable estructurar un proyecto de inversión con los requisitos legales que permita prestar ese servicio de la manera más segura y eficaz, y con la correlativa planta de personal debidamente capacitada.

El Gobierno nacional debe cumplir de buena fe y bajo los principios constitucionales de la función administrativa, en particular el de eficacia, el acuerdo alcanzado *con las organizaciones sindicales denominadas INTERGREMIAL AERONÁUTICA*, lo que implica no asumir una posición inactiva o pasiva en el ejercicio de sus funciones, so pena de comprometer la responsabilidad administrativa y disciplinaria de los servidores públicos competentes.

3. "En tratándose de la provisión de cargos faltantes en la planta de personal, contemplada en el punto 1. Acuerdo sobre Estabilidad Laboral y Rediseño Organizacional (Capítulo 2 del pliego de solicitudes) del citado "Acuerdo Laboral Aplicable a los Empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil para la vigencia 2016-2017", de qué manera se afectaría dicha provisión de cargos, bajo el entendido de encontrarse subordinada a la discutida autorización presupuestal invocada en el presente escrito".

Solo es posible proveer los cargos faltantes en la planta de personal, cuando se garantice la disponibilidad presupuestal respecto de los mismos.

Para atender los compromisos de provisión de cargos derivados del Acuerdo Laboral, la Sala sugiere a las autoridades competentes considerar las alternativas planteadas en la respuesta a la pregunta número 2.

Remítase al Ministerio de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Édgar Gonzalez Lopez, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

4. Adquisición de un seguro de vida colectivo para los servidores públicos del Ministerio de Transporte y sus familias, a través del programa de bienestar social. ¿Es procedente jurídicamente? Cobertura del riesgo de muerte por el Sistema de Seguridad Social Integral. Principio de legalidad del gasto. Programas de bienestar social de las entidades públicas. Procedencia de la adquisición por parte del Ministerio, de un seguro de vida colectivo destinado a cubrir a los empleados públicos y sus familias, a través del programa de bienestar social del Ministerio, y rubro presupuestal al que resulta imputable.

Radicado 2344

Fecha: 27/11/2017
Consejero Ponente: *Édgar González López*
Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 20181300072481 del 1 de marzo de 2018

El Ministro de Transporte formula a la Sala una consulta referente a determinar si es o no procedente la adquisición por parte del Ministerio, de un seguro de vida colectivo destinado a cubrir a los empleados públicos y sus familias, a través del programa de bienestar social del Ministerio, y si el pago de la prima correspondiente se podría efectuar con cargo al rubro presupuestal de gastos de funcionamiento.

I. ANTECEDENTES

El Ministro de Transporte presenta los siguientes antecedentes fácticos y legales de la consulta:

1. El Ministerio de Transporte contrató, con cargo al rubro presupuestal de *"Seguros"* y en calidad de tomador, una póliza de seguro denominada *"Seguro de Vida de Grupo – Plan Vida Clásico No Contributivo"*, el cual cubría los riesgos de muerte, incapacidad total y permanente y enfermedades catastróficas.

   Esta póliza se venía renovando periódicamente y estuvo vigente hasta el día 13 de enero de 2012 cuando se decidió no renovarla en razón a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, la cual derogó todos los seguros de vida impuestos a favor de los trabajadores y a cargo de los empleadores, salvo que hubiera una norma expresa que consagrara tal seguro como un beneficio adicional, como sucede con los alcaldes, los concejales y los ediles, entre otros funcionarios públicos.

2. El consultante señala:

   "Así las cosas y dado que no existe norma que la faculte para efectuar en calidad de tomador la erogación que representa la renovación de la póliza sin vulneración de las normas que contemplan el sistema salarial y prestacional, esta Cartera Ministerial inició el estudio de la viabilidad jurídica de continuar con dicho beneficio a través del Plan de Bienestar y/o Sistema de Estímulos consagrado en los artículos 70

y 71 del Decreto 1227 de 2005[427] *por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004*[428]*"* (Subraya la Sala).

3. En vista de lo anterior, el Ministerio consultó sobre el tema a varias entidades y estas le enviaron sus respuestas, las cuales fueron mencionadas en la consulta.

   Sin embargo, como no fueron remitidas por el Ministerio de Transporte con la consulta, el Consejero Ponente, mediante Auto del 21 de julio de 2017, solicitó su envío, así como el de un correo interno del Programa de Seguros aludido en la consulta, a lo cual atendió el Ministerio mediante oficio MT No. 20171300306421 del 1º de agosto de 2017.

Las entidades respondieron, en síntesis, lo siguiente:

a. La Previsora S.A., Compañía de Seguros, mediante oficio Nº 007229 del 16 de febrero de 2012 suscrito por su Vicepresidente Técnico, explicó que el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo que establecía el seguro de vida colectivo de los trabajadores, con carácter obligatorio para los empleadores, fue derogado por la Ley 100 de 1993, la cual creó el Sistema de Seguridad Social Integral, conforme lo señaló la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-823 de 2006. Dijo La Previsora:

   "En atención a su consulta, me permito informar que la Póliza Colectiva de Seguro de Vida encontraba su objeto en el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo, (Artículo derogado según lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-823-06) el cual establecía que 'toda empresa de carácter permanente tenía la obligación de contratar un seguro colectivo que cubriera el riesgo de muerte de todos sus trabajadores, con excepción de los ocasionales o transitorios, sin importar la causa de la misma'.

   Con la expedición de las normas relativas a la seguridad social y en especial con la expedición de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral como mecanismo de protección para los trabajadores, la razón que justificaba la contratación del seguro de vida colectivo queda sin fundamento, tal como se ratifica mediante sentencia 17358 de mayo 16 de 2002 proferida por la Corte Suprema de Justicia. Desde entonces los seguros de vida colectivos, al no ser obligatorios, quedan sin objeto (…)".

   (…)

   Finalmente, se concluye que la obligación de las entidades públicas y privadas en materia de Seguridad Social se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993 y el Decreto Ley 1295 de 1994 y la Póliza de Seguro de Vida Colectivo ya no hace

427 Nota de la Sala: El Decreto 1227 del 21 de abril de 2005 es aquel *"por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"*. Este último crea el Sistema Nacional de Capacitación y el Sistema de Estímulos para los empleados del Estado. Los artículos 70 y 71 del primero se refieren, respectivamente, a los beneficiarios de los programas de protección y servicios sociales de las entidades públicas y a que tales programas no pueden suplir las responsabilidades legales de las instituciones, como los fondos de pensiones y las administradoras de riesgos profesionales (hoy laborales), entre otras.

428 Nota de la Sala: La Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 es aquella *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*.

parte de la obligatoriedad dentro del contrato de trabajo al encontrarse derogado el artículo 289 del CST que la reglamentaba".

En efecto, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-823 del 4 de octubre de 2006, que la consulta cita en algunos apartes, expresó que la Ley 100 de 1993 al establecer el Sistema de Seguridad Social Integral derogó, de manera tácita y orgánica, varias normas del Código Sustantivo del Trabajo, entre ellas el artículo 289 referente al seguro de vida colectivo para los trabajadores, pues esta prestación se encuentra regulada en el sistema actual de la Ley 100 por la llamada pensión de sobrevivientes y la indemnización sustitutiva de dicha pensión (artículos 46 a 49 en el régimen de prima media, y artículos 73 a 78 en el régimen de ahorro individual, en este no se habla de indemnización sustitutiva sino de devolución de saldos). Sostuvo la Corte Constitucional:

"(…) El seguro de vida colectivo obligatorio

En lo que concierne al segmento normativo "excepto los ocasionales o transitorios" del artículo 289 del CST, relativo al seguro de vida colectivo obligatorio, encuentra la Corte que igualmente se encuentra derogado, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En efecto, se trata de una prestación especial que también fue asumida por el Sistema de Seguridad Social Integral establecido por la Ley 100 de 1993, en virtud del cual se garantizó "a toda la población" las contingencias originadas en la muerte. Así se deriva, entre otras normas, de los artículos (sic) 10 de la mencionada Ley que dispone:

"Artículo 10. ***Objeto del Sistema General de Pensiones.*** *El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se reconocen en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones".*

En este sentido, es claro para la Corte que en la actualidad el seguro de vida colectivo fue sustituido por la pensión de sobrevivientes o la correspondiente indemnización sustitutiva contemplada en el Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, las cuales deben ser asumidas por el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el causante, tal y como lo entendió en alguna oportunidad la Corte Suprema de Justicia[429]. Si bien es cierto, la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 289

429 Nota de la Corte Constitucional: *"Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 16 de mayo de 2002. Señaló esta Corporación: '(…) De conformidad con el artículo 11 de tal ley – 100 de 1993 – según el cual el Sistema General de Pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, el 13 que establece que la afiliación al sistema es obligatoria y el 15 que precisa que las personas vinculadas mediante contrato de trabajo son afiliadas obligatorias, fuerza concluir que las prestaciones que surgen por la muerte de un trabajador acaecida en vigencia del nuevo sistema pensional de la Ley 100 de 1993, se entienden gobernadas en lo dispuesto por ella y no por las normas anteriores que, por lo tanto, en cuanto regulaban la misma materia perdieron su vigencia. Y toda vez que, como quedó dicho, el seguro colectivo de vida obligatorio cubre la prestación por muerte, en principio el caso de fallecimiento de un trabajador afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, en cualquiera de los dos regímenes, sucedido con posterioridad a su vigencia, determinada por el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, es ésta la normatividad que debe aplicarse, y tratándose de un afiliado al régimen de prima media con prestación definida al Instituto de Seguros Sociales, como lo fue el hijo de los demandantes, lo serán los preceptos vigentes de la seguridad social, que regulan la pensión de sobrevivientes, prestación que sin duda, atiende el riesgo de muerte. Y a esa conclusión se llega a pesar de que efectivamente, como lo indica la réplica, la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo, basado en el cual el Tribunal impuso la condena al reconocimiento y pago del seguro colectivo de vida obligatorio, pues, como con acierto lo destaca la acusación, y como ya se explicó, esa prestación ha sido sustituida por la pensión de sobrevivientes regulada por la seguridad social.'* (El original sin subrayas)".

del CST, no cabe duda alguna que el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral reguló por completo la materia, configurándose así el fenómeno de la derogatoria tácita.

Así las cosas, la Corte se declarará inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la expresión "excepto los ocasionales y transitorios", del artículo 289 del CST por carencia actual de objeto.

En conclusión, esta Corporación estima que las disposiciones examinadas (Arts. 223b), 229b, 247 y 289 del CST) en las cuales se insertan los segmentos normativos impugnados, no se encuentran vigentes por haber operado el fenómeno de la derogatoria tácita por virtud de la expedición de la ley 100 de 1993".

b. El Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante el oficio No. 2012300093781 del 13 de junio de 2012 suscrito por la Directora de Empleo Público (E), manifestó que en reiteradas ocasiones la Dirección Jurídica de ese organismo ha expresado el siguiente concepto:

> *"Dado que el sistema de seguridad social contempla el auxilio funerario para el empleado y cubre los riesgos profesionales y los gastos médicos en caso de enfermedad u hospitalización, no es procedente que la administración de manera adicional contrate un seguro de vida para sus empleados".*

Remitió una fotocopia del concepto EE4906 del 29 de junio de 2007 de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del organismo, la cual, ante una consulta de la Gobernación del Valle de si era procedente contratar una póliza de servicios funerarios de los empleados y su grupo familiar, mediante los programas de bienestar, manifestó que el auxilio funerario estaba cubierto por la administradora del régimen pensional ya fuera de prima media o de ahorro individual con solidaridad (arts. 51 y 86 de la Ley 100 de 1993) o la administradora del sistema de riesgos profesionales (Decreto ley 1295 de 1994), según la causa del deceso, y concluyó:

> *"Atendiendo a los criterios de cobertura de los programas de bienestar social, en criterio de esta Dirección no es procedente el otorgamiento de una póliza funeraria al grupo familiar de los empleados de la entidad. En cuanto al pago de esta póliza a empleados de la entidad se considera que en tanto que el mismo se encuentra contemplado dentro del sistema de seguridad social en pensiones y riesgos profesionales, no es consecuente contar con el mismo".*

c. La Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda), mediante oficio R.L. 1730 del 14 de abril de 2015 suscrito por su Vicepresidente Jurídico, en respuesta a la solicitud de información requerida por la Asociación Nacional de Servidores Públicos del Ministerio de Transporte (ANSEMITRA), manifestó que es una entidad gremial que representa los intereses de las compañías de seguros afiliadas y *"por tanto, no está dentro de sus competencias emitir conceptos sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud"*, e hizo una explicación general sobre la póliza de seguro de vida individual y el régimen de riesgos laborales.

4. El Programa de Seguros del Grupo Administración de Recursos Físicos del Ministerio de Transporte, mediante correo electrónico del 24 de noviembre de 2016, informó al Grupo de Conceptos y Apoyo Legal de la Oficina Asesora Jurídica del mismo Ministerio, sobre el nivel de calificación de riesgo de los funcionarios del organismo, lo siguiente:

   "El nivel de Riesgo Laboral está clasificado así:

   Riesgo 1: Todos los funcionarios administrativos.

   Riesgo 2: Funcionarios del Archivo Central ubicado en Fontibón.

   Riesgo 4: Funcionarios de las Inspecciones fluviales.

   Riesgo 5: Conductores".

5. La consulta indica que en la actualidad, el Ministerio de Transporte cuenta con una póliza de responsabilidad civil de funcionarios públicos que ampara al Ministro de Transporte, los Viceministros, la Secretaria General, los Directores, los Subdirectores, los Jefes de Oficina, los Directores Territoriales y algunos Coordinadores de Grupos en el organismo. Se trata de un seguro de responsabilidad civil, el cual obviamente es distinto del seguro de vida colectivo, sobre el cual versa la consulta.

6. La consulta trae una parte denominada *"Marco legal"*, en la cual se transcriben diversas normas, como los artículos 259, 289 y 292 del Código Sustantivo del Trabajo, estos dos últimos modificados por los artículos 12 y 13, respectivamente, de la Ley 11 de 1984, relacionados con el seguro de vida colectivo de los trabajadores y a cargo de los empleadores.

Luego la consulta cita el artículo 48 de la Constitución que instituye la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio y los artículos 3º, 4º y 8º de la Ley 100 de 1993 que establecen, en su orden, el derecho irrenunciable a la seguridad social, el carácter de servicio público obligatorio y esencial en cuanto a la salud y el reconocimiento y pago de las pensiones, y la conformación del Sistema de Seguridad Social Integral por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales (hoy laborales, por la Ley 1562 de 2012) y los servicios sociales complementarios.

Finalmente, la consulta reproduce una serie de normas relacionadas con los programas de bienestar social y el sistema de estímulos para los empleados públicos que se encuentran en el Decreto Ley 1567 de 1998, *"Por el cual se crean el Sistema Nacional de Capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado"*, la Ley 909 de 2004, *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, el Decreto 1083 de 2015, *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"* y la Ley 1769 de 2015 referente al Presupuesto General de la Nación del año pasado.

Cabe acotar que si bien en algunas de tales normas, se hace mención de los *"programas de protección y servicios sociales"*, ninguna de ellas establece el seguro de vida colectivo para los empleados públicos y sus familias.

Con base en lo expuesto, el Ministro de Transporte formula las siguientes

Preguntas:

1. *¿Es viable que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo como protección especial a través de los recursos denominados gastos de funcionamiento?*

2. *¿Es viable que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo como protección especial a través del programa de bienestar, los cuales (sic) están orientados a la protección y servicios sociales de sus funcionarios y sus familias?*

3. *En caso que lo antes planteado no sea viable, ¿a través de qué mecanismo jurídico el Ministerio de Transporte podría adquirir un seguro de vida colectivo como protección especial para sus funcionarios públicos y bajo qué rubro presupuestal?*

4. *¿Es viable que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo y una póliza de alto riesgo? ¿O esto (sic) son excluyentes?*

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro de Transporte, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) La derogatoria expresa del seguro por muerte establecido para los empleados públicos y los trabajadores oficiales; ii) El derecho constitucional a la seguridad social; iii) El riesgo de muerte se encuentra cubierto por el Sistema de Seguridad Social Integral: pensión de sobrevivientes, o indemnización sustitutiva o devolución de saldos; iv) La sujeción de los servidores públicos al principio de legalidad; v) El principio de legalidad del gasto y los gastos de funcionamiento; vi) Los programas de bienestar social de las entidades públicas no pueden incluir la contratación de un seguro de vida colectivo; vii) La ausencia actual de un mecanismo jurídico para contratar el mencionado seguro de vida colectivo; y viii) La inviabilidad jurídica para el Ministerio de Transporte de contratar un seguro de vida colectivo y un seguro de alto riesgo laboral.

A. La derogatoria expresa del seguro por muerte establecido para los empleados públicos y los trabajadores oficiales

La consulta menciona que el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo que contemplaba el seguro de vida colectivo en favor de los trabajadores y a cargo de los empleadores, se encuentra derogado tácitamente por la Ley 100 del 1993, la cual estableció el Sistema de Seguridad Social Integral de carácter obligatorio y universal para todos los habitantes del país, de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-823 del 4 de octubre de 2006 y la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No. 17358 del 16 de mayo de 2002, ambas citadas en los antecedentes.

Es claro que el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo se aplicaba a los trabajadores particulares y se observa que la consulta se dirige a plantear si es procedente o no que el Ministerio de Transporte contrate una póliza de seguro de vida colectivo en favor de los servidores públicos del Ministerio y sus familias.

En consecuencia, es preciso referirse a la normatividad aplicable a los servidores públicos, la cual se establecía en el Decreto Ley 3135 de 1968.

En efecto, el Decreto Ley 3135 de 1968, *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales",* establecía en los artículos 34 y 35 el seguro por muerte para dichos servidores, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 34. Seguro por muerte*** *(sic, en realidad este subtítulo debía corresponder al artículo siguiente, el cual no tiene subtítulo). En caso de fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial en servicio, las prestaciones a que haya lugar se pagarán a los beneficiarios que a continuación se determinan así:*
>
> *1. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos legítimos y naturales del empleado o trabajador, en concurrencia estos últimos en las proporciones establecidas por la ley civil.*
>
> *2. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, la prestación corresponderá íntegramente a los hijos legítimos.*
>
> *3. Si no hubiere hijos legítimos la porción de estos corresponde a los hijos naturales en concurrencia con el cónyuge sobreviviente.*
>
> *4. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, ni hijos legítimos, el monto de la prestación se dividirá así: la mitad para los padres legítimos o naturales y la otra mitad para los hijos naturales.*
>
> *5. A falta de padres legítimos o naturales, llevarán toda la prestación los hijos naturales.*
>
> *6. Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se pagará a los hermanos menores de edad y a las hermanas del extinto, previa comprobación de que dependían de él para su subsistencia".*
>
> ***"Artículo 35.*** *En caso de muerte de un empleado público o trabajador oficial en servicio, sus beneficiarios, en el orden establecido en el artículo anterior, tienen derecho a que por la respectiva entidad de previsión se les pague una compensación equivalente a doce (12) meses del último sueldo devengado por el causante; si la muerte ocurriere por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la compensación será de veinticuatro (24) meses del último sueldo devengado.*

Además, tendrán derecho los beneficiarios al pago de la cesantía que le hubiere correspondido al causante".

Los citados artículos 34 y 35 fueron derogados expresamente por el artículo 98 del Decreto Ley 1295 de 1994, *"Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales"*[430].

En consecuencia, en el caso de los servidores públicos, estas normas referentes al seguro por muerte fueron derogadas de manera expresa, no tácita como sucedió con la norma aplicable a los trabajadores particulares, conforme lo explicaron la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en las aludidas sentencias.

Sin embargo, el riesgo de muerte, como también lo expresaron las mencionadas Cortes, fue asumido por el Sistema de Seguridad Social Integral establecido por la Ley 100 de 1993 y por consiguiente, al estar los servidores públicos afiliados a dicho Sistema se encuentran amparados por las prestaciones de este.

B. El derecho constitucional a la seguridad social

La Constitución Política consagró en el artículo 48[431] el marco de regulación de la seguridad social, entendida como un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable de rango constitucional, sujeto entre otros, a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad[432]. Es así como el sistema de seguridad social integral tiene como objetivo en el marco del Estado Social de Derecho, otorgar garantías irrenunciables a la salud, la dignidad humana y el mínimo vital a través de los regímenes generales de pensiones, salud,

430 Por lo tanto, los artículos correspondientes, 52 a 57, del Decreto reglamentario 1848 de 1969, perdieron su fuerza ejecutoria al desaparecer su fundamento de derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 66 numeral 2º, del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984), vigente en ese entonces.

431 *"**Artículo 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*
Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.
El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.
La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.
No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.
La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.
(…)"
Concordantes con el anterior, los artículos 49, 50, 53 y 365 constitucionales regulan aspectos relacionados con la materia.

432 Sobre el particular, el doctor Alfredo Puyana Silva en su libro "El sistema integral de seguridad social. Parte general y el subsistema general de pensiones" (Universidad Externado de Colombia. Serie de Investigaciones en Derecho Laboral, 2ª. Edición, 2015, págs. 21-22), ha indicado lo siguiente:
"Del artículo 48 antes transcrito se desprende que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio, es decir, por ser trascendental para la vida de la comunidad debe comprender las actividades necesarias para su existencia y conservación, lo cual le impone al Estado la obligación de diseñar qué asuntos deben ser integrados como de servicio público y, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, hacerlos realidad con su dirección, coordinación y control, de manera que represente para el individuo el derecho irrenunciable a percibir sus beneficios.
El artículo 48 no indica qué actividades comprende el servicio público de la seguridad social; sin embargo, le asigna al legislador la facultad de determinar su cobertura y la forma como se prestará el servicio público, si lo asume en forma exclusiva o puede vincular al sector privado y, en este caso, bajo su dirección, coordinación y control.
Para evitar que los recursos que el legislador asigna a las instituciones a cuyo cargo se prestará el servicio público de la seguridad social se destinen a otras causas, prohíbe su destinación o utilización con fines diferentes a los propios de la seguridad social, y protege especialmente aquellos destinados al pago de las mesadas pensionales, aclarando que se debe garantizar que mantengan su poder adquisitivo constante.
Por su parte, el Acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la Constitución, trata exclusivamente de la viabilidad financiera del subsistema pensional".

riesgos profesionales y servicios sociales complementarios, los cuales protegen de las contingencias que afectan la vida de las personas[433].

Bajo estas consideraciones, la seguridad social es un servicio público de carácter esencial en cuanto a la salud y al reconocimiento y pago de las pensiones, prestado bajo la dirección y supervisión del Estado, que ampara a la población en las diferentes etapas de la vida de las contingencias o riesgos relacionados con la salud, la integridad personal, el trabajo, la vejez, la invalidez y la muerte.

De manera reciente, la Corte Constitucional hizo varias precisiones sobre la seguridad social y el derecho fundamental a ella, en los siguientes términos:

> *"El artículo 48 de la Constitución -adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005- dispone que la seguridad social es (i) un 'servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado'; y (ii) un derecho fundamental irrenunciable, que debe ser ampliado de manera progresiva para asegurar sus beneficios a todos los habitantes del territorio nacional bajo los principios de eficiencia, solidaridad, universalidad y sostenibilidad.[434]*
>
> *De acuerdo con la jurisprudencia[435], la seguridad social como servicio público obligatorio y esencial, pretende la satisfacción de necesidades de carácter general, consistentes en amparar a toda la población, sin discriminación de ninguna naturaleza, durante todas las etapas de su vida, contra los riesgos o contingencias que menoscaben sus derechos a la integridad, salud, dignidad humana y mínimo vital, circunstancias frente a las cuales se requiere de una prestación o cobertura continua y obligatoria, en aras de hacer efectivos los mandatos superiores.*
>
> *Como derecho, se ha entendido que pese a su categorización como prestacional, guarda una íntima relación con las garantías constitucionales, por lo cual se ha interpretado como de rango fundamental el derecho de las personas a exigir un conjunto de prestaciones -v.g. la pensión de vejez o jubilación- a cargo de las entidades que integran el sistema de seguridad social, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución y la ley[436].*
>
> *(…)*

433 Sobre la naturaleza del derecho a la seguridad social, la Corte Constitucional ha señalado:
*"**7.** De igual manera, la seguridad social se encuentra prevista en el Texto Superior como un derecho económico y social, el cual según la jurisprudencia constitucional, es considerado como un derecho prestacional y programático, ya que le otorga, por una parte, a todas las personas el derecho de exigir una determinada prestación, es decir, la realización de un hecho positivo o negativo por parte del deudor consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del acreedor, y por otra, en la mayoría de los casos, requiere para su efectiva realización, la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema.*
(…) Se destacan dentro de ese catálogo de principios y reglas generales a los cuales debe someterse la libertad de configuración del legislador, entre otros, los siguientes: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación bajo las reglas de la concurrencia entre entidades públicas y particulares; (iv) siempre y cuando se cumplan con las estrictas exigencias derivadas del contenido de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (C.P. art. 48)". Sentencia C-623 de 2004. Expediente D-4933.

434 Nota de la Corte Constitucional: La seguridad social también se encuentra consagrada en instrumentos internacionales como el preámbulo de la carta constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919; los artículos 22, 23 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948; los artículos 2 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta de la Organización de Estados Americanos OEA adoptada en 1948; los artículos XVI y XXXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptada en El Salvador en el año de 1988.

435 Nota de la Corte Constitucional: Sentencia C-111 de 2006.

436 Nota de la Corte Constitucional: Sentencia C-227 de 2004.

Así las cosas, para brindar efectivamente una protección frente a las contingencias señaladas, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de un sistema que cuente con reglas, sobre: (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) los procedimientos bajo los cuales el sistema debe discurrir, y (iii) la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento, siendo una obligación constitucional del Estado brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social a través de la asignación de recursos[437].

Este Tribunal[438] ha fijado el alcance de los principios que rigen la seguridad social, así: (i) universalidad, referido a la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social (que) debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.; (ii) solidaridad, que exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren[439]; (iii) eficiencia, cuya finalidad es lograr el mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social; y (iv) sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, en virtud del cual, cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones"[440]-[441].

Los principios que informan la seguridad social condujeron a que esta fuera concebida como un sistema global, el cual comprende las diversas prestaciones sociales que amparan a los trabajadores particulares y los servidores públicos, en relación con las pensiones, la salud, los riesgos laborales y los servicios sociales complementarios, de manera que las prestaciones por muerte han quedado incluidas en el mismo.

C. El riesgo de muerte se encuentra cubierto por el Sistema de Seguridad Social Integral: pensión de sobrevivientes, o indemnización sustitutiva o devolución de saldos

La prestación social denominada *"seguro de vida colectivo"* para los trabajadores particulares y *"seguro por muerte"* para los servidores públicos, se encuentra amparada en la actualidad, por el Sistema de Seguridad Social Integral establecido por la Ley 100 de

437 Nota de la Corte Constitucional: Sentencia C-623 de 2004.

438 Nota de la Corte Constitucional: Sentencias C-258 de 2013, C-623 y 1024 de 2004.

439 Nota de la Corte Constitucional: De acuerdo con las sentencias C-623 y 1024 de 2004, este principio se manifiesta en dos subreglas, a saber: *"En primer lugar, el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos, por ejemplo, mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten. En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. En estos casos, no se pretende exigir un aporte adicional representado en una cotización en dinero, sino que, por el contrario, se acuden a otras herramientas del sistema de seguridad social en aras de contribuir por el bienestar general y el interés común, tales como, (i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente; (iii) el aumento de las edades o semanas de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo".*

440 Nota de la Corte Constitucional: Véase, al respecto, exposición de motivos al proyecto de Acto Legislativo No. 127 de 2004 Cámara.

441 Corte Constitucional. Sentencia C-078 de 2017.

1993, al cual todos deben estar afiliados, por su carácter de obligatorio y universal, conforme se indicó anteriormente.

A este respecto resulta particularmente ilustrativa la Sentencia del 16 de mayo de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual esta Corporación señaló que las prestaciones derivadas de la muerte del trabajador, se encontraban reguladas íntegramente, en el momento actual, por dicho Sistema, razón por la cual las disposiciones legales anteriores, específicamente las del seguro de vida colectivo obligatorio que cubría a los trabajadores particulares, habían perdido de manera tácita su vigencia. En el caso de los servidores públicos, la derogación de las normas del seguro por muerte fue expresa, como se expuso.

Dada la importancia de este antecedente jurisprudencial, en el cual se explica la tendencia histórica y se destaca la cobertura global del nuevo sistema, se citan los siguientes apartes de tal sentencia:

> *"Desde la expedición de las normas que en los albores de la seguridad social en nuestro país implementaron las bases de un sistema moderno, se estableció con claridad la naturaleza eminentemente transitoria de las obligaciones prestacionales radicadas en cabeza de los empleadores, las que, por tal virtud, quedaron sometidas a una condición resolutoria que se cumpliría en el momento en que el Seguro Social asumiera el riesgo cubierto por esas prestaciones que, de manera paulatina, fueron quedando a cargo de esa entidad de seguridad social, en los términos que fijaron sus respectivos reglamentos.*
>
> *Esa situación de transitoriedad de las que se denominaron prestaciones patronales, fue confirmada por el Código Sustantivo del Trabajo, que de manera clara estableció en sus artículos 193 y 259 que, tanto las prestaciones comunes, como las especiales consagradas en ese estatuto, dejarían de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellas fuera asumido por el, a la sazón, Instituto Colombiano de Seguros Sociales.*
>
> *Esa particular condición de nuestro sistema de seguridad social desde luego se reflejó en la regulación de la prestación social de naturaleza especial denominada seguro colectivo de vida obligatorio, cuyo pago se reclama en el presente proceso, que, en los precisos términos del artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 12 de la Ley 11 de 1984, se encuentra establecido para "cubrir el riesgo de muerte sea cualquiera la causa que la produzca", como quiera que en el artículo 292 de ese estatuto, modificado por el 13 de la Ley 11 de 1984, se determinó que "los patronos obligados al pago de seguro de vida de sus trabajadores, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, mientras el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asume este riesgo, pagarán por este concepto a los beneficiarios del asegurado…" .*
>
> *Por lo tanto, no cabe la menor duda que en la medida en que el Seguro Social en cada caso específico asumió el riesgo por muerte, desapareció para el patrono la obligación de tener a su cargo el seguro colectivo de vida obligatorio, como puede verificarse en el decurso legislativo en los artículos 72-73 de la Ley 90 de 1946, arts. 5, 21, 22, 24 del Acuerdo 223 de 1966 (aprobado por el Decreto 3041 de 1966), artículo 1º del Acuerdo*

019 de 1983 (aprobado por el Decreto 232 de 1984), artículo 1º del D.L.1935 de 1973, Acuerdo 044 de 1989 (aprobado por Decreto 3063 de 1989) y artículos 1 y 27 del Decreto 3170 de 1964 aprobatorio del Acuerdo 155 de 1963. Y, como lo ha precisado esta Corporación, una de las formas que estableció ese instituto en sus reglamentos para cubrir el riesgo de la muerte, fue a través de la consagración de las pensiones de sobrevivientes.

Así se explicó en la sentencia del 9 de diciembre de 1981, Radicado 7474, a la que pertenecen los siguientes apartes:

'Las pensiones de viudez y orfandad protegen a la familia del trabajador que fallece, lo mismo que a quienes dependían del extrabajador que muere disfrutando una pensión de jubilación, invalidez o vejez. En el primer caso, cuando muere el trabajador, la pensión de sobrevivientes sustituye al seguro de vida como prestación por muerte, y, en el segundo caso cuando fallece el pensionado, actúa una transmisión de la pensión. Porque es evidente que estas pensiones de viudez y orfandad (sobrevivientes), en el nuevo régimen de seguro obligatorio, cumplen los mismos objetivos sociales atendidos en el anterior sistema prestacional (el patronal directo), tanto por el seguro de vida, como por la sustitución pensional, según el caso. Las nuevas pensiones obedecen a las mismas causas que el seguro por muerte y la transmisión pensional y cubren las mismas necesidades'.

Ante la situación de transitoriedad de las prestaciones especiales consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo y la vocación de ser subrogado por el sistema de seguridad social, el riesgo que ellas cubren no desapareció con la expedición de la Ley 100 de 1993, sino que, por el contrario, se hizo aún más evidente, como surge, entre otras disposiciones, de su preámbulo y de los artículos 1º, 5º, 6º y 7º, de los que se desprende la vocación integradora del nuevo sistema de seguridad social como conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, para proporcionar una cobertura completa de las contingencias económicas y de salud.

Del texto de esas disposiciones surge, en consecuencia, que el legislador al dictar la Ley 100 de 1993 le dio un vuelco radical a todo el régimen vigente y por razón de la reglamentación tan detallada y exhaustiva que hizo de la materia, se impone concluir que reguló íntegramente lo referente a las prestaciones establecidas para cubrir las contingencias y riesgos por ella reglamentados, y dentro de estas, las referentes a la muerte de un trabajador.

En efecto, en lo que concierne con el riesgo de muerte, el artículo 10° de la citada ley es claro al señalar que 'el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se reconocen en la presente ley…'.

Lo anterior quiere decir que, de conformidad con el artículo 11 de tal ley, según el cual el Sistema General de Pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, el 13 que establece que la afiliación al sistema es obligatoria y el 15 que precisa

que las personas vinculadas mediante contrato de trabajo son afiliadas obligatorias, fuerza concluir que las prestaciones que surgen por la muerte de un trabajador acaecida en vigencia del nuevo sistema pensional de la Ley 100 de 1993, se entienden gobernadas en lo dispuesto por ella y no por las normas anteriores que, por lo tanto, en cuanto regulaban la misma materia, perdieron su vigencia.

Y toda vez que, como quedó dicho, el seguro colectivo de vida obligatorio cubre la prestación por muerte, en principio, el caso del fallecimiento de un trabajador afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, en cualquiera de los dos regímenes, sucedido con posterioridad a su vigencia, determinada por el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, es esta la normatividad que debe aplicarse, y tratándose de un afiliado al régimen de prima media con prestación definida al Instituto de Seguros Sociales, como lo fue el hijo de los demandantes, lo serán los preceptos vigentes de la seguridad social, que regulan la pensión de sobrevivientes, prestación que, sin duda, atiende el riesgo de muerte.

Y a esa conclusión se llega a pesar de que efectivamente, como lo indica la réplica, la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 289 del Código Sustantivo del Trabajo, basado en el cual el Tribunal impuso la condena al reconocimiento y pago del seguro colectivo de vida obligatorio, pues, como con acierto lo destaca la acusación, y como ya se explicó, esa prestación ha sido sustituida por la pensión de sobrevivientes regulada por la seguridad social".[442] *(Subraya la Sala).*

Esta interpretación fue reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-823 de 2006. En su pronunciamiento el Tribunal de lo constitucional analizó si las disposiciones demandadas del Código Sustantivo del Trabajo que excluían a los trabajadores accidentales o transitorios, entre otros, del beneficio del seguro de vida colectivo obligatorio, desconocían el derecho a la igualdad, la seguridad social y el derecho al trabajo. En la sentencia, la Corte se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo por carencia actual de objeto, considerando que se había presentado una derogatoria tácita ya que dicha prestación se había integrado al Sistema de Seguridad Social. La Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

"Las materias de que tratan los artículos 223b), 229b), 247 y 289, fueron integralmente reguladas por el sistema general de seguridad social, configurado en la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el Decreto Ley 1295 de 1994 y sus decretos reglamentarios, tal como se demuestra a continuación.

La Constitución Política (art. 48) estableció una serie de principios y reglas generales que sirven de marco a la regulación de la seguridad social en su doble carácter de servicio público obligatorio, y de derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional.

442 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 16 de mayo de 2002, Radicación No. 17.358.

Del catálogo de reglas y principios que establece la Constitución, se destacan los siguientes. (i) El reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional; (ii) su naturaleza de servicio público obligatorio, cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado; (iii) la posibilidad de autorizar su prestación bajo reglas de concurrencia entre entidades públicas y particulares; (iv) la sujeción en su configuración, implementación y aplicación a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad[443]*.*

(…)

En este sentido el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece la obligatoriedad para todos los habitantes de afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, y el correlativo deber de ***todo empleador*** *de afiliar a sus trabajadores a dicho sistema. Por su parte el artículo 161 ibídem señala, como uno de los deberes del empleador, el de inscribir en las Entidades Promotoras de Salud (EPS) a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea ésta* ***verbal o escrita, temporal o permanente****. En tanto que el artículo 271 de la misma ley, contempla las sanciones imponibles al empleador cuando, por cualquier medio, impida o atente contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral.*

El Sistema Integral de Seguridad Social se orienta así a garantizar que, ante cualquier eventualidad o afectación de la salud o la integridad, el trabajador podrá acudir a las entidades correspondientes a fin de obtener la atención necesaria. Ello en razón a que la finalidad de la cobertura de la seguridad social es amparar a los trabajadores y a sus beneficiarios frente a las afectaciones y deterioros a que están expuestas su salud y su vida, y los riesgos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y vejez, durante el término que dure la vinculación laboral, con independencia de la modalidad del contrato que la origine, o de la naturaleza de la actividad.

(…)

En lo que concierne al segmento normativo "excepto los ocasionales o transitorios" del artículo 289 del CST, relativo al seguro de vida colectivo obligatorio, encuentra la Corte que igualmente se encuentra derogado, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En efecto, se trata de una prestación especial que también fue asumida por el Sistema de Seguridad Social Integral establecido por la Ley 100 de 1993, en virtud del cual se garantizó "a toda la población" las contingencias originadas en la muerte. Así se deriva, entre otras normas, de los artículos (sic) 10 de la mencionada Ley que dispone:

'Artículo 10. ***Objeto del Sistema General de Pensiones.*** *El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias*

443 Nota de la Corte Constitucional: Ver, entre otras, sentencia C-623 de 2001 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se reconocen en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones'. (Subraya la Corte)

En este sentido, es claro para la Corte que en la actualidad el seguro de vida colectivo fue sustituido por la pensión de sobrevivientes o la correspondiente indemnización sustitutiva contemplada en el Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, las cuales deben ser asumidas por el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el causante, tal y como lo entendió en alguna oportunidad la Corte Suprema de Justicia (cita la sentencia de esta del 16 de mayo de 2002). Si bien es cierto, la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente el artículo 289 del CST, no cabe duda alguna que el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral reguló por completo la materia, configurándose así el fenómeno de la derogatoria tácita.

Así las cosas, la Corte se declarará inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la expresión "excepto los ocasionales y transitorios", del artículo 289 del CST por carencia actual de objeto".[444] (Subraya la Sala)

En conclusión, como se desprende de la jurisprudencia acabada de citar, la Sala observa que el denominado *"seguro de vida colectivo"* que cubría el riesgo de muerte para los trabajadores particulares (derogado tácitamente) y el llamado *"seguro por muerte"* que cubría a los servidores públicos (derogado expresamente), en la actualidad se encuentran comprendidos dentro de la regulación del Sistema de Seguridad Social Integral, conforme se expone a continuación.

Uno de los derechos derivados de la seguridad social es el derecho a la pensión que permite al trabajador que se ha retirado de la actividad laboral, mantener ciertos ingresos para su sustento y el de su familia, una vez cumplidos los requisitos establecidos por el ordenamiento legal. El derecho a la pensión tiene como finalidad garantizar la vida digna de quienes han puesto al servicio de la sociedad o del Estado su fuerza de trabajo y cotizado en los términos exigidos por la ley[445].

Conforme se ha indicado, el riesgo de muerte de los trabajadores colombianos se cubre a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, a través de la pensión de sobrevivientes que sustituyó a la prestación social denominada *"seguro de vida colectivo"* para los trabajadores particulares y *"seguro por muerte"* para los servidores públicos. Es así como el artículo 10 de la Ley 100 establece:

---

444 Corte Constitucional. Sentencia C- 823 de 2006. Expediente D-6257. En igual sentido ver las Sentencias C-825, C-826, C-827 y C-828 de 2006.

445 La Corte Constitucional, al analizar la posibilidad de solicitar la reliquidación de la pensión a efectos de incluir factores salariales, manifestó sobre el derecho a la pensión de jubilación:
"21. Del derecho a la seguridad social se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo.
22. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el derecho a la pensión es imprescriptible. Con sustento en el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución, y conforme al principio de solidaridad, a la especial protección que debe el Estado a las personas de tercera edad y al principio de vida digna, ha construido una sólida línea jurisprudencial que sostiene que el derecho a la pensión no se extingue con el paso del tiempo". Corte Constitucional. Sentencia SU-298 de 2015. Expediente T-4.615.005. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*"**Artículo 10. Objeto del sistema general de pensiones.** El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones".* (Subraya la Sala).

En términos generales, el régimen general de pensiones tiene como objetivo garantizar el amparo contra eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte[446].

En el caso de la presente consulta, puede destacarse que el riesgo de muerte se cubre en favor de las personas que dependían económicamente del trabajador particular o del servidor público, pues estas sustituyen a la persona que disfrutaba de la pensión o que tenía derecho a su reconocimiento.

La pensión de sobrevivientes se causa por el fallecimiento de origen común o natural, de quien es activo económicamente y se encuentra afiliado al Sistema General de Pensiones o ya se encuentra pensionado por vejez o invalidez, y tiene como finalidad apoyar económicamente a su grupo familiar.

Si la persona se encontraba afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida, son aplicables para la pensión de sobrevivientes los artículos 46[447] a 49 de la Ley 100 de 1993 y si estaba afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, los artículos 73 a 78 de la misma.

---

446 Sobre la contingencia de la muerte en materia de seguridad social, la doctrina ha señalado lo siguiente:
"La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto que la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.
En ese contexto, el derecho de la seguridad social crea la noción de 'beneficiario de pensión', que difiere del concepto general de 'heredero o causahabiente' del derecho civil.
Los herederos de una persona que fallece, son sus descendientes o ascendientes, sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido.
Los beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban en situación de dependencia de la persona que fallece. Es claro, entonces, que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de pensión.
(…)
Un aspecto importante del contexto previo al estudio de la pensión de sobrevivientes lo constituye la diferencia de tratamiento legal de la muerte, según si el hecho o causa que la originó tuvo relación con el trabajo o si se trató de una muerte de origen común.
Esta diferencia es jurídicamente relevante, por cuanto en la seguridad social colombiana el sistema de pensiones se ocupa de la pensión de sobrevivientes, cuando el fallecimiento ha sido de origen común, es decir, sin relación con el trabajo. En cambio, si la muerte es de origen profesional, los criterios normativos que se aplican con (sic) los del sistema de riesgos profesionales.
La pensión de sobrevivientes por muerte de origen común está regulada en el Libro primero de la Ley 100 y, la pensión de sobrevivientes por muerte de origen profesional, en el Estatuto del Sistema de Riesgos Profesionales…". Arenas Monsalve, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. Editorial Legis, 3ª edición actualizada, octubre de 2012, pp. 335-336.

447 "**Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:
1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:
a) Literal Inexequible. Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 2009.
b) Literal Inexequible. Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 2009.
Parágrafo 1º. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.
El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.
Parágrafo 2º. Parágrafo Inexequible. Corte Constitucional. Sentencia C-1094 de 2003".

En el evento en que la persona fallezca a consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, resulta aplicable el artículo 11 de la Ley 776 del 17 de diciembre de 2002, *"Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales"*, el cual dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 11. Muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales.*** *Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario".*

El artículo siguiente, el 12 de la Ley 776 de 2002, fija el monto de la pensión de sobrevivientes en el Sistema General de Riesgos Laborales.

La Sección Segunda de esta Corporación se ha pronunciado sobre la pensión de sobrevivientes en diversas ocasiones. En una de estas sostuvo lo siguiente:

> ***"****Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.*
>
> *Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, manifestó:*
>
> *'[…] Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.*
>
> *La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades. […]' (Se subraya)*
>
> *En este punto es relevante aclarar que, si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad, la sustitución pensional es aquella presta-*

ción que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece; en cambio la pensión de sobreviviente es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.[448] [449]

Aunado a lo anterior, el riesgo de muerte también está cubierto por la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos, consagradas en la Ley 100 de 1993. En efecto, de no configurarse las situaciones establecidas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen solidario de prima media con prestación definida[450] -artículos 46 a 48 ibídem- como en el régimen de ahorro individual con solidaridad[451] -artículos 73 a 77 ibídem-, se contempla el derecho en el primero, de otorgamiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes y en el segundo, de la devolución de saldos, en los términos consagrados en los artículos 49 y 78, respectivamente, de la Ley 100 de 1993, los cuales disponen:

*"**Artículo 49. Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.** Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley".*

*"**Artículo 78. Devolución de saldos.** Cuando el afiliado fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos, y el valor del bono pensional si a este hubiera lugar".*

---

448 Sentencia T-564 de 2015.

449 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Sentencia de 2 de marzo de 2017. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00014-01(0567-14). En igual sentido ver, entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Sentencia de 20 de abril de 2017. Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00612-01(2244-15).

450 Respecto del régimen solidario de prima media con prestación definida la doctrina ha señalado: *"Deriva su nombre del hecho de que la entidad administradora calcula la cotización a pagar como una prima promedio aplicable al conjunto de la población asegurada, de manera que la cotización pueda cubrir efectivamente las erogaciones por concepto de pensiones. El nombre técnico es 'prima media escalonada', pues la entidad administradora debe efectuar reajustes escalonados sobre la cotización.*
(…)
El régimen pensional de prima media es de 'prestación definida' en el sentido de que no deja al azar la cuantificación de las condiciones y requisitos para acceder a las pensiones, sino que las define previamente en la ley. Por eso en este régimen, la ley define con exactitud el número mínimo de semanas que se exige para reconocer la pensión, las edades a partir de las cuales las reconoce y la cuantía de la pensión.
(…) En caso de no alcanzarse los requisitos legales para la pensión, y siguiendo nuevamente la técnica del aseguramiento, hay que concluir que el sistema no devuelve primas o cotizaciones. En consecuencia, quien no cumple los requisitos pensionales no tendrá derecho a pensión ni a devolución de las cotizaciones; como mínima compensación, el sistema sólo le pagará alguna 'indemnización sustitutiva' de la pensión". Arenas Monsalve, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. Editorial Legis, 3ª edición actualizada, octubre de 2012, pp. 226- 227.

451 *"El nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad corresponde a un método de financiación de pensiones sin precedentes en Colombia antes de la Ley 100 de 1993. Su nombre se origina en la característica básica de que financia las pensiones a través del mecanismo de una cuenta individual de ahorro, manejada por la entidad administradora, es decir, que las cotizaciones de cada afiliado están dirigidas a financiar su propia pensión.*
El régimen de ahorro individual centra su efectividad en la acumulación del capital pensional en la cuenta individual de cada afiliado, dejando de lado otros requisitos. La pensión se causa cuando se cumple la condición de reunir en la cuenta individual de ahorro pensional el capital requerido para financiar dicha pensión, y su cuantía será proporcional a los valores acumulados. En consecuencia, el sistema puede hacer abstracción del requisito de la edad y del tiempo mismo en que se hayan hecho las cotizaciones, pues lo que cuenta como unidad de medida es la cantidad cotizada.
(…)
En caso de no alcanzarse la pensión por insuficiencia del capital pensional, el sistema contiene un mecanismo para la devolución de saldos, toda vez que el capital pensional figura a nombre individual del afiliado". Ibídem. Págs. 228-229.

En conclusión, el riesgo de muerte del trabajador particular o el servidor público se encuentra cubierto por el Sistema General de Pensiones del Sistema de Seguridad Social Integral, mediante la pensión de sobrevivientes, y en su defecto, por la indemnización sustitutiva de dicha pensión o la devolución de saldos, según que la persona esté afiliada al régimen de prima media o al de ahorro individual.

Si el riesgo de muerte ocurre por un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, este se encuentra igualmente amparado por el Sistema General de Riesgos Laborales, conforme a su normatividad especial, y con la anotación de que tal Sistema también hace parte del Sistema de Seguridad Social Integral.

D. La sujeción de los servidores públicos al principio de legalidad

La consulta indaga acerca de si es viable que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo como protección especial a través de los recursos denominados *"gastos de funcionamiento".*

Al respecto, como la Sala lo ha expuesto en este concepto, el amparo del riesgo de muerte de los servidores públicos otorgado por los artículos 34 y 35 del Decreto Ley 3135 de 1968 fue derogado de manera expresa y quedó a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, de manera que no resulta viable jurídicamente que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo para amparar a sus servidores públicos, dado que no existe una norma que lo autorice expresamente a efectuar la contratación de dicho seguro como un beneficio adicional a las prestaciones cubiertas por la mencionada Ley 100.

El Ministerio de Transporte necesitaría una norma legal que le confiriera la facultad para adquirir tal seguro. Al no existir una norma habilitante en ese sentido, es claro que el Ministerio no lo puede hacer, so pena de infringir el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, según el cual los servidores públicos deben basar siempre sus actuaciones administrativas en normas jurídicas que les permitan realizarlas.

Las autoridades administrativas están sujetas al principio de legalidad, esto es, al cumplimiento de las disposiciones consagradas en el ordenamiento jurídico, como lo establecen en forma expresa las siguientes disposiciones, entre otras, de la Constitución Política:

> ***"Artículo 6.*** *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".*
>
> ***"Artículo 29.*** *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*
>
> *(…)".*

*"**Artículo 121.** Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".*

*"**Artículo 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (…)*

(…)".

*"**Artículo 123.** (…)*

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

(…)".

Precisamente sobre la importancia de este principio, la Corte Constitucional en una de sus sentencias iniciales, ya indicaba:

"El principio de legalidad consiste en el hecho de que, a partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123 constitucionales). El artículo 3º de la Carta afirma que todos los poderes constituidos de la República se ejercen en los términos consagrados en la Constitución, de suerte que el único soberano es el pueblo. Ello constituye una diferencia respecto del régimen del siglo XIX, en el cual el poder legislativo era soberano. Hoy en día entonces, el propio Congreso se encuentra, como los demás órganos del Estado, sujeto a los límites que la Carta le establece.

5. La teoría de la separación de poderes ha sido reelaborada por la doctrina constitucional, pasando de su concepción clásica inicial de Montesquieu, en la que cada rama del poder hacía una sola y misma cosa -legislar, ejecutar, juzgar-, a una nueva concepción en la que los diversos órganos del poder se articulan mediante funciones separadas, destinadas a la consecución de unos mismos y altos fines del Estado (artículos 2º, 3º, 113, 365 y 366 de la Constitución). Es por eso que el Congreso y el Gobierno deben coordinarse pero no duplicarse en las actividades que requieren su concurso simultáneo".[452]

En conclusión, los servidores públicos están sujetos en sus actuaciones administrativas a las funciones que expresamente les otorgan la Constitución, la ley y el reglamento. En otras palabras, solamente pueden actuar dentro de sus competencias según los límites y habilitaciones establecidos por el ordenamiento jurídico[453].

452 Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992. Proceso No. D-033. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

453 La Sala, mediante el Concepto No. 2307 del 19 de agosto de 2016, expresó sobre este tema lo siguiente:
"Precisamente, al no ser la competencia un elemento accidental o superfluo de los actos administrativos, su inobservancia afecta la validez de la decisión y en ese sentido constituye causal de nulidad de los actos administrativos (artículo 137 CPACA).
Por tanto, para resolver el asunto consultado será necesario tener en cuenta que la competencia administrativa debe ser expresa y suficiente en sus diferentes componentes -funcional, territorial y temporal-, que las autoridades no pueden auto-atribuírsela y que tampoco les será lícito asumir aquella que corresponda a otra entidad. Como se ha visto, una decisión adoptada sin competencia atenta directamente contra el principio constitucional de legalidad y permite activar los mecanismos existentes para su expulsión del ordenamiento jurídico" (No se citan las notas de pie de página).

En el caso analizado, se advierte que el Ministerio de Transporte no tiene la competencia para contratar el mencionado seguro de vida colectivo en favor de sus empleados públicos y sus familias.

La consulta indaga además, si tal contratación podría hacerse con cargo a los recursos denominados *"gastos de funcionamiento"*, lo cual involucra el tema del principio de legalidad del gasto.

E. El principio de legalidad del gasto y los gastos de funcionamiento

El principio de legalidad del gasto consiste fundamentalmente en que no puede hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado previamente por el Congreso mediante ley, por las Asambleas departamentales mediante Ordenanza o por los Concejos distritales o municipales mediante Acuerdo, y solo hasta el monto máximo autorizado.

Este principio constitucional se deriva de lo dispuesto en los artículos 150 numeral 11[454], 345[455], 346[456] y 347[457] de la Carta y se encuentra desarrollado en el artículo 38, y normas concordantes, del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto. Este artículo se refiere a las fuentes de los gastos que pueden incorporarse en la *"Ley de Apropiaciones"* (lo que se ha denominado también *"títulos presupuestales"*), y dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 38.*** *En el Presupuesto de Gastos sólo se podrán incluir apropiaciones que correspondan:*
>
> *a) A créditos judicialmente reconocidos;*
>
> *b) A gastos decretados conforme a la ley;*

454 ***"Artículo 150.*** *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*
(…)
11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.
(…)".

455 ***"Artículo 345.*** *En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.*
Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto".

456 ***"Artículo 346.*** *<Inciso 1º modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.*
En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.
Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones".

457 ***"Artículo 347.*** *El proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados.*
El presupuesto podrá aprobarse sin que se hubiere perfeccionado el proyecto de ley referente a los recursos adicionales, cuyo trámite podrá continuar su curso en el período legislativo siguiente.
(…)"

c) Las destinadas a dar cumplimiento a los Planes y Programas de Desarrollo Económico y Social y a las de las obras públicas de que tratan los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, que fueren aprobadas por el Congreso Nacional, y

d) A las leyes que organizan la Rama Judicial, la Rama Legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, que incluye el Consejo Nacional Electoral, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos y la Policía Nacional que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública (Ley 38/89, artículo 24. Ley 179/94, artículos 16, 55 inciso 1 y 4, artículo 71)" (Subraya la Sala).

En consecuencia la normatividad constitucional y legal es clara en el sentido de que todo gasto público debe estar soportado en una norma legal que lo autorice o decrete. Precisamente sobre el principio de legalidad del gasto, la Sala en el mismo Concepto No. 2307 del 19 de agosto de 2016, señaló lo siguiente:

"El principio de legalidad del gasto también tiene rango constitucional (artículos 150-11 y 345 C.P.). Además de estar estrechamente relacionado con el principio general de legalidad que acaba de revisarse, también tiene fundamento en el carácter democrático de la Carta (no hay representación sin gasto) y en las necesidades de organización estatal y de racionalización de los recursos públicos, que por su naturaleza resultan escasos para la satisfacción de la multiplicidad de tareas públicas.

Sobre el carácter democrático de este principio y su importancia para la legitimidad de las actuaciones públicas y el buen funcionamiento del Estado, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

'5.1. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad del gasto '[...] no es otra cosa que la concreción en el campo fiscal del principio de legalidad de la actuación pública en general'. Se busca concretamente, claridad y orden en materia del gasto, a través del control democrático. La decisión sobre el gasto en un estado social de derecho es compleja y no depende de un solo momento, una sola autoridad o una sola decisión. No obstante, el principio de legalidad del gasto exige que todo gasto cuente con un sustento democrático. El Congreso, foro de representación democrática plural por excelencia, debe participar en el manejo del gasto; no puede darse éste sin contar, entre otros requisitos, con la aprobación de aquel (...).

Así como el principio de la legalidad del gasto puede ser visto como 'la concreción en el campo fiscal del principio de legalidad de la actuación pública en general', también puede ser visto como la contrapartida del principio de legalidad de los tributos. De forma análoga a como todas las personas ejercen su ciudadanía y participan a través del sistema de representación democrática en la decisión sobre qué impuestos y en qué montos se han de pagar, participan en la decisión sobre qué gastos y en qué montos se han de hacer. En otras palabras, al grito de los revolucionarios estadounidenses 'no

hay impuestos sin representación', se puede sumar su contrapartida: 'no hay gastos sin representación'." (Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 2012).

De manera particular, el principio de legalidad del gasto se deriva de los artículos 150-11, según el cual corresponde al Congreso 'establecer las rentas nacionales y los gastos de la administración', y 345 de la Constitución Política (…).

(…)

Todo lo anterior significa que las entidades públicas deben (i) planificar sus gastos para que sean incluidos en el presupuesto del año siguiente; y (ii) sujetarse en cada vigencia a los presupuestos que finalmente hayan sido aprobados por el Congreso de la República. (…).

(…)

Todo lo anterior, es concordante con lo establecido en el artículo 71 ibídem para la ejecución de los presupuestos aprobados, en el sentido de que- (i) todo acto administrativo que afecte las apropiaciones aprobadas debe contar previamente con un certificado de disponibilidad presupuestal que garantice suficientemente la atención del gasto; (ii) ninguna autoridad podrá 'contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible ... '; y (iii) cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos 'creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones'". (No se citan las notas de pie de página).

En la consulta se pregunta si la contratación del seguro de vida colectivo podría hacerse a través de los llamados *"gastos de funcionamiento"*, pero se observa claramente que si no existe la facultad legal para decretar dicha erogación no se puede afectar el rubro de tales gastos, pues ello iría contra el principio de la legalidad del gasto, conforme ha quedado expuesto.

Así se invoque que se trata de una *"protección especial"* dentro de los programas de bienestar social del organismo, ello no habilita al Ministerio para contratar un seguro de vida colectivo para los servidores públicos y sus familias, por cuanto dichos programas no comprenden la contratación de tal clase de seguro y no pueden suplir las coberturas prestacionales del régimen general de pensiones y del régimen general de riesgos laborales, otorgadas por los fondos de pensiones y las administradoras de riesgos laborales, respectivamente, entre otras entidades, como se verá más adelante al tratar sobre esos programas.

Cabe anotar que el artículo 16 de la Ley 1815 del 7 de diciembre de 2016, *"Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2017"*, prohíbe, de manera categórica, la tramitación de actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales, lo cual sucede con mayor razón cuando no están

previstos en el presupuesto de la entidad pública, por no encontrarse dentro de sus funciones y competencias. Esta norma legal dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 16.*** *Prohíbase tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. El representante legal y ordenador del gasto o en quienes estos hayan delegado, responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma".*

Adicionalmente, es necesario citar la definición de *"gastos de funcionamiento"* que trae el artículo 41 del Decreto 2170 del 27 de diciembre de 2016, *"Por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos"*, la cual dice así:

> ***"Artículo 41o.*** *Las apropiaciones incluidas en el presupuesto para la vigencia fiscal de 2017 se definen en la siguiente forma:*
>
> ***A. FUNCIONAMIENTO***
>
> *Son aquellos gastos que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución y la ley.*
>
> *(…)" (Subraya la Sala).*

La Sala observa que al no estar asignada al Ministerio de Transporte la función de contratar un seguro de vida colectivo en favor de sus empleados públicos y sus familias, mal podría este hacerlo a través de los gastos de funcionamiento, por cuanto actuaría en contradicción con la definición citada y violaría el principio de legalidad del gasto.

En conclusión, no es viable jurídicamente que el Ministerio de Transporte contrate el referido seguro con cargo a la partida presupuestal de gastos de funcionamiento.

F. Los programas de bienestar social de las entidades públicas no pueden incluir la contratación de un seguro de vida colectivo

La consulta cita una serie de normas sobre el sistema de estímulos para los servidores públicos y los programas de bienestar social de las entidades públicas, y al final, mediante el segundo interrogante, inquiere si es viable que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo como protección especial a través de dichos programas.

En primer lugar, se debe observar que la contratación de tal seguro significaría la creación de un beneficio adicional a las prestaciones sociales por el riesgo de muerte, establecidas por el Sistema de Seguridad Social Integral de la Ley 100 de 1993, conforme quedó explicado, y tal conducta se encuentra prohibida en forma tajante, por el artículo 19 de la Ley 1815 de 2016 referente al Presupuesto General de la Nación para el presente año 2017.

En efecto, dicho artículo de la normativa presupuestal actual prohíbe que los programas de bienestar social de las entidades públicas sean utilizados para crear o incrementar ingresos laborales, entre otros, las prestaciones sociales, de los servidores públicos. Dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 19.*** *Los recursos destinados a programas de capacitación y bienestar social no pueden tener por objeto crear o incrementar salarios, bonificaciones, sobresueldos, primas, prestaciones sociales, remuneraciones extralegales o estímulos pecuniarios ocasionales que la ley no haya establecido para los servidores públicos, ni servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie.*
>
> *(…)" (Subraya la Sala).*

En consecuencia, se advierte que los programas de bienestar social del Ministerio de Transporte no pueden crear la prestación social de un seguro de vida colectivo, pues además de no existir una norma legal que autorice o habilite al organismo para crearla, se encuentra antes bien, una prohibición para su creación, en la citada norma presupuestal.

Ahora bien, los programas de bienestar social están contemplados dentro de la normativa legal del sistema de estímulos para los servidores públicos.

En efecto, el Decreto Ley 1567 de 1998, *"Por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado"*, dispone en su artículo 16 que los programas de bienestar social constituyen uno de los componentes del sistema de estímulos. Dice así:

> ***"Artículo 16. Componentes del sistema de estímulos.*** *El sistema de estímulos está integrado por los siguientes componentes:*
>
> *(…)*
>
> *e) Los programas de bienestar social e incentivos. El sistema de estímulos a los empleados del Estado expresará (sic) en programas de bienestar social e incentivos. Dichos programas serán diseñados por cada entidad armonizando las políticas generales y las necesidades particulares e institucionales".*

Por su parte, el artículo 20 del mismo decreto ley dispone cómo se organizan los programas de bienestar social y cuáles son sus orientaciones generales que se refieren fundamentalmente a favorecer el desarrollo integral del empleado, mejorar su nivel de vida y el de su familia y elevar su identificación con el servicio que presta la entidad, pero en ningún momento se alude al otorgamiento de seguros. Dispone esta norma lo siguiente:

> ***"Artículo 20. Bienestar social.*** *Los programas de bienestar social deben organizarse a partir de las iniciativas de los servidores públicos como procesos permanentes orientados a crear, mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral del empleado, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia; así mis-*

mo deben permitir elevar los niveles de satisfacción, eficacia, eficiencia, efectividad e identificación del empleado con el servicio de la entidad en la cual labora.

Parágrafo. *Tendrán derecho a beneficiarse de los programas de bienestar social todos los empleados de la entidad y sus familias".*

Luego, los artículos 22 y 23 del Decreto Ley 1567 de 1998 indican las áreas de intervención de los programas de bienestar social de las entidades públicas y específicamente los que comprende el área de protección y servicios sociales, en los siguientes términos:

"Artículo 22. Áreas de intervención. *Para promover una atención integral al empleado y propiciar su desempeño productivo, los programas de bienestar social que adelanten las entidades públicas deberán enmarcarse dentro del área de protección y servicios sociales y del área de calidad de vida laboral".*

"Artículo 23. Área de protección y servicios sociales. *En esta área se deben estructurar programas mediante los cuales se atiendan las necesidades de protección, ocio, identidad y aprendizaje del empleado y su familia, para mejorar sus niveles de salud, vivienda, recreación, cultura y educación.*

Los programas de esta área serán atendidos en forma solidaria y participativa por los organismos especializados de seguridad y previsión social o por personas naturales o jurídicas, así como por los empleados, con el apoyo y la coordinación de cada entidad".

Como se aprecia, estas normas que tienen un contenido muy general, mencionan la expresión *"protección"*, pero no confieren la facultad para la entidad pública de otorgar un seguro de vida colectivo a sus servidores públicos y a sus familias, de manera que no se puede concluir que vía *"programas de bienestar social"*, el Ministerio de Transporte se encuentra habilitado para contratar el mencionado seguro.

Por otra parte, el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública",* dedica el Título 10 al *"Sistema de Estímulos"*, dentro del cual es preciso destacar las siguientes normas:

El artículo 2.2.10.1, el cual establece que los estímulos se deben implementar por medio de programas de bienestar social. Dice así:

"Artículo 2.2.10.1. Programas de estímulos. *Las entidades deberán organizar programas de estímulos con el fin de motivar el desempeño eficaz y el compromiso de sus empleados. Los estímulos se implementarán a través de programas de bienestar social.*

(Decreto 1227 de 2005, artículo 69)".

El artículo siguiente señala cuáles son los programas de protección y servicios sociales y quiénes son sus beneficiarios. Esta norma prescribe lo siguiente:

*"**Artículo 2.2.10.2. Beneficiarios.** Las entidades públicas, en coordinación con los organismos de seguridad y previsión social, podrán ofrecer a todos los empleados y sus familias los programas de protección y servicios sociales que se relacionan a continuación:*

1. Deportivos, recreativos y vacacionales.

2. Artísticos y culturales.

3. Promoción y prevención de la salud.

4. Capacitación informal en artes y artesanías u otras modalidades que conlleven la recreación y el bienestar del empleado y que puedan ser gestionadas en convenio con Cajas de Compensación u otros organismos que faciliten subsidios o ayudas económicas.

5. Promoción de programas de vivienda ofrecidos por el Fondo Nacional del Ahorro, los Fondos de Cesantías, las Cajas de Compensación Familiar u otras entidades que hagan sus veces, facilitando los trámites, la información pertinente y presentando ante dichos organismos las necesidades de vivienda de los empleados.

***Parágrafo 1º.** Los programas de educación no formal y de educación formal básica primaria, secundaria y media, o de educación superior, estarán dirigidos a los empleados públicos.*

También se podrán beneficiar de estos programas las familias de los empleados públicos, cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos para el efecto.

(Parágrafo 1º modificado por el artículo 1º del Decreto 4661 de 2005)

***Parágrafo 2º.** Para los efectos de este artículo se entenderá por familia el cónyuge o compañero(a) permanente, los padres del empleado y los hijos menores de 18 años o discapacitados mayores que dependan económicamente de él.*

(Decreto 1227 de 2005, artículo 70)" (Subraya la Sala).

Conforme se advierte en la norma anterior, esta no incluye dentro de los programas de protección y servicios sociales de las entidades públicas, en coordinación con las entidades de seguridad social, la contratación de seguros y por ende, del seguro de vida colectivo.

Ahora bien, el artículo 2.2.10.3 del Decreto 1083 de 2015 es categórico en disponer que los programas de bienestar social destinados a la protección y servicios sociales, no pueden suplir las responsabilidades legales de los fondos de pensiones y las administradoras de riesgos laborales, entre otras entidades, de manera que no se puede establecer a través de dichos programas, la contratación por parte de una entidad pública de un seguro de vida que cubra a sus servidores públicos, pues tal riesgo se encuentra asumido por el

Sistema General de Pensiones y el Sistema General de Riesgos Laborales, de acuerdo con lo explicado. Dice así esta norma:

> ***"Artículo 2.2.10.3. Programas de bienestar orientados a la protección y servicios sociales.*** *Los programas de bienestar orientados a la protección y servicios sociales no podrán suplir las responsabilidades asignadas por la ley a las Cajas de Compensación Familiar, las Empresas Promotoras de Salud, los Fondos de Vivienda y Pensiones y las Administradoras de Riesgos Profesionales.*
>
> *(Decreto 1227 de 2005, artículo 71)".*

En síntesis, el Ministerio de Transporte no se encuentra facultado para adquirir un seguro de vida colectivo en favor de sus servidores públicos y sus familias, en desarrollo de los programas de bienestar social orientados a la protección y servicios sociales.

G. La ausencia actual de un mecanismo jurídico para contratar el mencionado seguro de vida colectivo

La consulta formula la tercera pregunta, ante el evento de las dos primeras respuestas negativas, referente a cuál sería el mecanismo jurídico para que el Ministerio de Transporte contratara el referido seguro de vida colectivo y bajo cuál rubro presupuestal. Al respecto, la respuesta es clara en el sentido de que en la actualidad no existe un mecanismo jurídico por ausencia de una norma legal habilitante, lo cual se explica por la asunción del riesgo de muerte por el Sistema de Seguridad Social Integral de la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, no hay un rubro presupuestal de gasto que pueda afectarse para tal contratación.

H. La inviabilidad jurídica para el Ministerio de Transporte de contratar un seguro de vida colectivo y un seguro de alto riesgo laboral

Finalmente, la cuarta pregunta de la consulta se refiere a si es viable que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo y una póliza de alto riesgo, debiéndose entender por esta última, una póliza de alto riesgo laboral, dado que en los antecedentes de la consulta se hace mención de que el Programa de Seguros del Grupo Administración de Recursos Físicos del Ministerio de Transporte informó al Grupo de Conceptos y Apoyo Legal de la Oficina Asesora Jurídica del mismo, el nivel de calificación de riesgo de los funcionarios en la entidad.

Se pregunta adicionalmente, si estos seguros son excluyentes, ante lo cual la respuesta es negativa, en la medida en que por lo general, la póliza de seguro de vida colectivo ampara el riesgo de muerte de origen común y la póliza de seguro de alto riesgo laboral cubre el riesgo de muerte por accidente de trabajo y enfermedad laboral en el desempeño de una actividad calificada de alto riesgo laboral. Además, tratándose de seguros de vida en los que no rige el principio indemnizatorio, pues este no se encuentra establecido para los seguros de personas sino para los de daños por el artículo 1088 del Código

de Comercio, se pueden tomar a la vez dos o más pólizas de seguro de vida para una persona o un grupo de personas.

Ahora bien, respecto de la cuarta pregunta, se debe responder que no es viable jurídicamente que el Ministerio de Transporte contrate el seguro de vida colectivo, el cual fue asumido por el Sistema General de Pensiones del Sistema de Seguridad Social Integral de la Ley 100 de 1993, conforme se explicó.

No es viable tampoco que contrate una póliza de seguro de alto riesgo laboral, pues este riesgo fue asumido igualmente por el Sistema de Riesgos Laborales del mencionado Sistema de Seguridad Social Integral, mediante el pago de las cotizaciones correspondientes según los niveles de riesgo de las actividades desarrolladas, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 24 a 32 del Decreto Ley 1295 de 1994.

III. LA SALA RESPONDE

1. *¿Es viable que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo como protección especial a través de los recursos denominados gastos de funcionamiento?*

2. *¿Es viable que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo como protección especial a través del programa de bienestar, los cuales (sic) están orientados a la protección y servicios sociales de sus funcionarios y sus familias?*

No es viable jurídicamente que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo como protección especial, con cargo al rubro presupuestal de gastos de funcionamiento, ni a través del programa de bienestar social, por las razones expuestas en la parte considerativa.

3. *En caso que lo antes planteado no sea viable, ¿a través de qué mecanismo jurídico el Ministerio de Transporte podría adquirir un seguro de vida colectivo como protección especial para sus funcionarios públicos y bajo qué rubro presupuestal?*

En la actualidad no existe una norma jurídica que autorice al Ministerio de Transporte para que adquiera un seguro de vida colectivo como protección especial para sus servidores públicos, por cuanto el riesgo de muerte se encuentra cubierto por el Sistema General de Pensiones, integrante del Sistema de Seguridad Social Integral, conforme se explicó en la parte considerativa. De la misma manera, no existe un rubro presupuestal para la adquisición de dicho seguro.

4. *¿Es viable que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo y una póliza de alto riesgo? O esto (sic) son excluyentes?*

No es viable jurídicamente que el Ministerio de Transporte adquiera un seguro de vida colectivo ni una póliza de alto riesgo, entendida esta como una póliza de seguro de alto riesgo laboral, por cuanto ambos riesgos se encuentran cubiertos, respectivamente, por el Sistema General de Pensiones y el Sistema General de Riesgos Laborales, integrantes

del Sistema de Seguridad Social Integral de la Ley 100 de 1993. Los dos seguros no son excluyentes, según lo explicado en la parte considerativa.

Remítase al señor Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Édgar Gonzalez López, Presidente de la Sala. Óscar Darío Amaya Navas, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

5. Ampliación concepto 2295

Radicado 2352

Fecha: 08/05/2018
Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*
Levantamiento de la reserva mediante oficio No. 20181140093111 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural solicita a esta Sala se aclare y complemente el Concepto No. 2295, para que se resuelvan algunas inquietudes acerca de la aplicabilidad de los mecanismos a través de los cuales se buscaría normalizar el pasivo pensional a cargo del mencionado Fondo Ganadero del Putumayo.

I. ANTECEDENTES

1. Sostiene el señor Ministro que una vez analizado el Concepto, le surgen al MADR algunas inquietudes relevantes acerca de la aplicabilidad de los mecanismos mediante los cuales se buscaría normalizar el pasivo pensional a cargo del Fondo Ganadero.

2. Aduce que de las sentencias de unificación aludidas, la asunción de responsabilidad subsidiaria por parte de la entidad matriz presupone la existencia de una acción judicial previa, la cual no existe salvo lo relacionado con el proceso de liquidación judicial que adelanta la Supersociedades.

3. Refiere que la gran mayoría del pasivo pensional del Fondo Ganadero del Putumayo no está consolidado. Que de acuerdo a las notas 5 y 6 de los Estados Financieros del Fondo con corte a 31 de diciembre de 2016, el pasivo pensional registra dos acreedores de pensión sanción y ochenta y uno de bonos pensionales.

4. Manifiesta que el MADR no conoce que este cursando, hasta este momento, ninguna clase de acción judicial encaminada a declarar la responsabilidad subsidiaria de las obligaciones pensionales del Fondo Ganadero del Putumayo, en razón a que la liquidación o la insolvencia de la sociedad haya sido producida por dicho Ministerio, en su calidad de entidad controlante. Explica que solo tiene conocimiento de tres procesos judiciales, ante despachos laborales contra la sociedad en liquidación y el MADR, los cuales no tienen competencia para conocer de la responsabilidad prevista en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, y en uno de esos procesos se profirió sentencia de primera instancia absolviendo al Ministerio.

5. Sostiene que para efectos de determinar el análisis de responsabilidad subsidiaria, no resulta claro si la misma calificación y protección cobijaría a los bonos pensionales que no son exigibles, en los casos en que los ex – trabajadores no cumplen las condiciones de ley.

6. Luego de citar un aparte del Concepto emitido por la Sala, referido a la valoración del grado de responsabilidad del Ministerio, señala que el proceso de liqui-

dación del Fondo Ganadero del Putumayo lleva 9 años, lo que de por si dificulta dicho análisis de responsabilidad, pues implicaría recaudar suficientes elementos probatorios que permitan concluir, válidamente, y a falta de decisión judicial al respecto, que la entidad controlante y/o sus agentes o administradores fueron responsables de la situación de insolvencia del Fondo Ganadero.

7. Que para arribar a una conclusión, sin que haya mediado una decisión judicial que así lo haya probado y declarado, no basta un análisis directo de los antecedentes inmediatos, sino que habría que surtir una actuación administrativa y además involucraría el análisis de la responsabilidad de los agentes que en su momento representaron al MADR, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, para lo cual es necesario tener claro el marco normativo y el procedimiento a seguir, con base en el cual se pueda llevar a cabo una actuación en tal sentido, ello con el fin de respetar las garantías del derecho al debido proceso y de defensa de los agentes, actuación que buscaría concluir sobre responsabilidades institucionales y personales y eventuales daños antijurídicos que pudieran haber causado.

8. Que una vez adelantada la actuación administrativa antes referida, y se concluyera la procedencia de asumir responsabilidad subsidiaria por el pasivo pensional el concepto indica que en el evento en que el Ministerio tenga que asumir pagos en su condición de accionista para efectos de atender el pasivo pensional del Fondo Ganadero del Putumayo, podrá realizar acuerdos conciliatorios, para que desde el punto de vista presupuestal la fuente que respalde su reconocimiento y pago lo será el rubro asignado en el presupuesto de dicha entidad para sentencias y conciliaciones.

9. Que dentro del trámite judicial de liquidación de una sociedad, podrían actuar como convocantes de una conciliación, la sociedad a través de su liquidador, o los acreedores, en forma separada o de consuno.

10. Que no obstante se suscitan los siguientes interrogantes: i) La procedencia de la conciliación para resolver el caso, en tanto que el objeto de la misma serían asuntos pensionales, siendo el derecho a la pensión irrenunciable, conforme a los artículos 48 de la Constitución Política, 14 del Código Sustantivo del Trabajo y 3º de la Ley 100 de 1993; ii) Quiénes serían parte de la conciliación, dado que, en el caso particular en su gran mayoría se trata de expectativas pensionales, lo que conllevaría el reconocimiento de bonos pensionales , para cuya definición el MADR no tiene competencia, como quiera que la misma está radicada en el Ministerio de Hacienda y Crédito Públicos, conforme con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1299 de 1994, y este Ministerio no es parte en el proceso de liquidación judicial del Fondo Ganadero del Putumayo y iii) en caso de haber conciliación judicial, no sería procedente el proceso judicial de responsabilidad patrimonial subsidiaria, porque conforme con los artículos 66 de la Ley 446 de 1998, el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta presta mérito ejecutivo, con lo cual cobra mayor importancia el hecho de que, para conciliar, habría que determinar, mediante una actuación administrativa

idónea y basada en elementos probatorios al efecto, que efectivamente existen elementos determinantes de responsabilidad del Ministerio.

Con fundamento en lo anterior se solicita complementar y/o aclarar el Concepto emitido para lo cual se formulan las siguientes **PREGUNTAS:**

1. ¿Cuál es el marco normativo dentro del cual el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debería adelantar el estudio que se recomienda en el concepto que nos ocupa, para determinar si existe su eventual responsabilidad patrimonial frente a la normalización del pasivo pensional a cargo del Fondo Ganadero del Putumayo S.A. en liquidación judicial, que conduzca a una conciliación? ¿Tal marco es el contenido en los artículos 34 a 45 de la Ley 1437 de 2011? ¿Ello implicaría dar aplicación a los artículos 37 y 38 ibídem respecto de los agentes que actuaron en cualquier tiempo en los órganos sociales del Fondo Ganadero del Putumayo en representación del MADR?

2. Para el caso particular del Fondo Ganadero del Putumayo, teniendo en cuenta la información y comentarios que se indican en el acápite de Contexto y justificación del presente escrito, ¿Es viable el trámite de conciliación judicial ante la Superintendencia de Sociedades (o ante otra instancia), dentro del proceso de liquidación judicial del Fondo ganadero en cuestión, teniendo en cuenta que se trata de asuntos pensionales, y que la emisión de bonos pensionales es competencia no del MADR sino del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien no es parte en el proceso de liquidación judicial del Fondo Ganadero del Putumayo?

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: i) Determinación de la responsabilidad de los agentes estatales que actuaron en los órganos sociales del Fondo, iii) La conciliación sobre derechos pensionales.

i) Estudio para determinar la responsabilidad patrimonial respecto del pasivo pensional de quienes participaron en órganos sociales o de administración de una sociedad.

En el concepto que emitió la Sala se puntualizó que tanto el Ministerio de Agricultura como los demás socios del Fondo Ganadero del Putumayo debían establecer cuál era el mecanismo más adecuado para lograr la normalización del pasivo pensional que se encuentran previstos en el Decreto 1270 de 2009.

En el marco de la responsabilidad deben diferenciarse tres clases a saber:

a) La Responsabilidad de la matriz o controlante

b) Responsabilidad de los socios

c) Responsabilidad patrimonial derivada del artículo 90 de la Constitución Política.

Al respecto la Sala debe precisar que en el Concepto 2295 no se determinó que el Ministerio de Agricultura debía responder por el pasivo pensional, sino que se le recomendó que valorara su actuación como socio del Fondo Ganadero del Putumayo con el fin de concretar si le asistía o no alguna responsabilidad o había ocasionado algún daño en relación con el pasivo pensional que adeuda dicha sociedad.

En este sentido, se reitera lo manifestado en el mencionado concepto del veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017) en cuanto que el Estado podría ser responsable por los daños antijurídicos que ocasione por la acción u omisión de sus agentes conforme a lo previsto en el artículo 90 Constitucional, en este caso; por el obrar de los directivos y administradores de la sociedad, cuando en su gestión hubiesen podido generar perjuicios por el incumplimiento en el pago de las obligaciones pensionales.

Ahora bien, en lo atinente al marco normativo respecto del cual se debe adelantar el estudio para evaluar la existencia de una eventual responsabilidad patrimonial frente a la normalización del pasivo pensional, el Decreto 1069 del año 2015 "*Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*", en el artículo 2.2.4.3.1.2.2 definió los Comités de Conciliación en los siguientes términos:

> "***Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.***
>
> ***Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes****, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.*
>
> ***Parágrafo.*** *La decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto". (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Como funciones del Comité de Conciliación se asignaron las siguientes:

> "***Artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones.*** *El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:*
>
> *1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.*
>
> *2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.*
>
> *3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de*

las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.

4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto.

5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.

6. Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición. (…)"

Así las cosas, el Comité de Conciliación debe adoptar las directrices relacionadas con la manera en que la entidad asume los litigios en su contra y prever cual es la causa originadora del conflicto, es decir, en desarrollo de la política de prevención del daño antijurídico le compete analizar si existen o no causas que permitan predicar una responsabilidad por parte del Ministerio en la normalización del pasivo pensional.

Las anteriores disposiciones establecen que será el Comité de Conciliación de las entidades el que deberá efectuar el estudio y análisis correspondiente para delimitar si procede o no la conciliación en un asunto específico.

ii) La conciliación sobre derechos pensionales

La seguridad social en materia de pensiones acorde con el artículo 48 de la Constitución Política, se ha concebido como un derecho irrenunciable, lo que significa que cuando un trabajador reúne los requisitos legalmente exigidos para acceder a esta prestación, se hace acreedor a un reconocimiento pleno, derecho que es indiscutible e irrenunciable.

La mencionada garantía de irrenunciabilidad del derecho pensional cuando ya se ha causado, está desarrollado desde el punto de vista legal en el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual es protegido por aquellas disposiciones que regulan el trabajo humano, como lo es la disposición en cita.

Así mismo, el artículo 15 de la referida codificación dispone que no es posible transar los derechos ciertos e indiscutibles.

De otra parte, la Ley 640 de 2001 reguló la conciliación en materia extrajudicial, previendo en su artículo 19, que asuntos son susceptibles de este mecanismo alternativo, dentro de los que se destacan: "las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación (…)"

A su vez, el artículo 28 de la referida Ley consagró la conciliación extrajudicial en derecho y ante qué autoridades puede adelantarse.

Sobre la conciliación judicial en materia laboral el artículo 43 del Decreto 1818 de 1998 puntualizó que una vez iniciado el proceso y en cualquier estado de éste, las partes, cuando hayan logrado las bases de un posible acuerdo, podrán de mutuo acuerdo solicitar al juez de conocimiento que se practique audiencia especial de conciliación de acuerdo con el Código de Procedimiento Laboral.

El Código Procesal del Trabajo prevé en el artículo 19 que la conciliación podrá intentarse antes o después de presentada la demanda.

Por tanto, puede concluirse que cuando un trabajador reúna en su integridad los requisitos para la pensión, nace para este un derecho indiscutible e irrenunciable respecto del cual no es posible celebrar un acuerdo conciliatorio. Ahora bien, cuando la referida situación de derecho no se ha consolidado, la limitación antes enunciada no resulta aplicable y frente a ello es posible realizar un acuerdo conciliatorio.

En materia de conciliación debe precisarse en qué etapa se pretende realizar la conciliación, esto es, si la misma es judicial o extrajudicial y el tipo de acción que se desea adelantar.

De otra parte, en lo que concierne al trámite de liquidación judicial que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades, verificado el procedimiento consagrado en la Ley 1116 de 2006, se advierte que la posibilidad de realizar acuerdos conciliatorios se previó únicamente en el artículo 34 de la aludida Ley, respecto del contenido del acuerdo de reorganización, en el que se estipuló:

> ***"Artículo 34. Contenido del acuerdo.*** *Las estipulaciones del acuerdo deberán tener carácter general, en forma que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido, y respetarán para efectos del pago, la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley.*
>
> ***(…)***
>
> ***Parágrafo 1º.*** *Los acuerdos de reorganización que suscriban los empleadores que tengan a su cargo el pago de pasivos pensionales, deberán incluir un mecanismo de normalización de pasivos pensionales. Dichos mecanismos podrán consistir en la constitución de reservas adecuadas dentro de un plazo determinado**, la conciliación**, negociación y pago de pasivos, la conmutación pensional total o parcial y la constitución de patrimonios autónomos, todo ello de conformidad con la ley y con la*

reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional". (Negrillas y subrayado de la Sala)

De manera que, en principio, puede concluirse que en el trámite de liquidación judicial no existe norma que prevea la posibilidad de celebrar una conciliación.

Finalmente, la Sala debe explicar una vez más que será el Comité de Conciliación quien estudie, analice y haga los respectivos planteamientos sobre la eventual responsabilidad o no, por parte del Ministerio de Agricultura como socio del Fondo Ganadero del Putumayo por el no pago de las obligaciones pensionales por parte de esta sociedad y en desarrollo de una política de prevención del daño antijurídico y con fundamento en las normas legales, además valorar si es procedente o no un acuerdo conciliatorio.

Conforme a lo expuesto la Sala reitera el concepto en cuanto a la sugerencia de analizar la posible responsabilidad si así lo considera.

Con fundamento en las precedentes consideraciones,

La Sala responde:

1. *¿Cuál es el marco normativo dentro del cual el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debería adelantar el estudio que se recomienda en el concepto que nos ocupa, para determinar si existe su eventual responsabilidad patrimonial frente a la normalización del pasivo pensional a cargo del Fondo Ganadero del Putumayo S.A. en liquidación judicial, que conduzca a una conciliación? ¿Tal marco es el contenido en los artículos 34 a 45 de la Ley 1437 de 2011? ¿Ello implicaría dar aplicación a los artículos 37 y 38 ibídem respecto de los agentes que actuaron en cualquier tiempo en los órganos sociales del Fondo Ganadero del Putumayo en representación del MADR?*

El marco normativo para definir si existe o no responsabilidad del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en la normalización del pasivo pensional del Fondo Ganadero del Putumayo es el previsto en el Decreto 1069 de 2015, artículos 2.2.4.3.1.2.2. y 2.2.4.3.1.2.5, frente a lo cual corresponde al Comité de Conciliación del Ministerio adelantar el estudio pertinente para determinar y evaluar si existe una eventual responsabilidad de la entidad por el no pago del pasivo pensional en el Fondo Ganadero del Putumayo, en el que se deberán observar las normas sustantivas y procedimentales vigentes así como las pautas jurisprudenciales sobre la materia para decidir si hay lugar a formular un acuerdo conciliatorio ya sea judicial o extrajudicial y fijar si el mismo es procedente, en aplicación de la prevención del daño antijurídico.

2. *Para el caso particular del Fondo Ganadero del Putumayo, teniendo en cuenta la información y comentarios que se indican en el acápite de Contexto y justificación del presente escrito, ¿Es viable el trámite de conciliación judicial ante la Superintendencia de Sociedades (o ante otra instancia), dentro del proceso de liquidación judicial del Fondo ganadero en cuestión, teniendo en cuenta que se trata de asuntos pensionales, y que la emisión de bonos pensionales es competencia no del MADR sino del*

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien no es parte en el proceso de liquidación judicial del Fondo Ganadero del Putumayo?

Teniendo en cuenta la normatividad que regula el proceso de liquidación judicial -Ley 1116 de 2006, expresamente no se consagra la posibilidad de una conciliación; no obstante puede hacerse uso de ella acudiendo a lo normado en el artículo 34 de la referida ley, esto es, respecto del acuerdo de reorganización.

En lo relativo a la celebración de la conciliación ante otra instancia deberá establecerse si la misma es judicial o extrajudicial y la clase de acción que se pretenderá ejercer.

Corresponderá al Comité de Conciliación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en desarrollo de una política de prevención del daño antijurídico, analizar y evaluar la posibilidad de un acuerdo conciliatorio, según la responsabilidad que le pueda asistir o no, por el no pago de las obligaciones pensionales del Fondo Ganadero del Putumayo.

Remítase al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Édgar Gonzalez López, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

6. Régimen pensional trabajadores Ecopetrol quienes han causado el derecho pensional convencional – Justa causa terminación contrato de trabajo – Afiliación Sistema General de Pensiones

Radicado 2361

Fecha: 02/04/2018
Consejero Ponente: *Óscar Darío Amaya Navas*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 6 de noviembre de 2018

El señor Ministro de Minas y Energía y la señora Ministra de Trabajo solicitan concepto de esta Sala en relación con el régimen pensional de los trabajadores de Ecopetrol que causaron el derecho pensional convencional en el marco del régimen exceptuado de dicha empresa, si el reconocimiento unilateral de la pensión convencional se constituye en justa causa para terminar la relación contractual y si los trabajadores con un derecho pensional convencional causado en el régimen exceptuado deben ser afiliados al Sistema General de Pensiones.

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes de la consulta elevada por los Ministros de Minas y Energía y de Trabajo se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Desde la creación de la Empresa Colombiana de Petróleos, hoy Ecopetrol S.A., las relaciones de trabajo de sus trabajadores siempre se han regido por las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 2027 de 1951, condición reiterada por el artículo 7º de la Ley 1118 de 2006.

2. En consecuencia, desde el comienzo las pensiones legales de jubilación y las pactadas convencionalmente, entre otras prestaciones, fueron asumidas directamente por la Empresa Colombiana de Petróleos.

3. Al expedirse la Ley 100 de 1993 y por mandato expreso del artículo 279 *"los servidores públicos de la entonces Empresa Colombiana de Petróleos, hoy Ecopetrol S.A., estarían exceptuados de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral allí contemplado"*, excepción que fue declarada exequible mediante sentencia C-173 de 2006, razón por la cual *"los riesgos de vejez, invalidez y muerte de los trabajadores de Ecopetrol continuarían estando a cargo del empleador"*.

4. De otra parte, el Decreto 807 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, *"estableció que los servidores públicos de Ecopetrol continuarían con el sistema de seguridad social que se les venía aplicando en la Ley, en la convención colectiva de trabajo, en el Acuerdo 01 de 1977 y en las demás normas internas de la Empresa, y que regían con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, en razón a lo cual para el caso de la pensión legal a cargo de Ecopetrol continuó vigente el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo"*.

5. Respecto al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 813 de 1994, en su artículo 1º[458], inciso 2º exceptuó del mismo a las pensiones de vejez o jubilación de los trabajadores de las entidades o empresas que tienen régimen exceptuado, según lo señalado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

6. En Ecopetrol se pactó en la convención colectiva de trabajo la *"prestación pensional denominada "Plan 70", para cuya causación se exigía haber laborado continua o discontinuamente veinte (20) años o más para la Empresa y reunir setenta (70) puntos, en un sistema en el cual cada año de servicio equivale a un punto y cada año de edad equivale a otro punto. Para el caso de las mujeres se podía conceder con sesenta y ocho (68) puntos"*.

7. La Ley 797 de 2003 modificó el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, *"en el sentido de incluir como afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones a "los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol" a partir de la entrada en vigencia de la ley, esto es, el 29 de enero de 2003. No obstante, se mantuvo la excepción contenida en el citado artículo 279 de la Ley 100 de 1993 respecto de los trabajadores que se hubieran vinculado con anterioridad a esa fecha; régimen exceptuado éste que, como se anotó, conforme a lo previsto en el citado artículo y lo establecido en el Decreto 807 de 1994, se encontraba constituido por el sistema de seguridad social que se les venía aplicando establecido en la Ley, en la convención colectiva de trabajo, en el Acuerdo 01 de 1977 y en la demás normas internas de la Empresa, y que regían con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993".*

8. Mediante laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio de fecha 9 de diciembre de 2003, aclarado y complementado el 17 de diciembre de 2003 y el 23 de julio de 2004, se modificó lo relacionado con el tema pensional de la siguiente manera:

   "15. Pensiones

   En adelante, a partir de la ejecutoria del presente Laudo Arbitral, el sistema de pensiones previsto en la convención colectiva de trabajo en los artículos 109, parágrafos 1º, 2º, y 3º, 110, 111, 112 con sus dos parágrafos que hacen parte del capítulo XIII – Primas y Prestaciones Extralegales, única y exclusivamente se aplicará a los trabajadores de Ecopetrol actualmente vinculados con contrato de trabajo y que se beneficien de la convención, quienes mantendrán el régimen convencional existente con sus condiciones y prerrogativas para continuar accedido (sic) a la pensión de jubilación o vejez en los términos en ella previstos.

---

458 Decreto 813 de 1994, artículo 1: ***"CAMPO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.*** *<Apartes tachados NULOS> El régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, será aplicable a las pensiones de vejez y jubilación de todos los trabajadores* ***vinculados con empleadores o empresas*** *del sector privado* ***que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones****, de los servidores públicos* ***con vinculación contractual, legal o reglamentaria****, de los trabajadores independientes y de los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguros Sociales. // Dicho régimen no será aplicable a las pensiones de vejez o Jubilación de todos los trabajadores de las entidades o empresas que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la ley 100 de 1999, están exceptuados de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral".* (Apartes tachados declarados NULOS por el Consejo de Estado mediante sentencia del 31 de agosto de 2001, Expediente No. 16717). El texto de la disposición contiene yerro en la cita del año de expedición de la Ley 100 de 1993.

Los nuevos trabajadores, esto es, las personas que se vinculen con Ecopetrol a partir de la ejecutoria del presente Laudo arbitral, se pensionarán en los términos, con las exigencias y requisitos que exija la ley".

Por lo anterior, manifiestan en la consulta que *"las reglas en materia pensional de la convención colectiva de trabajo no siguieron surtiendo efectos para los trabajadores que se vincularon laboralmente con esta Sociedad después del 1º de diciembre del 2004, quienes fueron excluidos del ámbito de aplicación de las previsiones de los artículos 109 y siguientes convencionales, salvo que con anterioridad a esa fecha hubiesen cumplido, en forma concurrente, los requisitos exigidos para el reconocimiento de tales prestaciones"*.

9. Con la *"expedición del Acto Legislativo Nº 01 de 2005, por el cual se reformó el artículo 48 de la Constitución Política, se dispuso la eliminación de los regímenes de excepción, con lo que quedó abolida la exclusión establecida en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 respecto de los trabajadores vinculados con anterioridad a la Ley 797 de 2003, disponiéndose al efecto en el parágrafo transitorio 2º del nuevo texto constitucional que, en todo caso, los regímenes especiales y exceptuados expirarían el 31 de julio de 2010"*. Además, el parágrafo transitorio 3 de dicho Acto Legislativo señaló que *"las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas expirarían a la fecha de finalización del acuerdo convencional o, a más tardar, el 31 de julio de 2010"*.

10. Señalan los Ministros que en cumplimiento del Acto Legislativo No. 1 de 2005 *"Ecopetrol S.A continuó reconociendo y pagando únicamente aquellas pensiones de los trabajadores que adquirieron el derecho a la pensión con anterioridad a la expiración del régimen exceptuado y del convencional, ocurrida el 31 de julio de 2010 (parágrafos transitorios 2º y 3º de la reforma constitucional)"*, y a los *"trabajadores que a la fecha de expiración del mismo no cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de jubilación que la ley impuso a cargo de Ecopetrol S.A., fueron afiliados al Sistema General de pensiones a partir del 1º de agosto de 2010"*.

11. Igualmente manifiestan que elevaron varias consultas en relación con la afiliación al Sistema General de Pensiones de los trabajadores que consolidaron su derecho pensional bajo el régimen exceptuado antes de la fecha prevista en el Acto Legislativo No. 1 de 2005 y sobre las causales de desvinculación con ocasión del reconocimiento pensional, destacándose los pronunciamientos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social (19 de noviembre de 2007), Ministerio de la Protección Social – Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo (10240-296842 del 21 de septiembre de 2009), Ministerio de la Protección Social – Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones (20 de abril de 2010) y Ministerio de Hacienda y Crédito Público (6 de agosto de 2010):

a. Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social (19 de noviembre de 2007):

"Estas personas en la medida en que el 1º de agosto de 2010 tendrán causado el derecho a una pensión en el régimen exceptuado no deben cotizar al Sistema a partir de la mencionada fecha, teniendo en cuenta que no se puede pertenecer simultáneamente a dos regímenes, el exceptuado y el general".

b. Ministerio de la Protección Social – Oficina Asesora Jurídica y Apoyo Legislativo (10240-296842 del 21 de septiembre de 2009):

"(…) no existe una norma que establezca para los empleadores, la facultad u obligación de terminar la relación laboral con los trabajadores que han cumplido los requisitos para obtener una pensión convencional, salvo estipulación convencional en tal sentido. Por lo tanto, consideramos que los trabajadores citados en su primera pregunta podrían seguir laborando en la empresa. El pago de la pensión ***convencional*** *de estos trabajadores, estará a cargo de la entidad que suscribe la convención colectiva. (Cursiva y subrayas fuera de texto)".*

c. Ministerio de la Protección Social – Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones (20 de abril de 2010):

"(…) se considera que no existiría ningún impedimento de orden legal, para que las personas que cumplan el estatus jurídico de pensionados de conformidad con los requisitos señalados en la convención colectiva de trabajo o en el Acuerdo 01 de 1997 (sic) hasta el 31 de julio de 2010, con posterioridad a dicha fecha puedan continuar laborando al servicio de la entidad, sin que ello implique de modo alguno que al mismo tiempo puedan percibir sueldo y pensión.

Sin embargo, a partir del 1º de agosto de 2010, fecha en que los trabajadores y pensionados de Ecopetrol quedan definitivamente incorporados al Sistema General de Pensiones, la empresa podrá dar por terminada con justa causa la relación laboral, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, (…)".

(…) las personas que hayan consolidado el estatus jurídico de pensionado al 31 de julio de 2010, no tendrán la calidad de afiliados forzosos al Sistema General de Pensiones, pues de conformidad con el inciso 2º del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones cesa cuando, se han cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez, que sería el caso de estas personas. (Subrayas fuera de texto)".

a. Ministerio de Hacienda y Crédito Público (6 de agosto de 2010):

"6. Los trabajadores con requisitos cumplidos, es decir que tenían una situación consolidada en el régimen exceptuado de Ecopetrol en lo que refiere a edad y tiempo, no ingresan como afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, en la medida que se van a pensionar por el régimen exceptuado en el cual se causó su pensión y su afiliación al Sistema General de Pensiones implicaría una afiliación simultánea a dos regímenes.

(…)

7. Así las cosas, los trabajadores que no hayan cumplido los requisitos para acceder a la pensión legal o extralegal al fenecimiento del régimen exceptuado, deberán escoger el régimen y la administradora del Sistema General de Pensiones a la cual desean afiliarse a partir del 1º de Agosto de 2010, pues a partir de dicha fecha no estarán cobijados ni por el régimen de excepción ni por el régimen extralegal".

12. Señalan los Ministros en la consulta que: (i) un número de trabajadores de Ecopetrol causaron su derecho pensional en el marco del régimen convencional antes de la expiración del régimen exceptuado (antes del 31 de julio de 2010), (ii) la Entidad "*adoptó la decisión de reconocer unilateralmente la pensión de jubilación a su cargo y, de manera consecuente, dar por terminado su contrato individual de trabajo por justa causa"* atendiendo los conceptos referidos y en ejercicio de las facultades otorgadas por la misma Convención Colectiva de Trabajo 2009-2014[459] (acuerdo bajo el cual se causó el derecho pensional) y por el Código Sustantivo del Trabajo, (iii) algunos de estos trabajadores eran dirigentes sindicales por lo que se iniciaron procesos especiales de levantamiento de fuero, cuyo resultado en algunos despachos judiciales fue la negativa de la autorización para dar por terminados los contratos de trabajo, argumentando que la justa causa contemplada en el artículo 62, literal a), numeral 14 del Código Sustantivo de Trabajo hace referencia al reconocimiento de pensión legal y no convencional, (iv) las decisiones judiciales tienen fundamento *"en la jurisprudencia emitida de manera pacífica y reiterada por la Corte Suprema de Justicia en el mismo sentido, en todo caso antes de la expedición del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, y bajo contextos distintos a un régimen exceptuado como el que tenía a su cargo Ecopetrol S.A".*

13. Indican en consecuencia que *"el problema jurídico objeto de consulta, apunta a dos situaciones:*

459 En pie de página de la consulta se transcribe la disposición de la convención colectiva 2009 – 2014 que refiere a la facultad que tiene Ecopetrol para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa cuando se reconoce la pensión de jubilación: *2"ARTÍCULO 109.- (…) Esta pensión de jubilación se reconocerá a solicitud del trabajador o por decisión de la Empresa" (Subrayas fuera de texto). // Así mismo, el Artículo 121 convencional disponía que "Parágrafo 3º La Empresa, para efectos de jubilar a los trabajadores que reúnan los requisitos de ley o de esta Convención, por ser estos acreedores al beneficio de la pensión de jubilación, podrá dar por terminado el contrato de trabajo, mediante un aviso de un (1) mes dado por escrito sin que haya lugar a reconocimiento de ninguna de las indemnizaciones a que se refiere éste (sic) Artículo". // Adicionalmente, el Parágrafo 4º señalaba: "Para todos los efectos legales, el caso de justa causa de despido señalado en el numeral 14, Artículo 7º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, sólo es aplicable al trabajador que haya de recibir pensión plena y no en los casos de jubilación restringida".*

1. *Determinar si es legalmente posible la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa en razón al reconocimiento de una pensión de jubilación contenida en un acuerdo convencional que, a su vez, se aplica con ocasión del régimen exceptuado de Ecopetrol frente a derechos causados antes de la expiración de la cláusula convencional o en todo caso, antes del 31 de julio de 2010 en virtud de lo proveído en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º del Decreto Reglamentario 807 de 1994?*

2. *De ser negativa esta facultad cuál sería entonces el régimen legal aplicable en materia pensional a los trabajadores que teniendo un derecho pensional convencional causado en el marco del régimen exceptuado continuaron trabajando para Ecopetrol y no fueron afiliados al Sistema General de Pensiones a partir del 1º de agosto de 2010".*

Con base en lo antes reseñado formulan las siguientes **PREGUNTAS**:

"Con ocasión de la expedición del Acto Legislativo Nº 01 de 2005 y las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan en materia pensional, específicamente frente al régimen del personal que venía siendo cobijado por el régimen exceptuado en materia pensional a cargo de Ecopetrol S.A. y causaron un derecho a su favor, se ha considerado pertinente acudir ante esa alta Corporación, con el fin de obtener su concepto sobre los siguientes aspectos:

1) *¿Cuál es el régimen legal pensional de los trabajadores de Ecopetrol S.A. que causaron un derecho pensional convencional en el marco del régimen exceptuado consagrado en la Ley 100 de 1993, y que no fueron afiliados al Sistema a partir del 1º de agosto de 2010 y continuaron laborando?*

2) *¿Resulta viable que Ecopetrol S.A., previo reconocimiento unilateral de la pensión convencional causada en vigencia de su régimen exceptuado, desvincule a sus trabajadores por la justa causa prevista en el artículo 62, literal a), numeral 14 del Código Sustantivo del Trabajo?*

3) *En caso de respuesta afirmativa al interrogante anterior, ¿cuál sería el fundamento jurídico de tal determinación?*

4) *En caso que se concluya que los trabajadores con un derecho pensional convencional causado en el marco del régimen exceptuado deban ser afiliados al Sistema General de Pensiones:*

   a. *¿Cuál es el mecanismo a través del cual Ecopetrol S.A. deberá efectuar dichas afiliaciones y trasladar los aportes correspondientes a los períodos anteriores?*

   b. *¿Operaría la compartibilidad pensional?*

c. *En caso que la respuesta al literal anterior sea afirmativa,* ¿qué acciones tendría que adoptar Ecopetrol S.A. una vez los trabajadores soliciten el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a su favor?

d. *¿La obligación de Ecopetrol S.A. se concretaría en expedir los bonos pensionales a su cargo, conforme a lo previsto en el Decreto 876 de 1998, con destino a las administradoras de pensiones a las que se encuentren afiliados los trabajadores?"*

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: **(I)** Naturaleza Jurídica de Ecopetrol - Régimen Laboral y Pensional aplicable a sus trabajadores: **A.** Naturaleza Jurídica, **B.** Régimen Laboral, **C.** Régimen Pensional, **(II)** Acto Legislativo No. 1 de 2005 – Finalización de los regímenes pensionales de excepción - Derechos adquiridos – Causación del derecho pensional: **A.** Acto Legislativo No. 1 de 2005 - Finalización de los regímenes pensionales de excepción, **B.** Derechos adquiridos – Causación del derecho pensional, **(III)** El reconocimiento de la pensión de jubilación (hoy de vejez) como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: **A.** Evolución normativa y jurisprudencial de la justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono por reconocimiento de la pensión de jubilación (hoy de vejez) contenida en el Código Sustantivo del Trabajo y sus modificaciones correspondientes, **B.** Convenciones Colectivas de Trabajo – Alcance, **C.** Convenciones Colectivas de Trabajo en el marco del Acto Legislativo No. 1 de 2005, **D.** Convención Colectiva de Trabajo vigente en Ecopetrol, **(IV)** Conclusiones.

(I) Naturaleza Jurídica de Ecopetrol - Régimen Laboral y Pensional aplicable a sus trabajadores.

A. Naturaleza Jurídica.

La Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, (hoy Ecopetrol S.A.), fue constituida mediante el Decreto 30 de 1951[460], adicionado por el Decreto 2027 de 1951[461], como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, según autorización de la Ley 165 de 1948[462].

Posteriormente, fue transformada en una sociedad pública por acciones, del tipo de las sociedades anónimas, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto Ley 1760 de 2003 y, en tal carácter, estaba so-

460 "Por el cual se organiza la Empresa Colombiana de Petróleos".

461 Decreto 2027 de 1951 "Por el cual se adiciona el Decreto número 0030 de enero 9 de 1951". Esta adición consistió en definir como régimen que regirá las relaciones de trabajo de la Empresa Colombiana de Petróleos el derecho común laboral contenido en el Código Sustantivo de Trabajo. Esto por cuanto la sustitución de patrono operada con motivo de la reversión de la Concesión de Mares al Estado impuso legalmente la continuidad del régimen laboral que se aplicaba a los trabajadores al servicio de esa concesión.

462 "Por la cual se promueve la organización de una empresa colombiana de petróleos y se dictan otras disposiciones".

metida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, de acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998[463].

Luego, Ecopetrol se transformó en una sociedad de economía mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, sujeta al régimen del derecho privado, según lo dispuesto por la Ley 1118 de 2006, artículo 6º[464]. Esta transformación no operó de pleno derecho sino que quedó materializada una vez se adjudicaron a los particulares las acciones cuya emisión y colocación autorizó la ley, se hizo la reforma estatutaria según lo dispuesto por el artículo 167 del Código de Comercio[465] y se elevó a escritura pública de conformidad con los artículos 110 y 158 del mismo código[466].

Es de anotar que la Sala de Consulta y Servicio Civil con anterioridad había hecho referencia a la naturaleza jurídica de Ecopetrol en diversos pronunciamientos, tanto en conceptos como al resolver conflictos de competencia[467].

B. Régimen Laboral

El régimen laboral es aquel que regula las relaciones entre empleadores y trabajadores, y como se manifestó en líneas anteriores, el régimen laboral de los trabajadores de la Empresa Colombiana de Petróleos se regía por el derecho privado (Código Sustantivo del Trabajo), de conformidad con lo establecido por el Decreto 2027 de 1951.

Este régimen privado continuó con la expedición del Decreto Ley 1760 de 2003, al señalarse en el artículo 55 lo siguiente*: "Planta de personal actual. Los funcionarios de la planta de personal de la Empresa Colombiana de Petróleos –Empresa Industrial y Comercial del Estado– vigente a la fecha de promulgación del presente decreto continuarán con sus contratos laborales, en las mismas condiciones en las que fueron suscritos".*

Transformada la naturaleza jurídica de Ecopetrol en sociedad de economía mixta, mediante la Ley 1118 de 2006, los servidores públicos pasaron a tener el carácter de trabajadores particulares bajo el entendido que el régimen laboral aplicable es el del derecho privado: las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención

463 Ley 489 de 1998, artículo 38. *"Integración de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional. (…) Parágrafo 1º. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. (…)".*

464 Ley 1118 de 2006, artículo 6º. *"Régimen aplicable a Ecopetrol S.A. Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S.A.,* ***una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa"***. (Resaltado nuestro).

465 Código de Comercio, artículo 167. *"Reforma del contrato social por transformación de sociedad. Una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este código,* ***mediante una reforma del contrato social****. La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio".* (Resaltado nuestro).

466 Código de Comercio, artículos 110 y 158. Artículo 110: *"Requisitos para la constitución de una sociedad. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (…)"* Artículo 158: *"Requisitos para la reforma del contrato de sociedad. Toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma. / Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros. Las reformas tendrán efectos entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos".*

467 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1873 del 21 de febrero de 2008 y Conflicto de Competencia radicación 11001-03-06-000-201700134 00 del 27 de noviembre de 2017.

Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten[468].

La reafirmación del régimen laboral de los trabajadores de Ecopetrol mediante la expedición de la Ley 1118 de 2006 obedeció a la necesidad del legislador de darle claridad a dicho régimen. Esto quedó planteado en los diferentes debates del proyecto de ley[469].

Es importante precisar que cuando la norma (artículo 7º de la Ley 1118 de 2006) hace referencia a que los servidores públicos de Ecopetrol pasan a tener el carácter de trabajadores particulares es para definir el régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo mas no a su condición de servidores públicos la cual conservan. Así lo señaló la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad de la mencionada disposición:

> *"(…) En efecto, contra lo que parece entender el demandante, en la disposición acusada no se está disponiendo que, al producirse el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A., quienes laboran para la aludida empresa perderán su condición de servidores públicos para pasar a convertirse en trabajadores particulares.*
>
> *Si se toma el texto integral de la disposición contenida en el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, se pone en evidencia cómo, de lo que se trata es de señalar el régimen laboral aplicable a los servidores de Ecopetrol S.A. y, para tal efecto, se empieza por ratificar su condición de servidores públicos, para señalar luego que dichos servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo, disposición que se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución, según el cual los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos.*
>
> *Significa lo anterior que la asignación del carácter de trabajadores particulares a los servidores públicos - para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustan-*

468 Ley 1118 de 2006, artículo 7: "***Régimen laboral.*** *Una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A., la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol S. A. tendrán el carácter de trabajadores particulares y por ende, a los contratos individuales de trabajo continuarán aplicándoles las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten. / Los trabajadores y pensionados de Ecopetrol S. A. continuarán rigiéndose por las normas que hoy les son aplicables en materia de seguridad social. /* ***Parágrafo 1o.*** *A Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, no le será aplicable la disposición contenida en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 y las normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan".* (Aparte declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 722-07).

469 Ponencia para primer debate Senado al proyecto de ley 113 de 2006 Senado, 125 de 2006 Cámara (Gaceta del Congreso No. 458 del 17 de octubre de 2006. Consultado en la página http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3 el 10 de febrero de 2018): *"Artículo 7°. Régimen laboral de Ecopetrol S. A. El actual régimen laboral de Ecopetrol S. A. es particularmente confuso en la medida en que, por virtud de lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2027 de 1951, se está frente a trabajadores oficiales a quienes se les aplica íntegramente el Código Sustantivo del Trabajo. Este hecho ha generado dificultades de interpretación e inseguridad jurídica, como quiera que concurran (sic), en determinadas circunstancias, disposiciones de orden laboral administrativo que entran en contradicción con las del régimen ordinario. / Bajo el nuevo contexto en que se debe desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A. con criterios de competitividad en el mercado tanto nacional como internacional, el panorama del manejo de las relaciones laborales no resulta armónico con un régimen de compensación, estabilidad, disciplinario, entre otros, dirigidos a los servidores públicos. / La necesidad de Ecopetrol S. A. de ser competitiva dentro del mercado del trabajo, a efecto de garantizar la retención de personal altamente calificado y atraer nuevos talentos, sólo podrá lograrse encuadrando las relaciones laborales de la Empresa en el marco exclusivo del régimen laboral ordinario…. / Así las cosas, en el artículo 7° del proyecto se define que la totalidad de los empleados de Ecopetrol S. A. tendrán el carácter de trabajadores particulares y, en aras de garantizar que el cambio no implica vulneración alguna de los derechos laborales individuales y colectivos de los servidores actuales de la Empresa, se ratifica la plena vigencia de las condiciones establecidas en los contratos individuales de trabajo y convenios de derecho laboral colectivo existentes, esto es las contenidas en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977".* Esta motivación fue reiterada a través de los diferentes debates, tal como se evidencia en las ponencias para segundo debate Senado (Gaceta del congreso No. 600 del 1 de diciembre de 2006), para segundo debate Cámara (Gacetas del Congreso Nos. 627 del 6 de diciembre de 2006, 631 del 7 de diciembre de 2006 y 644 del 11 de diciembre de 2006.

tivo de Trabajo y para asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores - resulta constitucionalmente admisible en la medida en que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores y se asegure la plena observancia de lo dispuesto en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política.

De otra parte, hay que tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y los estatutos de la empresa (Decretos 1209 de 1994 y 2933 de 1997), todas las personas vinculadas a la entidad son trabajadores oficiales, con excepción del Presidente y el jefe de la oficina de control interno, quienes son empleados públicos de libre nombramiento y remoción (artículo 35)[47]"(…)[470].

En conclusión, el régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales de los trabajadores de Ecopetrol es el del derecho privado y una de las normas propias del régimen laboral es aquella que señala las justas causas para dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo, entre las que se encuentra el reconocimiento de la pensión de jubilación, causal esta que se explicará más adelante para definir su viabilidad cuando hay reconocimiento de una pensión de jubilación convencional.

C. Régimen Pensional.

Al igual que el régimen laboral, el régimen pensional de los trabajadores de la Empresa Colombiana de Petróleos se regía por el derecho privado (Código Sustantivo del Trabajo), según lo dispuesto por los Decretos 2027 de 1951 y 1760 de 2003.

El artículo 7º de la Ley 1118 de 2006, inciso 2º precisó que "*Los trabajadores y pensionados de Ecopetrol S. A. continuarán rigiéndose por las normas que hoy les son aplicables en materia de seguridad social*", es decir por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, la Convención Colectiva de Trabajo, el Acuerdo 01 de 1977 expedido por la Junta Directiva y el Sistema General de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993 para los trabajadores que hayan ingresado a la empresa a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003 (enero 29) y para aquellos que no hayan causado su derecho en los términos del Acto Legislativo No. 1 de 2005.

El régimen pensional existente en Ecopetrol al momento de entrar en vigencia la Ley 1118 de 2006, y el cual continuó vigente por disponerlo así el artículo 7º ibídem, era el siguiente:

- **Pensión legal de jubilación:** La establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo: (i) 55 años de edad para los hombres y 50 años de edad para las mujeres, (ii) 20 años de servicio a la Empresa y (iii) cuantía del 75% del promedio mensual de salarios devengados en el último año de servicios.

- **Pensión extralegal denominada "Plan 70":**

470 Corte Constitucional, Sentencia C-722 de 2007. La cita siguiente es del original del texto: [47] Cfr. Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-336 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

- **Personal convencional:** Para el personal beneficiado con la Convención Colectiva de Trabajo. Se reconoce la pensión plena de jubilación al trabajador que haya prestado como mínimo 20 años de servicio a la Empresa y reúna 70 puntos si es hombre, o 68 si es mujer, en un sistema en el que cada año completo de servicio equivale a un (1) punto y cada año cumplido de edad equivale a otro punto.

- **Personal Directivo:** Se le reconoce al personal directivo, técnico y de confianza que se haya adherido voluntariamente a dicho plan, siempre que haya ingresado antes del 1º de enero de 1978, de conformidad con el Acuerdo No. 01 de 1977 expedido por la Junta Directiva de Ecopetrol.

• Régimen pensional del Sistema General de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993 para los trabajadores que hayan ingresado a la empresa a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003 (enero 29) y para aquellos que no hayan causado su derecho en los términos del Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Seguridad Social aplicable a todos los habitantes del territorio nacional[471] salvo las excepciones señaladas en el artículo 279 ibídem[472] dentro de las cuales se encuentran los servidores públicos de Ecopetrol.

Este artículo 279 de la Ley 100 de 1993 fue reglamentado por el Decreto 807 de 1994, disposición que en su artículo 1º[473] reiteró que los trabajadores de Ecopetrol continuarían rigiéndose por el Sistema de Seguridad Social que se les venía aplicando: (i) Código Sustantivo del Trabajo, artículo 260, (ii) Convención Colectiva de Trabajo, (iii) Acuerdo 01 de 1977 de la Junta Directiva y (iv) todas las normas internas de la Empresa que regían con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Como se observa, todos los trabajadores de Ecopetrol estaban exceptuados de la aplicación del Régimen de Seguridad Social en Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993 hasta la expedición de la Ley 797 de 2003, la cual en su artículo 3º[474] incluyó como afilia-

471 Ley 100 de 1993, artículo 11: ***"Campo de aplicación.*** *<Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general. / Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes".*

472 Ley 100 de 1993, artículo 279, inciso 4: *"… Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol".*

473 Decreto 807 de 1994, artículo 1º: *"Régimen de seguridad social de la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol. Los servidores públicos y pensionados de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, continuaran rigiéndose por el* ***sistema de Seguridad Social que se les venía aplicando****, establecido en la ley, en la convención colectiva de trabajo, en el acuerdo número 01 de 1977 expedido por la junta directiva y en las demás normas de (sic) internas de la empresa y que regían con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993. / Por lo tanto los requisitos en cuanto a edad, tiempo de servicios, cuantía y demás condiciones para el reconocimiento de la pensión legal de jubilación a cargo de la Empresa, serán los que preveían los artículos 260 y siguientes del Código sustantivo del Trabajo".* (Resaltado nuestro).

474 Ley 797 de 2003, artículo 3: *"El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, quedará así: Artículo 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones: 1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus*

dos al Sistema General de Pensiones a los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol a partir de la vigencia de dicha ley, es decir a partir del 29 de enero de 2003, fecha en que quedó publicada en el *Diario Oficial* No. 45.079.

Posteriormente, con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2005 se limitó en el tiempo la vigencia de los regímenes exceptuados (pierden vigencia el 31 de julio de 2010), como es el caso de Ecopetrol. Sin embargo, se preservó el derecho de aquellos trabajadores que hubiesen causado su pensión bajo dicho régimen excepcional y antes que este perdiera su vigencia, por lo que para ellos continúa aplicándoseles tal régimen en su integridad.

En conclusión: (i) a partir del 29 de enero de 2003 fecha en que entró a regir la Ley 797 de 2003, comenzó el proceso de incorporación al Sistema General de Pensiones de los trabajadores que desde tal fecha ingresaron a Ecopetrol, y (ii) con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2005 (25 de julio de 2005, *Diario Oficial* No. 45.980) que puso fin a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social, se culminó el proceso de incorporación de todos los trabajadores que a 31 de julio de 2010 no hubiesen consolidado su derecho pensional bajo el régimen excepcional que regía en dicha empresa. A partir de esta última fecha, el único sistema en materia pensional vigente, salvo algunas excepciones, es el regulado por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, respetando en todo caso los derechos adquiridos.

Sobre el particular, la doctrina ha señalado lo siguiente:

> *"Por disposición de la Ley 797 de 2003. La Ley 797 del 29 de enero de 2003 art. 3º, mediante el cual se modificó el art. 15 de la Ley 100 de 1993, dispuso que "(sic) los servidores públicos de Ecopetrol con vinculación laboral anterior a la Ley 797 del 2003 se seguirían rigiendo por las disposiciones anteriores, pero quienes ingresen con posterioridad se incorporarán al Sistema General de Pensiones para lo que tiene que ver con las prestaciones económicas de ley.*
>
> *Por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005. A fecha 31 de julio de 2010, expiraron en Colombia los regímenes de pensiones exceptuados del Sistema General de Seguridad. De acuerdo con lo allí establecido, con pronunciamientos jurídicos del Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Trabajo, sobre la materia, puede concluirse que quienes antes del 1º de agosto de 2010 cumplieron los requisitos de edad y tiempo de servicio, continuo o discontinuo, exigidos por la ley, la Convención Colectiva de Trabajo vigente y el Acuerdo 01 de 1977, consolidaron su derecho a la pensión; mientras que los demás trabajadores que no quedaron cubiertos ingresan obligatoriamente al Sistema General de Pensiones y será la administradora de pensiones (Colpensiones o Fondo*

---

características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales. / ***También serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y se regirán por todas las disposiciones contenidas en esta ley para todos los efectos, los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la presente ley****…"* (Resaltado nuestro).

Privado de Pensiones) escogida por el trabajador, la encargada de reconocer y pagar la respectiva pensión"[475].

(II) Acto Legislativo No. 1 de 2005 – Finalización de los regímenes pensionales de excepción - Derechos adquiridos – Causación del derecho pensional.

A. Acto Legislativo No. 1 de 2005 - Finalización de los regímenes pensionales de excepción.

El principal objetivo del Acto Legislativo No. 1 de 2005 *"fue **homogeneizar** los **requisitos y beneficios pensionales** en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema"*[476] garantizando en todo caso los derechos adquiridos, razón por la cual se incorporaron modificaciones al artículo 48 de la Constitución Política[477].

En la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo citada en sentencia del Consejo de Estado, pueden leerse los motivos que llevaron a su promulgación:

> *"Vale la pena señalar, que el marco general que justificó la promulgación del mencionado acto legislativo, quedó compendiado en la exposición de motivos[12] así:*
>
> > *"El proyecto de Acto Legislativo que se presenta a consideración del Congreso constituye un elemento fundamental del conjunto de medidas que se han venido adoptando para hacerle frente **a los graves problemas que se presentan en materia de financiación del pasivo pensional**.*

475 Congote Zapata, Adelina Rosa y Muñoz Ramírez, Luis Fernando. *Pensiones. Regímenes Especiales y Exceptuados.* Primera Ed. Bogotá. Ediciones UNAULA, 2016, 266 p. ISBN: 978-958-8869-51-3.

476 Corte Constitucional, Sentencia SU 555 de 2014.

477 Se transcriben únicamente los incisos y parágrafos introducidos por el Acto Legislativo No. 1 de 2005 relacionados con los derechos adquiridos y con la eliminación de los regímenes de excepción, por ser los temas de importancia para la presente consulta: **En cuanto a los derechos adquiridos se estipuló lo siguiente:** *"<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional,* ***respetará los derechos adquiridos*** *con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas". (Resaltado nuestro). "<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:>* ***Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley****, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".* (Resaltado nuestro). *"<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:>* ***En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos"****.* (Resaltado nuestro). **Respecto a los regímenes de excepción señaló el constituyente derivado lo siguiente:** *"<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:>* ***A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados****, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo.* (Resaltado nuestro). *"<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.* ***Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento"****.* (Resaltado nuestro). ***"Parágrafo 2º.*** *<Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:>* ***A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".*** (Resaltado nuestro). ***"Parágrafo TRANSITORIO 2o.*** *<Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:>* ***Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable*** *a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República,* ***y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".*** (Resaltado nuestro). ***"Parágrafo transitorio 3º.*** *<Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:>* ***Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".*** (Resaltado nuestro).

A través de dicho proyecto ***se introduce como criterio el que debe procurarse la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social****, asegurando realmente la efectividad del derecho a una pensión para todos los colombianos, y conciliando el derecho a las pensiones con la necesidad que tiene el Estado de destinar recursos para atender sus deberes frente a todos los colombianos en materia de salud, educación y otros gastos sociales. Buscando lograr esto también se establece que a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo el Sistema General de Pensiones solo reconocerá trece mesadas al año.*

Adicionalmente el presente Acto Legislativo busca asegurar que el sistema pensional colombiano sea equitativo para todos los colombianos, para lo cual señala que a partir del 2008 los requisitos y beneficios pensionales serán los que establezca la Ley del Sistema General de Pensiones". (negrillas y subrayas fuera de texto original).

Y respecto del caso puntual de las convenciones colectivas, como fuente de derechos pensionales determinó la misma exposición de motivos[13]:

Como ya se dijo, el artículo 48 de la Constitución Política estableció que la seguridad social se prestaría con arreglo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Bajo estos principios la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema General de Pensiones. Para lograr una armonía en materia pensional, la Ley 100 de 1993 al desarrollar el precepto constitucional, previó claramente el respeto de los derechos adquiridos "conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo", pero igualmente dejó claro que ello era "sin perjuicio del derecho de denuncia que les asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes". ***Lo anterior con el claro propósito que las convenciones y pactos colectivos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y al hecho de que la pensión ya no puede considerarse simplemente una consecuencia de una relación laboral sino una prestación derivada del régimen de seguridad social organizado por el legislador****.*

Sin embargo, ***dado que la Constitución Política garantiza el derecho a la negociación colectiva, con las excepciones previstas en la ley****, no se ha podido lograr el propósito de la Ley 100, expresado en su artículo 11, pues aún existe la posibilidad de continuar estableciendo reglas particulares en materias pensionales, por lo cual y a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha afirmado reiteradamente que los beneficios pensionales deben armonizarse con la Ley 100 de 1993, no solamente no se han armonizado las convenciones colectivas con la ley,* ***sino que se siguen suscribiendo convenios en los que las entidades se obligan a asumir directamente nuevas obligaciones pensionales, privilegiando a ciertos servidores y rompiendo la igualdad que quiso el Constituyente imprimirle al régimen de seguridad social****.*

En efecto, la universalidad del régimen de seguridad social, según la Corte Constitucional presupone la garantía de la protección para todas las personas, sin

ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida y esa garantía sin discriminación solamente puede ofrecerla un sistema unificado que no pueda ser variado por voluntad de un sector de sus titulares.

*Por lo anterior, **y con el fin de lograr el propósito que inspira el artículo 48 de la Constitución Política es necesario establecer claramente que el régimen pensional no se encuentra dentro del ámbito de la negociación colectiva**.*

*Lo anterior **es además particularmente imperioso si se tienen en cuenta no solo los principios que deben regir el sistema de seguridad social sino también las consecuencias económicas de la situación actual**.*

*En efecto, **uno de los elementos fundamentales para el diseño, implementación y desarrollo de un sistema pensional lo constituyen sus soportes económicos y financieros**. Desde este punto de vista los regímenes pensionales de origen convencional han representado, y si no se corrige la situación actual continuarán haciéndolo, un considerable esfuerzo para las finanzas públicas y privadas para el desarrollo y crecimiento de la economía.*

De hecho, se están destinando a financiar regímenes pensionales especiales cuantiosos recursos que podrían dirigirse a ampliar la cobertura del sistema general de seguridad social y a incrementar la inversión social o a generar mayor desarrollo del país.

***No sobra señalar que en el caso del sector público dichos regímenes convencionales se han creado muchas veces sin cuantificar su efecto final, de tal manera que se han creado regímenes inequitativos que a la postre han puesto en peligro la existencia misma de las respectivas empresas**. El sector privado no es ajeno a esta situación. De hecho se evidencia hoy cómo muchas empresas de ese sector se han visto afectadas para continuar operando por efecto del costo que para ellas representa su pasivo pensional.*

Las razones anteriores justifican claramente la necesidad de establecer que la negociación colectiva no debe incluir el régimen pensional". (Negrillas y subrayas fuera de texto original)".[478]

El Acto Legislativo No. 1 de 2005 se ocupó de los siguientes asuntos, tal como lo había señalado la Sala en oportunidades anteriores:

"a) Los requisitos necesarios para adquirir el derecho a la pensión: "Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala

478 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia radicada bajo el No. 76001-23-33-000-2014-01231-01(3787-16) del 1 de junio de 2017. Las siguientes citas son del original del texto: [12] Gaceta del Congreso 385 del 27 de julio de 2004, Cámara de Representantes. [13] Ídem.

la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia…" (inciso tercero del artículo 1º del acto legislativo 01 del 2005);

b) Las condiciones para entender causado el derecho a la pensión: "… Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento" (segunda parte del inciso octavo del mismo artículo 1º);

c) El respeto a "todos los derechos adquiridos" en materia pensional (inciso cuarto del mismo artículo 1º);

d) El régimen legal como único en materia de pensiones, ordenando la aplicación exclusiva de las leyes del Sistema General de Pensiones en cuanto a "los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas", prohibiendo "dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido" (inciso 5º del mismo artículo 1º);

e) La prohibición de regímenes especiales y exceptuados, salvo los del Presidente de la República, los miembros de la Fuerza Pública (inciso séptimo del artículo 1º), y las situaciones reguladas en los parágrafos del artículo 1º de dicho acto legislativo".[479]

Fue insistente el Acto Legislativo en fijar como fecha el 31 de julio de 2010 no solo para la consolidación de los derechos pensionales y por ende hacerse beneficiario del régimen pensional especial o exceptuado, sino para ponerle fin a la vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados y que se encontraban rigiendo a la fecha de entrada en vigencia del mismo (25 de julio de 2005)[480].

479 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2038 del 26 de noviembre de 2010.

480 Sobre la vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005 es importante citar dos sentencias proferidas por la Corte Constitucional. La primera la **sentencia C-178 de 2007** en la que la Corte se pronunció, entre otros por el vicio de procedimiento relacionado con la corrección de yerros caligráficos de los Actos Legislativos indicando que el Acto Legislativo No. 1 de 2005 nació a la vida jurídica independientemente que se hubiera publicado con un yerro caligráfico en su título. Dijo la Corte al respecto: *"El Acto Legislativo 01 de 2005 siguió el trámite previsto para la expedición de reformas a la Constitución. Este Acto, después de haber surtido los debates en dos periodos legislativos consecutivos, fue sancionado por los Presidentes de cada Cámara y por sus secretarios el día 22 de julio de 2005. El Acto fue publicado en el Diario Oficial 45980 del 25 de julio de 200541. Sin embargo, dicha publicación contenía yerros caligráficos en lo que se refiere al título pues éste fue publicado como "proyecto de Acto de Legislativo (Segunda Vuelta)". Para corregir dichos errores el Presidente expidió el Decreto 2576 del 27 de julio de 2005 "por el cual se corrige un yerro en el título del Acto Legislativo número 01 de 2005, "por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política". /* ***Aun cuando el Acto Legislativo hubiere sido publicado con yerros caligráficos en su título, éste nació a la vida jurídica. Cosa diferente es que después el Presidente hubiera expedido un decreto que corregía su título,*** *asunto que será luego analizado en la presente sentencia".* (Resaltado nuestro). La siguiente cita es del original del texto: *[41]* ***Diario Oficial 45.980 / Proyecto de acto legislativo 01 / 22/07/2005*** */* por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. / (Segunda Vuelta) / El Congreso de Colombia / DECRETA: / (…) / El Presidente del honorable Senado de la República, / *Luis Humberto Gómez Gallo.* / El Secretario General del honorable Senado de la República, / *Emilio Ramón Otero Dajud.* / La Presidenta de la honorable Cámara de Representantes, / *Zulema del Carmen Jattin Corrales.* / El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes, / *Angelino Lizcano Rivera.* / República de Colombia - Gobierno Nacional / Publíquese y ejecútese. / Dado en Bogotá, D. C., a 22 de julio de 2005. / Álvaro Uribe Vélez / El Ministro de Hacienda y Crédito Público, / *Alberto Carrasquilla Barrera.* / El Ministro de la Protección Social, / *Diego Palacio Betancourt.*
Y la segunda, la **sentencia SU-555 de 2014** en la que se aclaró que si bien la primera publicación se efectuó el 25 de julio de 2005 en el Diario Oficial 45.980 de dicha fecha, hubo un yerro en el encabezado del Acto Legislativo lo que obligó a hacer la corrección mediante el Decreto 2576 del 27 de julio de 2005 el cual se publicó el 29 de julio de 2005 en el Diario Oficial 45.984, razón por la cual la Corte Constitucional tuvo en cuenta la segunda publicación para determinar su vigencia con el fin de determinar la caducidad de la acción pública contra dicho Acto Legislativo. Señaló la Corte en dicha sentencia: "Este Acto Legislativo se publicó por primera vez el 25 de julio de 2005 en el Diario Oficial No. 45980 de esa fecha. Sin embargo, en dicha oportunidad hubo un yerro en el encabezado y en lugar de decir "Acto Legislativo" decía "Proyecto de Acto Legislativo"; igualmente, en la publicación decía entre paréntesis "(segunda vuelta)". Como consecuencia de lo anterior, se expidió el Decreto 2576 de julio 27 de 2005, que ordenó corregir el error y publicar nuevamente, orden que fue cumplida en el Diario Oficial No. 45984 del 29 de julio de 2005. / ***En virtud de lo expuesto, y para efectos de determinar la caducidad de la acción pública contra este Acto Legislativo, en sentencia C-180 de 200727 esta Corte señaló que la fecha de promulgación del mismo sería el 29 de julio de 2005. / En esta oportunidad, en consonancia con la anterior posición y en aplicación del principio de favorabilidad laboral [28], esta Sala tendrá, para todos los efectos que ello produzca, la segunda publicación (29 de julio de 2005), ya corregida, como fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005"***. (Resaltado nuestro). Las siguientes citas son del original del texto de la sentencia: [27] M. P. Rodrigo Escobar. [28] Artículo 53 Superior.

B. Derechos adquiridos – Causación del derecho pensional

El Acto Legislativo No. 1 de 2005 incorporó el concepto de **derecho adquirido** como un mandato constitucional y señaló expresamente que para adquirir el derecho a la pensión se requiere cumplir con los requisitos de edad, tiempo de servicio y las semanas de cotización o el capital necesario. El cumplimiento de estos requisitos es lo que se conoce como **causación del derecho**, y en las voces del mismo Acto Legislativo, basta con el cumplimiento de estos con anterioridad al 31 de julio de 2010 para que dicha **pensión se cause** sin necesidad que se hubiese efectuado el reconocimiento.

Por ende, si se cumplen los requisitos para acceder a la pensión en vigencia de un régimen excepcional como es el de Ecopetrol y antes que dicho régimen sea expulsado del ordenamiento jurídico (pierde vigencia el 31 de julio de 2010), se le respeta su derecho a acceder a su pensión bajo dicho régimen así a la fecha no se haya realizado el reconocimiento de esta. El derecho se adquiere con la consolidación de los requisitos de pensión no con su reconocimiento. Lo anterior bajo el entendido que el régimen pensional excepcional contempla un nivel de protección igual o superior que el régimen pensional general, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C- 173 de 1996.

La Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes que crean la televisión privada en Colombia, hizo un amplio análisis sobre los derechos adquiridos, señalando al respecto:

> *"En primer lugar es necesario precisar la noción de derecho adquirido:*
>
> > *"La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa... Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.*
> >
> > *"Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.*
> >
> > *"Ajusta mejor a la técnica denominar "situación jurídica concreta o subjetiva", al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución...y "situación jurídica abstracta u objetiva" a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una nueva persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona"*[14]
>
> *Es decir, que el derecho sólo se perfeccionaba previo el cumplimiento de esa condición, lo que significa que mientras ello no sucediera el concesionario apenas tenía una expectativa.*

> *"...la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por lo tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.*
>
> *"Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe (sic) al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio constituyente para el cumplimiento de su función". (Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)…"*[481].

Y el Consejo de Estado, en su jurisprudencia ha reiterado que los derechos adquiridos son *"entendidos como aquellos que ingresaron al patrimonio de un particular y que, por tanto, son inmodificables"*[482].

La Sala de Consulta y Servicio Civil en pronunciamientos anteriores analizó igualmente la figura de los derechos adquiridos, para lo cual trajo a colación sendos fallos de la Corte Constitucional:

> *"En el mismo sentido la jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la pensión de jubilación se considera adquirido cuando se han cumplido todos los requisitos para su obtención. Así por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, expresó:*
>
> > *"Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina,* ***distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas"****, pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.*
> >
> > *(…)*
> >
> > *Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a*

481 Corte Constitucional, Sentencia C- 350 de 1997. La siguiente cita es del original del texto: [14] Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de diciembre de 1974.

482 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, radicación No. 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13), del 9 de febrero de 2015.

gozar de la misma. ***Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante****".*

También en la sentencia C-410 del 28 de agosto de 1997 la Corte Constitucional sostuvo:

> *"Así entonces, el derecho pensional sólo se perfecciona previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, edad y tiempo de servicio, lo cual significa que mientras ello no suceda, los empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no habían cumplido dichos requisitos, apenas tenían una mera expectativa, por lo que no les son aplicables las normas vigentes antes de la expedición de dicha ley. Quiere ello decir, que en el momento en que el legislador expidió la norma cuestionada, "el derecho" a pensionarse con arreglo a las normas anteriores no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del empleado o servidor público. Apenas existía, se repite, una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por el legislador".*[483]

(III El reconocimiento de la pensión de jubilación (hoy de vejez) como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

La justa causa para dar por terminado un contrato laboral por parte del patrono sustentada en el reconocimiento de la pensión de jubilación, se encuentra regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, disposición que ha tenido varias modificaciones a lo largo de los años quedando incluso hoy en día contenida en normas de carácter pensional, aunque no por este hecho pierde su connotación de ser norma de derecho individual del trabajo[484]. Y es que existe una conexidad entre la causal de terminación de la relación laboral y el reconocimiento de la pensión, pues una vez suceda el reconocimiento pensional se activa la justa causa para dar por terminada la relación laboral, salvo si el servidor público decide voluntariamente continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso tal como lo dispone la Ley 1821 de 2016 aplicable a todas las personas que desempeñen funciones públicas. La pregunta formulada es si estas disposiciones jurídicas aplican al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional.

483 Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1964 de noviembre 11 de 2009.

484 La Corte Suprema de Justicia señaló al referirse a la causal de despido por reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en sentencia SL 2509-2017 del 15 de febrero de 2017, Radicación No. 45036, Acta 05: *"nos encontramos con una disposición de derecho individual del trabajo, incorporada en una reforma del sistema de seguridad social que, para efectos de su configuración, toca aspectos del sistema pensional, lo cual hace más complejo su análisis y obliga a interpretarla con un enfoque bidimensional".*

A. Evolución normativa y jurisprudencial de la justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono por reconocimiento de la pensión de jubilación (hoy de vejez) contenida en el Código Sustantivo del Trabajo y sus modificaciones correspondientes.

Esta justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono ha tenido la siguiente evolución normativa y jurisprudencial:

1. El Código Sustantivo del Trabajo, artículo 62, modificado por el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 (4 de septiembre)[485], señaló como justa causa por parte del empleador entre otras, *"El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa"* (literal A, numeral 14).

2. Mediante el Decreto 1373 de 1966 (mayo 26)[486], se reglamentó entre otras disposiciones el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, señalando en su artículo 3º lo siguiente: *"La justa causa para terminar el contrato de trabajo por reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación estando al servicio del patrono, sólo procederá cuando se trate de la pensión plena, de acuerdo con la ley, la convención, el pacto colectivo o el laudo arbitral"*.

3. Posteriormente, la Ley 48 de 1968[487] (diciembre 16) introdujo entre otros aspectos, algunas modificaciones al Código Sustantivo del Trabajo, señalando en el artículo 3º que *"Los Decretos legislativos números 2351 de 1965 y 939 de 1966, seguirán rigiendo como leyes después de levantado el estado de sitio, con las modificaciones y adiciones siguientes: … 6°. La pensión de jubilación a que se refiere el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, es la consagrada en los artículos 260 del Código Sustantivo del trabajo y 11 del Decreto 3041 de diciembre 19 de 1966".*

4. Luego, el parágrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 le permitió al trabajador que haya cumplido con los requisitos para obtener su pensión, trabajar y cotizar durante 5 años más si lo consideraba conveniente para aumentar el monto de la pensión. Señaló dicha disposición: *"Parágrafo 3º. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo* (se refiere al mínimo de semanas cotizadas)*, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso".*

5. La expresión "<u>jubilación o</u>" contenida en el numeral 14 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1967 fue demandada por inconstitucional. La Corte Constitucional mediante sentencia C-1443 de 2000 (octubre 25) declaró la constitucionalidad condicionada "*a que el*

485 "Por el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo", publicado en el *Diario Oficial* No. 31.754 del 17 de septiembre de 1965.

486 "Por el cual se reglamentan los artículos 4º, 7º numerales, 9, 14 y 15; 9º, 10, 14 numeral 2; 17, 20, 25, 26, 39 y 40 del Decreto extraordinario No. 2351 de 1965", publicado en el *Diario Oficial* No. 31.970 del 2 de julio de 1966.

487 "Por la cual se adopta como legislación permanente algunos decretos legislativos, se otorgan facultades al Presidente de la República y a las Asambleas, se introducen reformas al Código Sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones".

empleador, cuando el trabajador haya cumplido los requisitos para obtener su pensión, no puede dar por terminado el contrato de trabajo, en forma unilateral, por justa causa, si previamente al reconocimiento de la pensión de jubilación, omitió consultar al trabajador si deseaba hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 33, parágrafo 3, de la Ley 100 de 1993". Y en la parte resolutiva de la sentencia explicó el alcance manifestando que se declaraba exequible tal expresión *"bajo la condición señalada en esta sentencia. Es decir, que el empleador cuando el trabajador haya cumplido los requisitos para obtener su pensión, no puede dar por terminado el contrato de trabajo, en forma unilateral, por justa causa, si previamente al reconocimiento de la pensión de jubilación, omitió consultar al trabajador si deseaba hacer uso de la facultad prevista en el artículo 33, parágrafo 3, de la Ley 100 de 1993. Bajo cualquier otra interpretación, se declara* ***inexequible****".*

6. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y en su parágrafo 3º señaló: *"Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. / Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. / Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones".*

7. Este parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 fue objeto de análisis de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional la que mediante sentencia aditiva C-1037 de 2003 lo declaró exequible "*siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente".*

8. En el Decreto 1072 de 2015[488] (mayo 26) se incorporó el entonces artículo 3º del Decreto reglamentario 1373 de 1966. Señala el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto 1072 de 2015: "***Terminación del contrato por reconocimiento de pensión.*** *La justa causa para terminar el contrato de trabajo por reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación estando al servicio del empleador, sólo procederá cuando se trate de la pensión plena, de acuerdo con la ley, la convención, el pacto colectivo o el laudo arbitral"*[489].

9. Por último, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la no procedencia de la causal de terminación con justa causa por parte del patrono por recono-

488 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo".

489 Es de anotar que confrontadas las dos disposiciones, el artículo 3º del Decreto reglamentario 1373 de 1966 y el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto 1072 de 2015 la única diferencia se encuentra en que en la primera, se utiliza la palabra "patrono" y en la segunda, se utiliza la palabra "empleador".

cimiento de pensión convencional, por no existir norma que así lo señale. Para el efecto se cita la siguiente sentencia:

> ***"…****esta Sala de la Corte ha enseñado que el reconocimiento de una pensión voluntaria o convencional no constituye justa causa de despido puesto que tal supuesto no se encuentra dentro de las causales que de manera taxativa así lo señalan; así lo diría esta sala en sentencia reciente: SL 8757-2014:*
>
> > *…no prospera el cargo, sin que sobre decirse que los criterios jurisprudenciales sobre los cuales el juez de la alzada construyó en parte su decisión permanecen plenamente vigentes, pues el mero hecho del reconocimiento de una pensión extralegal, sin que medie la voluntad del trabajador, no habilita la justeza del despido, como tampoco que por el hecho de percibir tal clase de prestación el trabajador pierde la oportunidad de discutir la justeza de su despido, y por ende la indemnización legal o convencional pertinente"*[490].

La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 10770 de 2017 hizo un recuento de la evolución normativa de la justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión. Si bien en dicho fallo la Corte estaba dirimiendo un conflicto consistente en *"establecer si para hacer efectiva la causal de despido por reconocimiento de la pensión de vejez, es indispensable o no pedir la opinión del trabajador acerca de su intención de permanecer en el empleo y seguir cotizando"*, es importante para efectos de reforzar lo aquí plasmado en lo relacionado con la evolución normativa de dicha causal.

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial la Sala hace el siguiente análisis:

1. La forma como quedó concebida la causal de terminación del contrato de trabajo por justa causa señalada en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 62, numeral 14, modificado por el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 no diferenció si se trataba de pensión legal o convencional, simplemente concibió la causal de manera simple *"por el reconocimiento de la pensión de jubilación"*. Sin embargo, el Decreto Reglamentario 1373 de 1966 hizo claridad al respecto y señaló que dicha causal procedía cuando se tratara de pensión plena reconocida de acuerdo con la ley, la convención, el pacto colectivo o el laudo arbitral.

2. Pese a haberse reglamentado el numeral 14 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, la Ley 48 de 1966 limitó el alcance de la causal de terminación del contrato de trabajo por justa causa por reconocimiento de la pensión de jubilación sólo a la pensión legal, quedando excluida la pensión convencional, la reconocida por pacto colectivo o por laudo arbitral.

490 Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL14403-2015 del 20 de octubre de 2015, Radicación No. 48059, Acta 37.

3. Actualmente la causal de terminación por justa causa por parte del empleador por reconocimiento de la pensión de jubilación es la contemplada en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, quedando en consecuencia modificadas las disposiciones referidas que regulaban dicha causal.

4. Pero, dado que el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 regula los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez y el parágrafo 3º consagra como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en dicho artículo para tener derecho a la pensión, debe entenderse que esta justa causa de terminación del contrato de trabajo opera cuando se reconoce la pensión legal y no convencional.

5. Respecto a la incorporación del artículo 3º del Decreto reglamentario 1373 de 1966 en el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo)[491], llama la atención de la Sala que aquella disposición había perdido ejecutoriedad[492] pues era reglamentaria del numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 precisando la aplicación de la causal de terminación por justa causa por reconocimiento de la pensión plena "*de acuerdo con la ley, la convención, el pacto colectivo o el laudo arbitral*", pero posteriormente con la expedición de la Ley 48 de 1968 que fijó el alcance de la causal de terminación de un contrato de trabajo por justa causa al reconocimiento única y exclusivamente de la pensión legal, dicho decreto reglamentario perdió vigencia al haberse abolido en cuanto a su alcance la ley reglamentada. Y no puede perderse de vista que el Decreto 1072 de 2015 es un decreto compilatorio de normas reglamentarias preexistentes, cuyo contenido material debe guardar correspondencia con los decretos compilados y debe corresponder a la compilación de normas vigentes[493], razón por la cual si dicho decreto había perdido vigencia no se encuentra viable su incorporación en el DUR.

6. Si bien existen pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre la no procedencia de la causal de terminación con justa causa por reconocimiento de la pensión de jubilación de carácter convencional, por no existir disposiciones lega-

491 Los Decretos Únicos Reglamentarios *"Son aquellos expedidos por el Gobierno Nacional en los cuales se incorporan en un solo cuerpo normativo las disposiciones de carácter reglamentario vigentes, de competencia de los sectores de la administración pública nacional; con el objetivo de permitir un mejor conocimiento del Derecho y tener certeza sobre la vigencia de las normas, en aras de facilitar a los ciudadanos y las autoridades el ejercicio de sus derechos y el cabal cumplimiento de sus deberes"*. Definición consultada en la página http://www.suin-juriscol.gov.co/legislacion/decretosUnicos.html. Se consultó el día 14 de febrero de 2018.

492 Ley 1437 de 2011, artículo 91: "***Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.*** *Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*
1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho. 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos. 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto. 5. Cuando pierdan vigencia". (Resaltado nuestro).

493 Considerandos del Decreto 1072 de 2015: *"Que la facultad reglamentaria incluye la posibilidad de compilar normas de la misma naturaleza". / "Que por tratarse de un decreto compilatorio de normas reglamentarias preexistentes, las mismas no requieren de consulta previa alguna, dado que las normas fuente cumplieron al momento de su expedición con las regulaciones vigentes sobre la materia". / Que en virtud de sus características propias, el contenido material de este decreto guarda correspondencia con el de los decretos compilados; en consecuencia, no puede predicarse el decaimiento de las resoluciones, las circulares y demás actos administrativos expedidos por distintas autoridades administrativas con fundamento en las facultades derivadas de los decretos compilados. / Que la compilación de que trata el presente decreto se contrae a la normatividad vigente al momento de su expedición, sin perjuicio de los efectos ultractivos de disposiciones derogadas a la fecha, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. / Que por cuanto este decreto constituye un ejercicio de compilación de reglamentaciones preexistentes, los considerandos de los decretos fuente se entienden incorporados a su texto, aunque no se transcriban, para lo cual en cada artículo se indica el origen del mismo.*

les que así lo regulen, las partes en ejercicio de su derecho a la negociación colectiva pueden pactar en su convención cláusulas que permitan la terminación de los contratos de trabajo por parte del patrono o empleador cuando se reconoce la pensión de jubilación convencional, y en este caso la fuente de tal causal no es la legal sino la convencional. Y al provenir una convención colectiva de un acuerdo entre las partes (empleadores y trabajadores) se entiende que hay aprobación previa del trabajador que legitima la actuación del empleador.

B. Convenciones Colectivas de Trabajo – Alcance

La Constitución Política Colombiana[494] garantiza el derecho a la negociación Colectiva para regular las relaciones laborales. Por ello los trabajadores están facultados para negociar condiciones laborales iguales o superiores a las que señale la ley, las cuales quedan plasmadas en lo que se ha denominado, por parte de la legislación laboral, una convención colectiva. El artículo 467[495] del Código Sustantivo del Trabajo define la convención colectiva de trabajo como *"la que se celebra entre uno o varios {empleadores} o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia"*[496].

La Corte Constitucional señaló lo siguiente acerca de las convenciones colectivas de trabajo:

> *"… De la definición legal se infiere que la convención colectiva es un acuerdo bilateral celebrado entre una o varias asociaciones de trabajadores y uno o varios empleadores para regular las condiciones que regirán los contratos de trabajo, buscando mejorar el catálogo de derechos y garantías mínimas que las normas jurídicas les reconocen a todos los trabajadores[32]. De ahí que la convención colectiva constituya un acto regulador de los contratos de trabajo, que se caracteriza por su contenido normativo y obligacional[33], destinado a producir efectos jurídicos durante su vigencia.*
>
> *(…)*
>
> *Como se deriva de lo expuesto, se observa que el derecho de asociación sindical no se agota con la posibilidad de crear organizaciones de trabajadores o de empleadores, sino que comporta igualmente el derecho de vincularse a aquella organización que represente e interprete más fielmente los derechos e intereses de cada trabajador. Además, en virtud de su carácter instrumental, su real y efectivo ejercicio se materializa a través de la negociación colectiva y ésta, a su vez, en el caso de los trabajadores sindicalizados, por la vía de la convención colectiva, acto normativo y fuente formal*

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

495 El artículo 427 del Código Sustantivo del Trabajo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-201 de 2002 por los cargos allí señalados: Se refiere a la restricción al derecho de negociación colectiva por parte de los sindicatos de empleados públicos.

496 Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-009 de 1994 : *"El respeto de los derechos adquiridos por los trabajadores mediante una convención, no se opone a la vigencia temporal de la misma, pues la convención puede ser prorrogada expresamente por voluntad de las partes o en forma automática, cuando las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, a través de su denuncia (art. 478 y 479 del CST) en cuyo caso los derechos adquiridos por los trabajadores quedan incólumes".*

del derecho para regular las relaciones de trabajo, cuyo propósito es el de permitir la armonía en el ámbito laboral por medio del mutuo acuerdo"[497].

Y sobre el carácter normativo de las convenciones colectivas, la Corte Suprema de Justicia en un análisis amplio señaló que estas son una fuente autónoma de derecho que establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo.

"2. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual modo, encuentra fundamento en el derecho a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.

A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular sus relaciones, se estipulan las obligaciones y derechos de los sujetos del contrato de trabajo, así como las mejoras laborales que superen las garantías y beneficios que las leyes otorgan a los trabajadores.

Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía de la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, entre otros.

De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo.

…

497 Corte Constitucional, sentencia C-495 de 2015. Este fallo está referido al derecho de asociación sindical que se ve materializado en la posibilidad de negociar colectivamente las condiciones de trabajo. Las siguientes citas son del original del texto: [32] Sobre este particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 24 de agosto de 2000, radicación: 14.489, M. P. José Roberto Herrera Vergara, sostuvo que: "(...) Es sabido que el objeto de las convenciones colectivas es regular las condiciones de trabajo dentro de la empresa durante su vigencia, generalmente persiguiendo superar el mínimo de los derechos instituidos para los trabajadores en la ley (...)". [33] Sentencias SU-1185 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-983 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Desde luego, el contrato colectivo tiene un efecto restringido en cuanto solo aplica a las partes firmantes del acuerdo y, eventualmente, a otros trabajadores de la empresa (art. 471 CST); sin embargo, tal circunstancia no ocluye su fuerza normativa ni le resta a sus disposiciones el carácter de normas jurídicas autónomas de la ley o de otras fuentes formales del derecho"[498].

En consecuencia, pactar en una convención colectiva la facultad para la empresa de terminar un contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión convencional se convierte en norma jurídica de obligatoria observancia para las partes[499], sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016 que aumentó la edad de retiro forzoso a 70 años y permitió a quienes accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas permanecer voluntariamente en sus cargos o en el ejercicio de dichas funciones.

C. Convenciones Colectivas de Trabajo en el marco del Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Como se indicó en acápites anteriores, el Acto Legislativo No. 1 de 2005 adicionó el artículo 48 de la Constitución Política elevando a rango constitucional aspectos de carácter pensional. Quiso el constituyente secundario unificar el régimen pensional para lo cual fijó límites temporales a la vigencia de regímenes especiales y exceptuados[500] y a la vigencia de las convenciones colectivas (pierde vigencia el 31 de julio de 2010), y prohibió incluir en ellas temas relacionados con tales asuntos.

Respecto a las convenciones colectivas, el parágrafo 2º y el parágrafo transitorio 3º señalan lo siguiente:

"Parágrafo 2o. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 3º. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

498 Corte Suprema de Justicia, sentencia SL4934-2017 del 29 de marzo de 2017, Radicación No. 48786, Acta 11.

499 Esta apreciación será de importancia cuando se analice el caso de Ecopetrol.

500 Acto Legislativo No. 1 de 2005, Parágrafo Transitorio 2º. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> *"Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".*

De la lectura de los 2 parágrafos citados puede concluirse:

1. Queda prohibido establecer condiciones pensionales en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno.

2. Las condiciones pensionales pactadas en convenciones colectivas y demás continúan vigentes hasta el término inicialmente estipulado, pero en todo caso pierden vigencia el 31 de julio de 2010[501].

3. En las convenciones colectivas y demás actos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo No. 1 de 2005 y el 31 de julio de 2010, no se pueden estipular condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren vigentes para la fecha.

Esto significa que en las convenciones colectivas vigentes actualmente no pueden existir reglas que regulen condiciones pensionales, sin perjuicio, como se analizó y como lo contempla el mismo Acto Legislativo, de los derechos adquiridos.

Lo anterior, no es óbice para que en ejercicio de los derechos de asociación y de negociación colectiva y con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes (empleador y trabajador) suscriban convenciones colectivas en las que acuerden normas que regulen sus relaciones de trabajo, como sería el caso de pactar de mutuo acuerdo la posibilidad por parte del empleador de terminar una relación laboral por reconocimiento de la pensión de jubilación. No puede perderse de vista que actualmente con la expedición de la Constitución de 1991 y luego con la Ley 100 de 1993, el régimen pensional salió de la órbita del régimen laboral y entró a formar parte del Sistema General de Seguridad Social.

D. Convención Colectiva de Trabajo vigente en Ecopetrol

La Convención Colectiva de Trabajo vigente para el período 2014 – 2018 suscrita entre Ecopetrol y sus trabajadores sindicalizados[502], en el artículo 118 faculta a la empresa para

501 En los siguientes fallos de la Corte Suprema de Justicia se reafirma la vigencia de las convenciones colectivas de conformidad con lo señalado en el Acto Legislativo No. 1 de 2005: (i) Sentencia 30077 del 23 de enero de 2009, magistrados ponentes Luis Javier Osorio López y Gustavo Gnecco Mendoza: ***"Ahora, el <término inicialmente estipulado> hace alusión a la duración del convenio colectivo, de manera que si este término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, dicho acto jurídico regiría hasta cuando se finalice. Ocurrido esto, la convención colectiva de trabajo pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere.***/ *Lo que significa que por voluntad del constituyente, las disposiciones convencionales respecto de las pensiones de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010****, ello con el propósito de que esta materia sea regulada exclusivamente por la Ley de Seguridad Social…"****.* (Resaltado nuestro) (ii) Sentencia 37931 del 16 de junio de 2010, magistrado ponente Eduardo López Villegas: ***"En lo que atañe al sub lite, la convención colectiva en que se apoyó el Tribunal para conceder la pretensión de que aquí se trata, suscrita entre … el 31 de octubre de 2001, con vigencia 2001 – 2004, y que consagró el derecho a una pensión de invalidez especial,*** *fue suscrita con anterioridad a entrada en vigor de Acto Legislativo Nº 1 de 2005, y el derecho convencional fue estructurado antes de la pérdida de vigencia de esos acuerdos señalada por el constituyente para el 31 de julio de 2010****"*** (Resaltado nuestro) (iii) Sentencia 39797 del 24 de abril de 2012, magistrado ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve: ***"A su vez, en el parágrafo transitorio 3°, el Acto Legislativo establece que "Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".*** / *Fluye de lo transcrito, que deben respetarse los beneficios o prerrogativas extralegales de tipo pensional, siempre y cuando las cláusulas que los consagren en una convención o pacto colectivos, laudo arbitral o acuerdo, hayan sido válidamente convenidas antes de la vigencia del Acto Legislativo y además estén en pleno vigor al momento de reconocerlas, así posteriormente desaparezcan, por no poderse renovar más allá del 31 de julio de 2010, según lo dispone la mencionada reforma a la Carta****"*** (Resaltado nuestro).

502 Convención Colectiva de Trabajo vigente para el período 2014-2018, artículo 1º *"La presente Convención Colectiva de Trabajo se celebra entre Ecopetrol S.A. y sus trabajadores sindicalizados que laboran para ella en la República de Colombia, representados por el sindicato de industria Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo -USO-, con Personería Jurídica reconocida mediante Resolución número 005272 del 22 de octubre*

terminar el contrato de trabajo para efectos de jubilar a los trabajadores que reúnan los requisitos de la ley o de la convención.

Señala dicha norma convencional:

> ***"Artículo 118.-*** *La Empresa, en su ánimo de continuar garantizando a sus trabajadores la estabilidad en las posiciones o empleos, declara que no hará uso del Artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, para quienes hayan laborado diez y seis (16) meses o más en forma continua para Ecopetrol S.A. Cuando la Empresa dé por terminado el contrato de trabajo a trabajadores de menos de diez y seis (16) meses continuos de servicios, por aplicación del citado Artículo 8º del Decreto número 2351, procederá a indemnizar en la siguiente forma:*
>
> *a) Durante los primeros seis (6) meses de labores, se pagará al trabajador una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salario ordinario.*
>
> *b) Para el que tenga una antigüedad superior a seis (6) meses y que no excediere de doce (12) meses, se pagará una indemnización equivalente a tres (3) meses de salarios ordinarios.*
>
> *c) Para el que tenga una antigüedad superior a doce (12) meses y que no excediere de diez y seis (16) meses, se pagará una indemnización equivalente a cinco (5) meses de salario ordinario.*
>
> *Estas indemnizaciones sustituyen las que consagra el Artículo 8º del Decreto número 2351 de 1965.*
>
> ***Parágrafo 1.*** *Es entendido que la garantía consagrada en este Artículo deja en vigencia los casos de terminación del contrato de trabajo a que se refieren en lo pertinente a los Artículos 6º y 7º del Decreto número 2351 de 1965, los que establecen el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa en cuanto no contravenga la ley ni la Convención ni el contrato individual de trabajo.*
>
> ***Parágrafo 2.*** *Para la subsistencia del despido, las causales a que se refiere el numeral 5º del Artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, deberán ser debidamente comprobadas ante las autoridades competentes; las consignadas en el numeral 6º de dicho Artículo deberán ser comprobadas ante el Comité de Reclamos mediante el procedimiento acordado en esta Convención.*
>
> ***Parágrafo 3. La Empresa, para efectos de jubilar a los trabajadores que reúnan los requisitos de la ley o de esta Convención, por ser estos acreedores al beneficio de***

---

de 1996, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, fija las normas que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia, procura el mejoramiento y seguridad industrial, higiene, estabilidad social y económica en las condiciones laborales e, indica los derechos y prerrogativas sindicales. A ella se consideran incorporadas todas las disposiciones legales pertinentes y en especial las del Código Sustantivo del Trabajo y las leyes que lo adicionan o modifican, que son las que se aplican en Ecopetrol S.A.
Parágrafo. *Las disposiciones normativas de esta Convención se consideran incorporadas en los contratos individuales de trabajo, durante su vigencia…".* Consultada en la página web http://www.usofrenteobrero.org/vieja/index.php/convenciones el día 9 de febrero de 2018.

la pensión de jubilación, podrá dar por terminado el contrato de trabajo, mediante aviso de un (1) mes dado por escrito, sin que haya lugar a reconocimiento de ninguna de las indemnizaciones a que se refiere este artículo.

Sin embargo, a título de bonificación, la Empresa continuará su política de obsequiar, por una sola vez, al trabajador que se jubile, las siguientes sumas, teniendo en cuenta su antigüedad: …

En los demás casos se aplicará la bonificación general establecida en la tabla anterior.

Parágrafo 4. Para todos los efectos legales, el caso de justa causa de despido señalado en el numeral 14, Artículo 7º del Decreto Legislativo número 2351 de 1965, sólo es aplicable al trabajador que haya de recibir pensión plena y no en los casos de jubilación restringida…" (Resaltado nuestro).

De esta disposición convencional se desprende lo siguiente:

1. Es una atribución potestativa, es decir la empresa decide si hace uso de ella o no.

2. Si decide hacer uso de ella requiere:

   - Dar aviso con un (1) mes de anticipación.

   - El aviso debe ser por escrito.

3. No se genera la obligación de hacer el reconocimiento de ninguna de las indemnizaciones señaladas en tal disposición convencional.

4. Genera el reconocimiento de una bonificación, según la tabla incorporada a dicha norma convencional, cuantía que depende de la antigüedad del trabajador.

5. Expresamente acepta como justa causa para terminar el contrato de trabajo el reconocimiento de la pensión de jubilación y la circunscribe al reconocimiento de la pensión plena (parágrafo 4º).

La convención colectiva tiene vigencia por el término de cuatro (4) años a partir del 1º de julio de 2014[503].

Es de anotar que la facultad del empleador para terminar por justa un contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión de jubilación convencional estaba igualmente contenida en la convención colectiva vigente para el período 2009 – 2014 como se evidencia de la consulta.

503 Ibídem, artículo 165. *"La presente Convención, que está integrada por las estipulaciones acordadas por los Negociadores tal como se ha transcrito, regirá por el término de* ***cuatro (4) años*** *a partir del* ***primero (1º) de julio de dos mil catorce (2014)*** *y se entenderá prorrogada por un término de seis (6) meses, si no fuere denunciada en legal forma por alguna de las partes, o por ambas, dentro del* ***término previsto para tales efectos en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo"***. Consultada en la página web http://www.usofrenteobrero.org/vieja/index.php/convenciones el día 9 de febrero de 2018.

Todo lo anterior, se itera, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016 que aumentó la edad de retiro forzoso a 70 años y permitió a quienes accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas permanecer voluntariamente en sus cargos o en el ejercicio de dichas funciones.

(IV) Conclusiones

1. Dado que la naturaleza jurídica de Ecopetrol es la de sociedad de economía mixta de carácter comercial, sujeta al régimen del derecho privado según lo dispuesto por la Ley 1118 de 2006, artículo 6º, su régimen laboral igualmente es de derecho privado y por lo tanto las relaciones individuales de trabajo están sujetas a las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Acuerdo 01 de 1977, según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten.

2. En cuanto al régimen pensional, Ecopetrol estuvo exceptuada del Sistema General de Seguridad Social, tal como se explicó, y comenzó el proceso de incorporación a dicho Sistema sólo a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003 fecha en que quedó publicada en el *Diario Oficial* No. 45.079), con los servidores públicos que ingresaron a Ecopetrol a partir de dicha fecha.

3. Con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2005 los regímenes exceptuados, como es el caso de Ecopetrol, y los especiales, perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, sin perjuicio de los derechos adquiridos por los trabajadores. Para adquirir el derecho a la pensión se requiere cumplir con los requisitos de edad, tiempo de servicio y las semanas de cotización o el capital necesario antes del 31 de julio de 2010 así no se haya efectuado su reconocimiento. En consecuencia, al trabajador que haya adquirido sus derechos pensionales en los términos señalados se le aplica dicho régimen excepcional en su integridad, en el entendido que el régimen pensional excepcional contempla un nivel de protección igual o superior que el régimen pensional general, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C- 173 de 1996.

4. Las justas causas de terminación de un contrato de trabajo son reglas propias del régimen laboral y no del pensional, razón por la cual sí son susceptibles de negociación colectiva, a diferencia de los asuntos pensionales que están reservados a la ley y en consecuencia quedaron proscritos de la negociación colectiva.

5. Dentro de las justas causas de orden legal para terminar un contrato de trabajo se encuentra el reconocimiento de la pensión de jubilación siempre que el trabajador haya sido incluido en nómina de pensionados, tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia aditiva C-1037 de 2003. Esta causal de terminación respecto a los trabajadores cuyas relaciones laborales se rijan por el derecho privado está regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, disposición que ha tenido varias modificaciones a lo largo de los años quedando incluso hoy en día contenida en normas de carácter pensional, aunque no por este hecho pierde su connotación de ser

norma de derecho individual del trabajo. Sin embargo, existe una conexidad entre la causal de terminación de la relación laboral y el reconocimiento de la pensión, pues una vez suceda el reconocimiento pensional se activa la justa causa para dar por terminada la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016 que aumentó la edad de retiro forzoso a 70 años y permitió a quienes accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas permanecer voluntariamente en sus cargos o en el ejercicio de dichas funciones.

6. No obstante lo anterior, si bien la causal de terminación de un contrato de trabajo por reconocimiento de la pensión de jubilación tiene una fuente legal como lo es el artículo 62, literal a), numeral 14 del Código Sustantivo de Trabajo con sus modificaciones, también puede tener una fuente convencional por ser pactada en una convención colectiva de trabajo, negociación que rige las relaciones laborales y es de obligatorio cumplimiento para las partes involucradas.

7. Como corolario de lo anterior, si un trabajador de Ecopetrol causó su derecho pensional convencional en vigencia del régimen excepcional, no procede como justa causa de terminación del contrato de trabajo la causal regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 62 y demás disposiciones que la modificaron, pues dicha causal solo procede por reconocimiento de la pensión legal. Sin embargo, si en la convención colectiva de trabajo se pacta como causal de terminación del contrato de trabajo el reconocimiento de la pensión convencional, esta sería la fuente que habilita al empleador para proceder de conformidad, cumpliendo los requisitos y procedimientos convenidos por las partes en dicha convención, además de garantizar que el trabajador se encuentre incluido en nómina de pensionados, según lo señalado por la Corte Constitucional, condición aplicable en virtud del principio de favorabilidad para trabajador.

Se insiste, la convención colectiva es un acuerdo entre dos (2) partes para regular las condiciones que regirán los contratos de trabajo y se caracteriza por su contenido normativo y obligacional, tal como lo ha señalado la jurisprudencia. Adicionalmente las convenciones colectivas tienen su sustento constitucional y legal como quedó explicado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

IV. La Sala responde:

1. *¿Cuál es el régimen legal pensional de los trabajadores de Ecopetrol S.A. que causaron un derecho pensional convencional en el marco del régimen exceptuado consagrado en la Ley 100 de 1993, y que no fueron afiliados al Sistema a partir del 1º de agosto de 2010 y continuaron laborando?*

A los trabajadores de Ecopetrol que hayan causado un derecho pensional convencional, es decir hayan cumplido los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas de cotización en vigencia del régimen exceptuado, se les aplica dicho régimen excepcional

convencional de manera integral. Lo anterior, dado que el Acto Legislativo No. 1 de 2005 respeta los derechos adquiridos de los trabajadores.

La obligación de afiliarse al Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones es (i) para los servidores públicos que hubieren ingresado a Ecopetrol a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003, fecha en que quedó publicada en el *Diario Oficial* No. 45.079), según lo señalado en el artículo 3 ibídem que modificó el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 y (ii) para aquellos servidores públicos que a pesar de haber estado laborando bajo el régimen excepcional no alcanzaron a consolidar su derecho antes del 31 de julio de 2010, según lo señalado en el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

2. *¿Resulta viable que Ecopetrol S.A., previo reconocimiento unilateral de la pensión convencional causada en vigencia de su régimen exceptuado, desvincule a sus trabajadores por la justa causa prevista en el artículo 62, literal a), numeral 14 del Código Sustantivo del Trabajo?*

3. *En caso de respuesta afirmativa al interrogante anterior, ¿cuál sería el fundamento jurídico de tal determinación?*

No es viable, en general, invocar como justa causa de terminación de un contrato de trabajo la señalada en el artículo 62, literal A, numeral 14 del Código Sustantivo de Trabajo y sus modificaciones, cuando se le ha reconocido a un trabajador la pensión convencional de jubilación, teniendo en cuenta que dicha causal procede únicamente cuando se reconoce una pensión legal de jubilación.

Por otra parte, en la convención colectiva de trabajo suscrita entre Ecopetrol y sus trabajadores se pactó como justa causa para terminar un contrato de trabajo el reconocimiento de la pensión convencional de jubilación. Dada esta particularidad, resultaría viable para la empresa terminar dicha relación laboral con fundamento en la norma convencional. Para el efecto, la empresa debe cumplir con lo previsto en la convención colectiva en materia de procedimiento y de bonificaciones y garantizar que el trabajador se encuentre incluido en nómina de pensionados, por las razones expuestas.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016 que aumentó la edad de retiro forzoso a 70 años y permitió a quienes accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas permanecer voluntariamente en sus cargos o en el ejercicio de dichas funciones.

4. *En caso que se concluya que los trabajadores con un derecho pensional convencional causado en el marco del régimen exceptuado deban ser afiliados al Sistema General de Pensiones:*

    a. *¿Cuál es el mecanismo a través del cual Ecopetrol S.A. deberá efectuar dichas afiliaciones y trasladar los aportes correspondientes a los períodos anteriores?*

b. ¿Operaría la compartibilidad pensional?

c. En caso que la respuesta al literal anterior sea afirmativa, ¿qué acciones tendría que adoptar Ecopetrol S.A. una vez los trabajadores soliciten el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a su favor?

d. ¿La obligación de Ecopetrol S.A. se concretaría en expedir los bonos pensionales a su cargo, conforme a lo previsto en el Decreto 876 de 1998, con destino a las administradoras de pensiones a las que se encuentren afiliados los trabajadores?

Por sustracción de materia no se responden las preguntas del numeral 4.

Remítase al señor Ministro de Minas y Energía, a la señora Ministra de Trabajo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Édgar Gonzalez López, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Óscar Alberto Reyes Rey, Secretario de la Sala.

7. Carrera diplomática y consular. Situación administrativa especial de alternación. Prórrogas y excepciones.

Radicado 2365

Fecha: 30/04/2018
Consejero Ponente: *Álvaro Namén Vargas*
Levantamiento de la reserva mediante auto del 6 de noviembre de 2018

La señora Ministra de Relaciones Exteriores formula a la Sala una consulta relacionada con el término máximo de duración en el servicio en planta interna de los funcionarios de carrera diplomática y consular, así como el número de prórrogas permitidas y las razones para concederlas.

I. ANTECEDENTES

Manifiesta la ministra que la carrera diplomática y consular está sometida a un régimen especial desarrollado por el Decreto Ley 274 de 2000, el cual establece en su artículo 35 la obligación que tienen los funcionarios de esa carrera de cumplir actividades de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores con lapsos de alternación entre su servicio en planta externa y en planta interna.

Al respecto cita los artículos 37 y 38 del Decreto Ley 274, sobre la frecuencia de los lapsos de alternación, prórrogas, y la obligatoriedad de prestar el servicio en planta interna, respectivamente. Se alude también al artículo 40 del citado decreto relativo a las excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación.

Manifiesta que en el Decreto Ley 274 de 2000 existe un "aparente vacío" en las reglas de prórroga de planta interna, y agrega que la comisión de personal de la carrera diplomática y consular ha venido "recibiendo, cada vez con más frecuencia", solicitudes de los funcionarios para permanecer en planta interna, para lo cual citan como sustento lo dispuesto en el artículo 37, literal b), del mencionado Decreto, "aduciendo particulares razones económicas o familiares".

Con base en lo anterior, formula las siguientes

PREGUNTAS:

1. *"Considerando la regla general de tres (3) años ¿cuántas veces y por cuánto tiempo podrá concederse a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular, prórroga en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores?*

2. *¿Las razones de salud física o mental o, la dependencia económica de un pariente, son suficientes para que la Comisión se abstenga de aplicar las reglas de alternación, permitiendo al funcionario permanecer en planta interna durante más de tres (3) años? ¿hay algún límite temporal a esa posibilidad de prórroga?*

II. CONSIDERACIONES

A. Problema jurídico

Del contexto fáctico de la consulta y de las preguntas formuladas, la Sala debe resolver los siguientes problemas jurídicos: *¿Existen límites a las prórrogas relativas a los lapsos de alternación en planta interna en el Ministerio de Relaciones Exteriores? ¿Razones de salud física o mental o, la dependencia económica de un pariente son excepciones frente a la aplicación de las reglas de alternación previstas para los funcionarios de carrera diplomática y consular?*

Para resolver la Sala analizará los siguientes aspectos: ***i)*** servicio exterior colombiano y su régimen de personal; ***ii)*** la alternación como situación administrativa específica de la carrera diplomática y consular, y ***iii)*** las excepciones a las reglas de alternación.

B. El servicio exterior colombiano y su régimen de personal

Por "servicio exterior" se entiende la actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en desarrollo de la política exterior de Colombia, dentro o fuera de la República, con el fin de representar los intereses del Estado y proteger y asistir a sus nacionales en el exterior, conforme lo establece el Decreto Ley (D.L.) 274 de 2000[504].

Sobre el régimen aplicable a los servidores públicos que cumplen la función de servicio exterior, el D.L. 274 de 2000 dispone:

> *"Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Las disposiciones contenidas en este decreto son aplicables, en lo que de manera pertinente se señala en este decreto, a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerzan funciones para el servicio exterior, dentro o fuera de la República de Colombia y pertenezcan o no a la Carrera Diplomática y Consular".*

Los principios rectores de la función pública en el servicio exterior y de la carrera diplomática y consular, son los previstos en la Constitución Política y los que especialmente se desarrollan en el artículo 4 del D.L. 274, sobre los cuales se volverá más adelante.

Por su parte, el artículo 5 ibídem clasifica los empleos de la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores en: i) de libre nombramiento y remoción, ii) de carrera diplomática y consular y, iii) de carrera administrativa. Por su parte, el artículo 8 señala que son cargos de la carrera diplomática y consular "los de categoría igual o superior a la de Tercer Secretario, y sus equivalentes en el servicio interno, con excepción de los de

504 Decreto Ley 274 de 2000 (febrero 22), "Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular". *Diario Oficial* No. 43.906, de febrero 22/00. Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias del art. 1º. numeral 6, Ley 573 de 2000 (*Diario Oficial* No. 43.885 de febr.8/00), "Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución", para: Art. 1º. "… 6. Dictar las normas que regulen el servicio exterior de la República, su personal de apoyo, la carrera diplomática y consular, así como establecer todas las características y disposiciones que sean competencia de la ley referentes a su régimen de personal". (Subraya la Sala).

libre nombramiento y remoción (catalogados como tales en el artículo 6, D.L. 274) y los de personal de apoyo en el exterior (artículo 7, D.L. 274).

El D.L. 274 estructura la carrera diplomática y consular, que define como "una carrera especial, jerarquizada, que regula el ingreso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito"; como parte de ella regula igualmente "las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como **alternación**, régimen de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales"[505]. (Resalta la Sala).

De lo expuesto brevemente se reitera lo dicho por la Sala en el concepto 1885 de 2008, en el sentido de que ***i)*** la planta de personal del servicio exterior colombiano es una sola y corresponde a la misma planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores; ***ii)*** las personas vinculadas al servicio exterior son empleados públicos, denominación que en el derecho laboral administrativo corresponde a una categoría de empleos que se rigen por una relación legal y reglamentaria, establecida en la Constitución Política y desarrollada en la ley; ***iii)*** su vínculo laboral es con la Nación, como persona jurídica, representada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y ***iv)*** no necesariamente todos los empleados deben estar inscritos en la carrera diplomática y consular.

C. La alternación como situación administrativa específica de la carrera diplomática y consular

1. Noción y finalidad

El artículo 13 del D.L. 274 dispone que una de las situaciones administrativas especiales de la carrera diplomática y consular es la *"alternación"*, regulada en los artículos 35 a 40 de dicho decreto. Sobre la *alternación,* el artículo 35 ibídem, dispone:

> "Artículo 35. Naturaleza. En desarrollo de los principios rectores de Eficiencia y Especialidad, los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deberán cumplir actividades propias de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, con <u>lapsos de alternación</u> entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna". (Subraya la Sala).

El texto transcrito evidencia que es una obligación especial[506] de los funcionarios de carrera cumplir con la alternación, aspecto que se ratifica con el parágrafo del artículo 12 del D.L. 274, a saber: "*por virtud de los principios de eficiencia y especialidad, y en desarrollo de la alternación prevista en los artículos 35 a 40 de este Decreto, es deber de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular desempeñar los cargos en Planta Interna, para los cuales fueren designados".*

La señalada obligatoriedad se ratifica con el texto del artículo 38 del D.L. 274:

505 D.L. 274/00, Art. 13.

506 Principio de Especialidad: "Cumplimiento de requisitos y condiciones derivados de las particulares características de la prestación del servicio en desarrollo de la política internacional del Estado, a fin de garantizar la ejecución de las funciones asignadas y de las gestiones encomendadas con la dignidad, el decoro, el conocimiento y el liderazgo que dicha particularidad requiere" (art. 4, núm. 6, D.L. 274/2000).

> "Artículo 38. Obligatoriedad. Es deber de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular prestar su servicio en Planta Interna de conformidad con lo estipulado en el parágrafo del Artículo 12 de este Estatuto. Este deber constituye condición necesaria para la aplicación de la alternación en beneficio del Servicio Exterior. Por lo tanto, el funcionario de Carrera Diplomática y Consular que rehusare cumplir una designación en planta interna, en la forma prevista en dicho parágrafo, será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y, consecuentemente, del servicio.
>
> **Parágrafo.** Igual efecto se producirá cuando la renuencia ocurriere respecto de la designación en el exterior o respecto de un destino específico o en relación con el cumplimiento de una comisión para situaciones especiales". (Subraya la Sala).

La hermenéutica de las disposiciones transcritas impone la obligación a los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular de prestar su servicio en la planta interna por un tiempo determinado, deber que a la vez constituye condición necesaria para ser luego nombrado en el exterior, en aplicación de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior. La renuencia a cumplir con la designación en planta interna acarrea no solo el retiro de la carrera diplomática y consular, sino del servicio, efecto que se extiende a las circunstancias previstas en el parágrafo del artículo 38.

La alternación permite, entonces, la óptima utilización de los recursos disponibles "[d]e suerte que sea posible ejecutar la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en forma adecuada y oportuna" (art. 4, núm. 2, D.L. 274/2000), materializándose así los principios de eficiencia y eficacia (ibídem). En concordancia con tales principios se suma la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 2 CP) que el Decreto 274 desarrolla bajo el principio de transparencia, así: "[p]revalencia de los intereses de la colectividad nacional respecto de los intereses personales de cada funcionario, en orden a una prestación del servicio acorde con las responsabilidades de quienes ejercen función pública en desarrollo de la política internacional del Estado".

La alternación ha sido definida por la Sección Quinta del Consejo de Estado como "[l]a figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que retornen, así sea por un tiempo, al país para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar mejor los intereses del Estado".[507] (Subraya la Sala).

Así también lo entendió la Corte Constitucional cuando al referirse a la finalidad de la alternación señaló: "[s]e busca que los funcionarios que pertenecen a la carrera no permanezcan indefinidamente en el servicio exterior, circunstancia que les impediría mantenerse en un contacto directo y saludable con la problemática nacional y que iría en desmedro de su propia identidad cultural. Por ello se establece la obligación de trabajar, durante lapsos alternativos, en el servicio exterior y en el interior".[508] (Ibídem).

507 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 2013-0227-01, sentencia del 30 de enero de 2014.
508 Sentencia C – 616 de 1996.

De lo expuesto se sigue que la alternación es una situación administrativa específica para los funcionarios pertenecientes a la carrera Diplomática y Consular e inherente[509] a dicha carrera, que permite desarrollar de manera óptima el servicio exterior colombiano, por lo que se constituye en un deber exigible a tales funcionarios bajo la prevalencia del interés nacional (general) sobre el del funcionario (particular), al punto que su incumplimiento se sanciona con el retiro de la carrera y del servicio.

Por definición, la alternación impide que el servidor de carrera diplomática permanezca *"indefinidamente"* en la situación administrativa correspondiente (planta externa o planta interna), según la jurisprudencia arriba citada, por lo que la alternación está sujeta a un término, en función de las necesidades del servicio exterior.

Ahora, como en el Derecho no existen obligaciones (deberes - cargas) ni derechos (beneficios) absolutos, resulta necesario ponderar el interés público del servicio exterior del Estado colombiano con el particular de los servidores públicos de carrera diplomática y consular en punto de sus derechos laborales. Por tanto, la Sala deberá examinar la manera en que el D.L. 274 de 2000 regula la operatividad del deber de alternación bajo las denominaciones "lapsos de alternación", "equivalencias de los cargos" y "frecuencia", así como las excepciones correspondientes, según se explica a continuación.

2. Operatividad de la alternación. Reglas

a. Lapsos de alternación en planta externa y planta interna. Equivalencias de los cargos

Son definidos en el D.L. 274 de 2000, así:

> Artículo 36. Lapsos de alternación. Constituyen lapsos de alternación los períodos durante los cuales el funcionario con categoría Diplomática y Consular cumple su función tanto en Planta Externa como en Planta Interna.

En relación con la palabra "períodos", el Diccionario de la Lengua Española señala que "*período*" o "*periodo*", en sus dos primeras acepciones, significa: "*1. Tiempo que algo tarda en volver al estado o posición que tenía al principio. // 2. Espacio de tiempo que incluye toda la duración de algo*" (resaltamos). Como se observa, el sentido natural y obvio de la palabra, corresponde también a la finalidad de la alternación sostenida por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en el sentido de que los servidores de carrera diplomática y consular no permanezcan *"indefinidamente"* en planta interna o planta externa.

Ahora, el D.L. 274 no define las expresiones *"planta interna"* y *"planta externa"*, y tampoco establece de manera específica sus diferencias; pero usa los términos y les da sentido y efectos con referencia a la ubicación territorial de la sede de trabajo. Como lo dijo la Sala en el concepto 1885 de 2008, en el citado decreto se recoge una forma de administración

509 Corte Constitucional, sentencia C-292 de 2001.

del talento humano acorde y necesaria a las condiciones del personal que dentro y fuera del país ejerce las funciones constitutivas del servicio exterior.

Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en planta interna como externa, "[e]stá sujeta al cumplimiento de un requisito muy especial, como es el periodo de alternación, categoría que determina la especial estructura y la naturaleza de los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores".[510]

Para facilitar en la práctica dicha alternación al vencimiento del período correspondiente se prevé un sistema de equivalencias entre los cargos de planta externa y planta interna, bajo el entendido que ambas se integran con las varias clases de empleos, carreras y categorías, que con igual finalidad ha establecido el legislador para la operatividad del Ministerio de Relaciones Exteriores; así, la planta interna incluye empleos de libre nombramiento y remoción y empleos de carrera administrativa, y la planta externa, empleos de libre nombramiento y remoción y los empleos que conforman el escalafón de la carrera diplomática y consular. En efecto:

> "Artículo 12. Equivalencias entre las categorías en el escalafón de carrera diplomática y cargos en planta interna. Para los efectos relacionados con la alternación a que se refieren los artículos 35 a 40 de este estatuto, los cargos equivalentes en planta interna que sean de libre nombramiento y remoción, no perderán tal naturaleza cuando, por virtud de dicha alternación, estén ocupados por funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular".

Así las cosas, el sistema de equivalencias entre los cargos de la planta externa y de la planta interna facilita la alternación entre los empleados que ejercen funciones para el servicio exterior, lo que a su vez determina la especial estructura y la naturaleza de los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores, y concilia los intereses del Estado con los del servidor público.

b. Frecuencia de los lapsos de alternación

Está referida al tiempo de servicio que el empleado de carrera diplomática y consular debe permanecer tanto en planta externa como interna. Dada la especificidad de la regulación se estima pertinente transcribir, en lo pertinente, el artículo 37 del D.L. 274 de 2000, para luego realizar los comentarios correspondientes:

> "Artículo 37. Frecuencia. La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:
>
> a. El tiempo de servicio en el exterior será de 4 años continuos, prorrogables hasta por 2 años más, según las necesidades del servicio, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, el cual deberá tener en cuenta la voluntad del funcionario.

510 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 2015-00542-01, sentencia del 12 de noviembre de 2015.

b. El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. Exceptúense de lo previsto en este literal los funcionarios que tuvieren el rango de Tercer Secretario, cuyo tiempo de servicio en planta interna al iniciar su función en esa categoría, será de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de prueba.

c. La frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione del cargo en planta interna, según el caso.

d. El tiempo de servicio que exceda de la frecuencia del lapso de alternación, mientras se hace efectivo el desplazamiento de que trata el artículo 39, no será considerado como tiempo de prórroga ni como incumplimiento de la frecuencia de los lapsos de alternación aquí previstos.

Parágrafo. Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país".

De la norma transcrita se deduce lo siguiente:

i) **Tiempo de permanencia:** En planta externa, será de **cuatro años** continuos; en planta interna, será de **tres años**, salvo en el caso del rango de tercer secretario quien al iniciar su servicio en planta interna deberá permanecer por dos años contados a partir de la terminación del período de prueba;

Destaca la Sala que el parágrafo del artículo 37, establece que quienes se encuentren prestando su servicio en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas por la Comisión de Carrera.

ii) **Prórrogas:** Hasta 2 años más, en el caso de que el servicio se preste en planta externa; si la sede del servicio es la planta interna, al término de los 3 años podrá ser prorrogable –sin expresar el plazo-.

iii) **Requisitos de la prórroga:** En planta externa, según las necesidades del servicio, se procederá a la prórroga previo concepto favorable de la comisión de personal de carrera diplomática y consular, *"el cual deberá tener en cuenta la voluntad del funcionario"*. En planta interna, la prórroga debe ser solicitada por el funcionario y aprobada por la mencionada comisión de carrera.

iv) Disponibilidad: requisito deducido por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado en atención a la operatividad de los lapsos de alternación,

> según la cual "[e]s necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse y que el mismo tenga **disponibilidad,** en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, esto es, que se haya terminado su periodo en la planta interna o externa para poder ser nombrado"[511], sin perjuicio de la excepción prevista en el parágrafo del artículo 37, según se explicará más adelante. (Subrayado y negrilla textual).

De lo expuesto se deduce que la iniciativa de prórroga en planta externa proviene de la Administración, aunque debe tener en cuenta la voluntad del funcionario, y en planta interna, del funcionario de carrera; igualmente, es clara la diferencia en los términos y los requisitos existentes en cuanto a las prórrogas, según se trate del servicio prestado en planta externa o en planta interna.

Según el Diccionario de la Real Academia, prórroga significa "Continuación de algo por un tiempo determinado // Plazo por el cual se continúa o prorroga algo". Es, pues, de la esencia de la prórroga, el plazo determinado, por lo que no resultan procedentes prórrogas indefinidas.

Por su parte, la noción de plazo se señala en el artículo 1554 C.C., de la siguiente manera: *"El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo"*.

Tradicionalmente la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[512], ha entendido el plazo como el acontecimiento futuro y cierto *"al cual está subordinada la exigibilidad o extinción de una obligación"*[513]. En el plazo extintivo, este pone fin a las obligaciones vigentes al momento de su ocurrencia[514]. El plazo puede ser legal (el fijado por la ley) o convencional (el fijado libremente por las partes).

Así las cosas, al extinguirse el plazo de cuatro años continuos de servicio en el exterior, deberá disponerse el desplazamiento del funcionario de carrera a planta interna (artículo 39 D.L. 270) y solo procederá su prórroga hasta[515] por dos años (límite máximo), siempre y cuando medie la iniciativa de la Administración -necesidades del servicio-, previo concepto de la comisión de personal, y la *"voluntad del funcionario"*, es decir, el empleado de carrera diplomática y consular no podría ser obligado a permanecer en el exterior, salvo que medien circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, según se analizará más adelante.

En el caso en que el funcionario esté prestando su servicio en planta interna, al término de los tres años deberá disponerse su desplazamiento a planta externa, salvo que a iniciativa del funcionario medie solicitud de prórroga, la cual deberá ser **aprobada (decidida)**

511 Ibídem.

512 Tomando el texto del artículo 1138 C.C. según el cual el plazo es "un hecho futuro y cierto del que pende el goce actual o la extinción de un derecho".

513 Sentencia del 25 de junio de 1951.

514 "El plazo extintivo, resolutorio o final fija la época en que cesará la obligación y la deuda dejará de ser exigible y limita, por consiguiente, su duración. Se le encuentra en todas las convenciones, cuyos efectos se hallan limitados a una cierta duración solamente en el porvenir…" Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. T. I.

515 Sobre la preposición *"hasta"*, el Diccionario de la Lengua Española señala: "*1. Denota término o límite*" (se destaca).

por la comisión de personal de carrera; es decir, dicha comisión deberá evaluar las necesidades del servicio y, en caso de que no se afecte, podrá conceder la prórroga.

La norma guarda silencio sobre el límite temporal de la prórroga en planta interna, a diferencia de lo analizado sobre planta externa, por lo que resulta necesario acudir a las normas de interpretación jurídica[516]. Así las cosas, si el término "prórroga" implica un límite temporal, la prórroga del periodo inicial en planta interna no debería exceder su duración (3 años).

Bajo una interpretación sistemática y coherente, podría sostenerse que si para el caso de la planta externa la prórroga es de dos años, es decir, la mitad de la permanencia que es de cuatro años, para el caso de la planta interna se debería seguir la misma regla y la prórroga en planta interna no podría superar un año y medio. La Sala estima que esta tesis restrictiva genera dificultades bajo una interpretación *pro homine* de los derechos del trabajador, por lo que el silencio del legislador debe interpretarse a favor del funcionario de carrera (art. 53 CP) en el sentido de que si bien el sentido natural y obvio impone una temporalidad para la prórroga, el plazo específico de esta será de tres años en planta interna, lo que corresponde al periodo inicial en planta interna.

Asimismo, para la Sala no pueden existir prórrogas indefinidas no solo por ser extrañas a su noción, sino porque haría nugatorio el deber de alternación previsto en el D.L. 274 de 2000, afectándose desproporcionadamente el servicio exterior de la República en beneficio de intereses diferentes a los de dicho servicio, lo que de contera resultaría violatorio del artículo 2 CP y del principio de transparencia definido en el mismo Decreto 274. En consecuencia, en el evento de aprobarse la prórroga en planta interna por la comisión de carrera, esta procederá por una sola vez y por el plazo máximo de 3 años.

c. Excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación

El artículo 40 señala que son excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación contenidos en los literales a. y b. del artículo 37 (tiempo de servicio en planta externa o planta interna, respectivamente), las circunstancias de fuerza mayor o el caso fortuito "debidamente *acreditadas*, que sean calificadas como tales" por la comisión de personal de la carrera diplomática y consular. Adicionalmente, para el caso de la alternación cuando

516 Tradicionalmente se han aplicado los previstos en el Código Civil para la interpretación de la Ley, a saber: **"Artículo 27. *Interpretación gramatical.*** Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.
Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.
Artículo 28. *Significado de las palabras.* Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.
Artículo 29. *Palabras técnicas.* Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso.
Artículo 30. *Interpretación por contexto.* El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.
Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.
Artículo 31. *Interpretación sobre la extensión de una ley.* Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.
Artículo 32. *Criterios subsidiarios de interpretación.* En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".
Los anteriores principios se ven complementados con la interpretación conforme a la Constitución, la conocida interpretación pro homine y pro operario, y la del efecto útil de las normas jurídicas, entre otras.

se está prestando el servicio en planta interna, también constituyen excepción "aquellas circunstancias de especial naturaleza calificadas como tales" por dicha comisión.

Resulta común a las circunstancias exceptivas mencionadas la "necesidad de la prueba" sobre las mismas, cuya carga corresponderá a quien la alega, lo que permitirá el pronunciamiento de la comisión de personal de carrera diplomática y consular que, con base en las pruebas disponibles, emitirá el concepto correspondiente sobre la procedencia de las excepciones (Artículo 73, literal c.).

Por su parte, el parágrafo del artículo 37 del D.L. 271 de 2000, establece otra excepción que ha sido calificada por la jurisprudencia como *"requisito de disponibilidad"*.

A continuación se dilucidará el alcance de tales excepciones.

i) Caso fortuito o fuerza mayor

En la legislación colombiana como causal genérica liberatoria de las obligaciones o la responsabilidad, la Ley 95 de 1890 define el caso fortuito junto con la fuerza mayor como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." (art. 1). La Sala en el concepto 1792 de 2006 tuvo oportunidad de referirse *in extenso* a las mencionadas nociones, citando para el efecto la profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre el particular, razón suficiente para que en esta ocasión se remita a lo allí expuesto.

Con todo, para efectos prácticos se transcribe a continuación algunos apartes de dicho concepto en los que se alude a la doctrina de la Sala, así como a la jurisprudencia de esta Corporación:

- **"Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 10 de mayo de 1996. Exp. 813**

  "La Corte Suprema de Justicia acoge el criterio de la identidad de concepto entre el caso fortuito y la fuerza mayor, tal como se desprende del texto del derogado art. 64 del Código Civil, y de la forma como quedó concebido el art. 1° de la ley 95 de 1890, que sustituyó a aquél. Por su parte, esta Corporación en sentencia de marzo 26 de 1984 luego de memorar la jurisprudencia civil en esta materia, se aparta del criterio de la identidad de los fenómenos y acoge la distinción entre los mismos, que encuentra fundamentada en que la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad. Esta Sala reitera el anterior criterio expuesto por la Corporación y se aparta de la posición citada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que atribuye como causal del caso fortuito la concerniente a acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza...debe hacerse es un análisis y ponderación de todas las circunstancias del respectivo hecho para determinar si encaja dentro de las que figuran la fuerza mayor o el caso fortuito".

- **"Sentencia de 29 de octubre de 1999. Exp. 9626. Actor: Banco de Los Trabajadores S.A.**

  Los elementos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad han sido precisados por la doctrina y la jurisprudencia, como las circunstancias de haber sido imprevisto el hecho y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho invocado como fuerza mayor o caso fortuito, corresponde a un suceso que escapa a las previsiones normales, esto es que no haya sido tenido en cuenta por el afectado, siempre y cuando no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, precedente o concomitante con el hecho. La irresistibilidad radica en que ante las medidas adoptadas, le fue imposible al deudor evitar que el hecho se presentara, por escapar por entero a su control. Por ello, la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de las circunstancias, de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsible".

Es preciso señalar que los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad ajenos al agente deben ser evaluados en cada caso en particular –*in concreto*-, considerando las circunstancias específicas en las que se presentó el hecho a ser calificado como fuerza mayor o caso fortuito, ya que no solo es exigencia de la teoría general señalada, sino que de manera especial lo establece el D.L. 274 de 2000, cuando le asigna a la comisión de personal de la carrera diplomática y consular dicha función (arts. 40 y 73, lit. c.).

En efecto, una fuerza mayor como sería, por ejemplo, un terremoto, daría lugar a que si este ocurriera fuera de Colombia, el servicio exterior dedicare todos sus esfuerzos a proteger y asistir a los nacionales afectados por la catástrofe, lo que significaría la permanencia por mayor tiempo del previsto a los funcionarios de planta externa y a que, si las circunstancias lo exigen, funcionarios que, en principio, deberían permanecer en planta interna (puesto que aún no se ha vencido el lapso de alternación) fueren trasladados al exterior para atender la emergencia.

ii) "Circunstancias de especial naturaleza"

En la consulta se indaga si tales circunstancias exceptivas pueden corresponder a *"razones de salud física o mental" o "la dependencia económica de un pariente"*.

Al respecto debe señalarse, en primer lugar, que dicha excepción solo es aplicable para el caso de la alternación cuando se está prestando el servicio en planta interna, puesto que así lo establce expresamente el artículo 40 del D.L. 272 de 2000.

En segundo lugar las *circunstancias de especial naturaleza* difieren de las causales de fuerza mayor o caso fortuito explicadas en precedencia y no pueden asimilarse a ellas. Recuérdese que se está al frente de una excepción legal, por lo que su interpretación es restrictiva[517], y por lo mismo, las *circunstancias especiales* no pueden ser

517 "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación", artículo 31 del Código Civil:

hechos irresistibles, imprevisibles y ajenos al agente, ya que en este caso se estaría en una fuerza mayor o caso fortuito.

Con todo, la interpretación restrictiva no quiere decir que esté vedado para la intérprete fijar el alcance de cada una de las hipótesis comprendidas en las normas legales, con base en la aplicación de los diferentes principios y cánones hermenéuticos[518], por lo que corresponde a la Sala dilucidar si "*razones de salud física o mental" o "la dependencia económica de un pariente"* son circunstancias de especial naturaleza que permiten fundamentar una excepción para el deber de alternación cuando se está prestando el servicio en planta interna.

a. "razones de salud física o mental"

Sea lo primero señalar que si bien el D.L. 274 regula situaciones administrativas especiales de los funcionarios de carrera diplomática y consular, como la alternación, lo cierto es que no son las únicas que pueden presentarse en la relación laboral existente entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y tales funcionarios.

En efecto, de tiempo atrás las normas generales que rigen tales relaciones establecen el derecho a licencias remuneradas por enfermedad y maternidad (D.L. 2400/68, art. 20 y D.R. 1950/73, arts. 60 y 70 a 72), en los términos previstos las normas de seguridad social.

Por su parte, el artículo 63 del D.L. 274 de 2000, establece que los funcionarios de carrera diplomática y consular deben estar afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social en los "sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales" bajo las normas generales[519] de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Así las cosas, en caso de enfermedad la licencia se autoriza cuando el servidor se encuentra en incapacidad mediante acto administrativo motivado, de oficio o a solicitud de parte, previa certificación expedida por autoridad competente (Art. 2.2.5.5.11 del Decreto 1083 de 2015 modificado por el 648 de 2017). Se entiende por incapacidad, el estado de inhabilidad física o mental de un trabajador, que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio habitual.

Cuando se trate de incapacidades originadas por enfermedad laboral, la Administradora de Riesgos Laborales - ARL asumirá el 100 % de la incapacidad contado a partir del día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral y hasta el día ciento ochenta (180) (Literal a. del artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968).

518 Al respecto la Sala en el Concepto 2260 de 2015 sostuvo: "La interpretación puede realizarse mediante diversos métodos, entre otros, por el exegético, sistemático, sociológico, teleológico o finalista, y en estos eventos la ley se aplica a un caso realmente contemplado en ella. En cambio, la aplicación analógica de la ley supone la aplicación de la ley a un evento no previsto por el legislador… Las normas pueden interpretarse en forma sistemática o extensiva, lo cual no comporta la aplicación de la norma a casos no contemplados en ella. En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente". También puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. n.º 14.652

519 Al respecto es preciso señalar que la expresión *"con las salvedades introducidas en ese Decreto"* que traía el artículo 63 del D.L. 274 fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 292 de 2001, bajo el entendido de que creaba *"una excepción y se abre la posibilidad de un régimen especial en materia del sistema de seguridad social aplicable a los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular"*, aspecto que es competencia privativa del Congreso de la República.

Si la incapacidad excede de ciento ochenta (180) días, el empleado será retirado del servicio, y tendrá derecho a las prestaciones económicas y asistenciales a las que hubiere lugar (art. 18 del Decreto Ley 3135 de 1968), norma que es concordante con el artículo 70 del D.L. 274 que señala como causal de retiro del servicio el reconocimiento de pensión de invalidez[520] (literal b), ibídem).

En consecuencia, las *"razones de salud física o mental",* deben regirse por las normas generales del sistema de seguridad social en salud y riesgos profesionales y bajo tal entendimiento, si bien en la práctica pueden impedir el desplazamiento al exterior de un funcionario, no corresponden a una excepción al deber de alternación.

Situación diferente es que, en razón de una enfermedad deba adelantarse un tratamiento médico que si bien no genera incapacidad en los términos expuestos, requiera de cuidados o procedimientos especiales que obliguen al paciente a permanecer en Colombia y, por ende, en planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En este caso se requerirá de las certificaciones o constancias médicas correspondientes expedidas por el médico tratante que justifiquen la necesidad de la permanencia del paciente en Colombia, documentos (pruebas) que deben ser calificados por la comisión de personal de carrera diplomática o consular, para que proceda la excepción en comento.

b. "Dependencia económica de un pariente"

El artículo 63 del D.L. 274 de 2000 establece diferentes "beneficios especiales" para los funcionarios que deben trasladarse al exterior a prestar su servicio, tales como pasajes, viáticos, prima de instalación, transporte de menaje doméstico, vivienda para embajadores. En cuanto a los pasajes, se afirma que al beneficio tendrá derecho el *"grupo familiar"* del funcionario, conformado por el cónyuge (a falta de este, la compañera o compañero permanente), los hijos menores de edad, los hijos mayores de edad "hasta los 25 años, que dependan económicamente del funcionario", los hijos de cualquier edad "si fueren inválidos, mientras permanezcan en invalidez", y los hijos del cónyuge o compañera permanente menores de edad, o mayores hasta los 25 años con dependencia económica o inválidos, "siempre y cuando convivieren con el funcionario". Dado el carácter restrictivo con el que debe interpretarse la excepción *"Circunstancias de especial naturaleza",* se estima que, en principio, los "parientes" que dependen económicamente del funcionario

520 Ley 100 de 1993: "Artículo. 38.-*Estado de invalidez.* Para los efectos del presente capítulo se considera *inválida* la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.
Artículo. 39. Modificado por el art. 11, Ley 797 de 2003, Modificado por el art. 1, Ley 860 de 2003. *Requisitos para obtener la pensión de invalidez.* Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:
a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y
b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.
Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley.
(…)
Artículo. 249.-*Accidentes de trabajo y enfermedad profesional.* Las pensiones de invalidez originadas en accidente de trabajo o enfermedad profesional continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes, salvo lo dispuesto en relación con el sistema de calificación del estado de invalidez y las pensiones de invalidez integradas a que se refieren los artículos siguientes.
Artículo. 250.-Calificación del estado de invalidez. La calificación del estado de invalidez derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional se sujetará a lo dispuesto en esta ley para la calificación de la invalidez por riesgo común".

corresponderían a los que la norma especial denomina *"grupo familiar"* (…) Ahora, en una interpretación *pro homine* podría considerarse que en el caso de una persona soltera y sin hijos, también estarían incluidos los *"ascendientes"* del funcionario, como aquellas personas a las cuales se les debe alimentos según el artículo 411 del Código Civil.

Pero la dependencia económica no es título suficiente para que se configuren *"circunstancias de especial naturaleza"* que le permitan al funcionario permanecer en planta interna, toda vez que la experiencia demuestra que las relaciones familiares, según se ha señalado, generan prestaciones de carácter económico (dependencia económica) las cuales pueden ser satisfechas con su pago, para lo cual no resultará indispensable permanecer en planta interna.

A juicio de la Sala, para que se den las señaladas circunstancias respecto de los dependientes económicos estas deben estar acompañadas de los deberes de auxilio y cuidado que vinculan al funcionario respecto de sus padres y sus hijos, en los términos de los artículos 251 y 253 del Código Civil[521].

De esta manera, además de probar la citada dependencia, el funcionario deberá acreditar, entre otras, las circunstancias previstas en el artículo 251 que conducen a que "especialmente" deba permanecer en planta interna, bien porque es hijo único o porque aun teniendo hermanos[522] estos no pueden hacerse cargo de sus padres, circunstancias que en todo caso deberán ser calificadas por la comisión de personal de carrera y ponderadas frente a las necesidades del servicio exterior colombiano.

Respecto de los hijos, tampoco basta la dependencia económica, pues esta se presume, sino que especiales condiciones de cuidado, crianza y educación impidan su traslado al exterior. Es claro que si se trata de una discapacidad ("invalidez" en los términos del artículo 63 del D.L. 274) que debe ser tratada en Colombia o que exige especiales condiciones familiares o espacio temporales para su atención o superación, el interés superior del menor o las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentra, deberán ser ponderadas por la comisión de personal para la emisión del concepto correspondiente.

En cuanto a la educación, piénsese en el caso de hijos que están por terminar sus estudios de bachillerato y están próximos a entrar a la universidad, resultaría razonable que mientras realizan dicha elección y cumplen la mayoría de edad, el funcionario pueda permanecer en planta interna; ello resultaría aún más evidente tratándose de un padre o madre cabeza de familia.

Como se observa, se está en presencia de una condición normativa *"circunstancias de especial naturaleza"* que debe ser analizada en cada caso, lo que impide dar soluciones o

521 "**Artículo 251.** ***Cuidado y auxilio a los padres.*** Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios".
"**Artículo 253.** ***Crianza y educación de los hijos.*** Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos".

522 Estima la Sala que respecto de los hermanos del funcionario también podría darse la condición de dependencia económica (artículo 411, num. 9, CC) y las circunstancias especiales de auxilio y cuidado que, debidamente comprobadas, darían lugar a la configuración de la excepción, con mayor razón si los padres han fallecido (artículo 1047 CC).

respuestas absolutas o categóricas, por lo que la técnica jurídica recomienda acudir a la ponderación de los intereses en juego, en este caso los del servicio exterior colombiano y, por ende, generales, frente a los particulares del funcionario que tiene la carga probatoria y argumentativa para fundamentar tales circunstancias para permanecer en planta interna, las cuales deben ser valoradas por la Administración al momento de adoptar la decisión que deberá ser motivada. Al efecto, los artículos 42 y 44 del CPACA disponen:

> "ART. 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados en expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente presentadas dentro de la actuación por el peticionario y por terceros reconocidos.
>
> (…)
>
> ART. 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

Entonces probada y justificada la condición normativa *"circunstancias de especial naturaleza",* ello no supone necesariamente que deba concederse la excepción a la frecuencia de los lapsos de alternación, toda vez que debe ser ponderada frente a la necesidad del servicio exterior colombiano (intereses generales). Se abre así un *margen de apreciación* para la Administración que le permite un marco de posibilidades (calificar las circunstancias por parte de la comisión de personal de carrera diplomática y consular[523], a voces del literal c) del artículo 73 del D.L. 274 de 2000), para determinar la consecuencia jurídica, esto es, permanencia o no en planta interna, y si concede la permanencia por cuánto tiempo, entre otras.

Obviamente la discrecionalidad atribuida a la Administración tampoco es libre o absoluta, ni puede ser arbitraria, sino que es *"jurídicamente vinculada"* a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, en los términos del artículo 44 del CPACA, esto es, bajo criterios de necesidad y proporcionalidad. De lo anterior se sigue que las *"necesidades del servicio"* con las cuales se niegue la permanencia en planta interna deben justificarse de manera precisa, señalando las circunstancias objetivas en que se fundamentan. En otras palabras, la sola invocación de *"necesidades del servicio"* no será suficiente para sustentar la decisión de la Administración, sino que ellas también deben ser precisadas.

En consecuencia, a la comisión de personal de la carrera diplomática y consular se le permite una discrecionalidad para la toma de decisión bajo un *margen de apreciación* fundado en el análisis de las normas especiales que rigen esa carrera y las finalidades propias del servicio exterior colombiano.

---

523 Según la doctrina especializada las "decisiones de tipo valorativo adoptadas por comités no sujetos a instrucciones jerárquicas e integrados por expertos y/o representantes de intereses", son típicos casos en donde existe un *"margen de apreciación"*. Ver: Maurer, Harmut. *Derecho Administrativo Alemán.* Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición, 2012, pp. 142-152.

iii) Disponiblidad:

Se considera útil transcribir nuevamente el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000:

> "Artículo 37. Frecuencia. La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:
>
> (…)
>
> **Parágrafo.** Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país".

El análisis de esta norma permite sostener que antes de proveerse el cargo correspondiente, la Administración tiene el deber de verificar si existe disponiblidad de funcionarios inscritos en Carrera Diplomática y Consular. Según la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estrado "[d]icha disponibilidad, en el caso de quienes se encuentren prestando sus servicios en el exterior, se cumple si han superado un lapso de 12 meses en la respectiva sede, de conformidad con el parágrafo del artículo 37 del decreto en mención, pues en este evento, pueden ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior y culminar su periodo de alternancia en el cargo que le corresponde de acuerdo con su categoría"[524]. (Subraya la Sala).

Con base en las anteriores consideraciones,

III. LA SALA RESPONDE:

1. *"Considerando la regla general de tres (3) años ¿cuántas veces y por cuánto tiempo podrá concederse a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular, prórroga en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores?*

En el caso en que el funcionario esté prestando su servicio en planta interna, al término de los tres años deberá disponerse su desplazamiento a planta externa, salvo que a iniciativa del funcionario medie solicitud de prórroga. Esta solicitud será sometida a la aprobación de la Comisión de Personal de Carrera Diplomática y Consular la cual, con base en la evaluación de las necesidades del servicio, podrá otorgar la prórroga hasta por el término de tres años, en el entendido que la noción de prórroga lleva implícito un límite temporal, según las motivaciones de este concepto.

Así, se reitera, en el evento de aprobarse la prórroga por la Comisión de Carrera, esta procederá por una sola vez y por el plazo máximo de 3 años.

524 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 2015-00542-01, sentencia del 12 de noviembre de 2015.

2. *¿Las razones de salud física o mental o, la dependencia económica de un pariente, son suficientes para que la Comisión se abstenga de aplicar las reglas de alternación, permitiendo al funcionario permanecer en planta interna durante más de tres (3) años? ¿hay algún límite temporal a esa posibilidad de prórroga?*

La excepción *"circunstancias de especial naturaleza"* prevista para el caso de la alternación cuando se está prestando el servicio en planta interna, es de interpretación restrictiva, y por lo mismo, tales *circunstancias especiales* difieren de las causales de fuerza mayor o caso fortuito explicadas en este concepto y no pueden asimilarse a ellas.

Para que "razones de salud física o mental" o "la dependencia económica de un pariente", puedan ser consideradas *"circunstancias de especial naturaleza"* deben ser probadas y justificadas para el caso concreto por parte del funcionario, sin que tal demostración suponga necesariamente que deba concederse la excepción a la frecuencia de los lapsos de alternación, toda vez que debe ser ponderada frente a la necesidad del servicio exterior colombiano (intereses generales). Existe así un *margen de apreciación* para la Administración que le permite un marco de posibilidades para determinar la consecuencia jurídica de permanencia o no en planta interna, y el plazo que se otorgue para el efecto, sin que pueda superar los tres años.

Remítase a la Ministra de Relaciones Exteriores y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Óscar Darío Amaya Navas, Presidente de la Sala. Édgar Gonzalez López, Consejero. Germán Alberto Bula Escobar, Consejero. Álvaro Namén Vargas, Consejero. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

8. Aplicación de la solución de continuidad y acumulación de tiempos de servicio en la Rama Judicial para efectos de liquidación de cesantías, vacaciones y otras prestaciones de los servidores judiciales

Radicado 2375

Fecha: 16/08/2018
Consejero Ponente: Juan Pablo Cárdenas Mejía
Levantamiento de la reserva mediante oficio del 2 de octubre de 2018

El Departamento Administrativo de la Función Pública consulta a la Sala sobre diversos aspectos relativos al reconocimiento y liquidación de cesantías anualizadas y reconocimiento y liquidación de otras prestaciones y factores de salario de la rama judicial.

A tal efecto, encuentra la Sala que la consulta se refiere, de una parte, a la liquidación de las cesantías anualizadas y, por la otra, de otras prestaciones y factores de salario de los servidores de la rama judicial, por lo cual procede la Sala a absolver las consultas formuladas respecto de cada uno de los dos temas planteados en la consulta.

1. RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN CESANTÍAS ANUALIZADAS

Antecedentes

La entidad consultante después de hacer referencia a los antecedentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales sobre reconocimiento y liquidación de cesantías señala que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial ha venido dando cumplimiento a la normatividad aplicable para la liquidación de cesantías, a saber, los artículos 10 y 12 del Decreto 57 del 7 de enero de 1993, el Decreto 3118 de 1968 y el artículo 60 de la ley 432 de 1998, todos ellos entendidos dentro del marco constitucional y en especial lo previsto en el artículo 53 superior.

Agrega que la Contraloría General de la República en ejercicio de la interpretación normativa generada en el informe final como resultado de la Auditoría de reconocimiento, liquidación, pago de salarios y prestaciones sociales, considera que para la liquidación de cesantías debe darse aplicación al Artículo 13 de la Ley 344 de 1996, por lo que se ha generado una disyuntiva que se considera debe ser abordada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en aras de unificar criterio con respecto al tema a nivel nacional,

Advierte que para el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, resulta de vital importancia dirimir la disparidad de criterios, que frente a este tema puntual se presenta en torno de la liquidación de las cesantías anualizadas de los servidores judiciales provisionales que se desvinculan de un cargo (ya sea por renuncia o por vencimiento de periodo), razón por la cual se solicita un pronunciamiento, con el fin de resolver los siguientes planteamientos:

"a) ¿Es aplicable la Ley 344 de 1996 para la Rama Judicial, cuando el Decreto 57 de 1993 señala que para la liquidación de cesantías se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Decreto 3118 de 1968 y en la Ley 33 de 1985?

"b) ¿Cuándo un servidor judicial se desvincula de un despacho judicial o dependencia administrativa y es nombrado nuevamente en similar cargo u otro, en el mismo despacho o dependencia o en otro (bajo el entendido que la Rama Judicial es una misma entidad, y que tienen el mismo régimen de cesantías), sin que haya solución de continuidad entre una desvinculación y su nuevo vínculo, procede la acumulación de tiempos? o ¿por el contrario debe ser liquidadas y pagarse de forma proporcional?

"c) ¿Puede la entidad, de manera oficiosa liquidar las prestaciones sociales, cuando hay retiro del servicio? o ¿debe hacerlo solamente a petición de parte?"

Procede entonces la Sala a pronunciarse sobre las inquietudes planteadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

"a) ¿Es aplicable la Ley 344 de 1996 para la Rama Judicial, cuando el Decreto 57 de 1993 señala que para la liquidación de cesantías se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Decreto 3118 de 1968 y en la Ley 33 de 1985?"

Como lo ha señalado esta Sala (Consulta 1448 de 2002): "*El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social*"

Igualmente esta Sala ha precisado (Concepto 1777 de 2006) que en materia de cesantías ha existido un "*régimen retroactivo de cesantías, que consiste en que esta prestación se liquida con base en el último salario devengado, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios, …*" Dicho régimen fue modificado para la rama ejecutiva del poder público del orden nacional por virtud del Decreto 3118 de 1968, que dispuso la liquidación anual de la prestación y reconoció intereses a la misma, y para los servidores de la rama judicial por la ley 33 de 1985, la cual dispuso para los que se vincularán a partir del 1º de enero de 1985 un régimen de liquidación anual definitiva con intereses.

En esta materia el artículo 7º de la ley 33 de 1985 dispuso:

> *"Artículo 7o. Las entidades que en la actualidad pagan cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión asumirán directamente el pago de dicha prestación a partir del 1o de enero de 1985. Sin embargo, la Caja pagará cesantías a los empleados oficiales de dichas entidades hasta concurrencia del valor de transferencias que éstas hubieren efectuado*

"Quienes a partir del 1o de enero de 1985, ingresen a la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías, se regirán por las normas del Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las que lo adicionen y reglamenten en lo relacionado con la liquidación y el pago de sus cesantías" (se subraya).

De esta manera, a partir del 1º de enero de 1985, las personas que ingresen a la Rama Jurisdiccional, se rigen en materia de cesantía por las normas del Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las normas que lo adicionen y reglamenten.

Ahora bien, con posterioridad a dicha fecha, el Decreto 57 de 1993, expedido por el Gobierno nacional en ejercicio de sus funciones legales y en desarrollo de las conferidas por el Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, estableció una serie de normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y en su artículo 10 dispuso:

"Artículo 10. Las cesantías de los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial podrán ser administradas por las Sociedades cuya creación se autorizó en la Ley 50 de 1990 o por el Fondo Público que el Consejo Superior de la Judicatura señale. El Consejo Superior de la Judicatura establecerá las condiciones y requisitos para ello, en los cuales indicará que los recursos serán girados directamente a dichas Sociedades o Fondos".

Por su parte el artículo 12 del mismo Decreto dispuso:

"Artículo 12. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar que tomen la opción establecida en este Decreto o se vinculen por primera vez, no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional, de capacitación y cualquier otra sobrerremuneración. Las primas de servicios, vacaciones, navidad y las demás prestaciones sociales diferentes a las primas aquí mencionadas y a las cesantías se regirán por las disposiciones legales vigentes.

"Las cesantías se regirán por las normas establecidas en el Decreto extraordinario 3118 de 1968 y las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten, con excepción del pago, el cual se regirá por lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 33 de 1985" (se subraya).

De esta manera, de conformidad con este Decreto, las cesantías de los servidores públicos de la rama judicial se sujetan al Decreto 3118 de 1968, que establece el pago anual y definitivo, y a las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten, pero para su pago se aplica el artículo 7º de la ley 33 de 1985.

Ahora bien, la ley 344 de 1996 dispuso:

"Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

"a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

"b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

"Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. "

Desde esta perspectiva encuentra la Sala que el artículo 13 de la ley 344 de 1996, que es posterior al decreto 57 de 1993, complementa el régimen dispuesto por el Decreto 3118 de 1968 y tiene un alcance general, pues incluyó a todas "*las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado*" y sólo exceptuó "*al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*", por lo que claramente complementa el Decreto 3118 de 1968.

Por consiguiente a juicio de la Sala dicha norma también es aplicable a la rama judicial.

"2. Cuando un servidor judicial se desvincula de un despacho judicial o dependencia administrativa y es nombrado nuevamente en similar cargo u otro, en el mismo despacho o dependencia o en otro (bajo el entendido que la Rama Judicial es una misma entidad, y que tienen el mismo régimen de cesantías), sin que haya solución de continuidad entre una desvinculación y su nuevo vínculo, ¿procede la acumulación de tiempos? o, por el contrario, ¿debe ser liquidados y pagarse de forma proporcional?"

A este respecto encuentra la Sala que un punto semejante fue abordado por esta Corporación en Concepto No 1777 de 2006, en el cual se dijo:

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

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

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

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

"El decreto 1252 de 20001 dispuso que 'los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen

hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional'".

Más adelante precisó:

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

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

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

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

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

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

Si bien este concepto se refiere a la aplicación del régimen de cesantía retroactiva, lo que en el mismo se expone es perfectamente aplicable al régimen de cesantía creado por el Decreto 3118 de 1968, pues el fundamento de la opinión de la Sala parte de establecer si para estos efectos del auxilio de cesantía existe o no ruptura de la relación laboral. Como lo señala la Sala en el concepto transcrito, si una persona renuncia a un cargo en la rama judicial pero para posesionarse de un nuevo empleo en la rama, sin solución de continuidad, no existe una ruptura del vínculo laboral.

Por consiguiente, en el caso consultado a la Sala si un funcionario o empleado de la rama judicial se desvincula de un despacho judicial y es nombrado en similar cargo en el mismo despacho u otro, sin que haya solución de continuidad, no puede entenderse que se ha roto el vínculo laboral que existe entre la entidad pública, en este caso la rama judicial, y el servidor público, pues el mismo permanece independientemente de que el servidor ejerza un cargo u otro y, por consiguiente, procede la acumulación de tiempos.

"c) ¿Puede la entidad de manera oficiosa liquidar las prestaciones sociales, cuando hay retiro del servicio o debe hacerlo solamente a petición de parte?"

Entiende la Sala que la solicitud se refiere a las cesantías que son el objeto de la consulta y para ello considera lo siguiente:

En principio, corresponde al deudor cumplir las obligaciones que surgen a su cargo, y si para ello se requiere hacer una liquidación, el deudor debería proceder a hacerla para poder efectuar el pago. Por consiguiente, cuando un servidor público se desvincula de una entidad pública la misma debería proceder a hacer la liquidación correspondiente, sin que para ello sea necesario que el servidor público presente una solicitud en tal sentido.

Cosa distinta es que las normas contemplen plazos perentorios para que las entidades atiendan las solicitudes que se le presente, cuya omisión puede acarrear que la entidad quede en mora.

Así, la Ley 244 de 1995, tal como fue modificada por la ley 1071 de 2006, dispone:

> *"Artículo 1º. <Artículo subrogado por el artículo 4º de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*
>
> *"Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*
>
> *"Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo". (Se subraya).*
>
> *"Artículo 2º. <Artículo subrogado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*
>
> *"Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este".*

Por consiguiente, considera la Sala que la entidad pública como deudor puede hacer las liquidaciones correspondientes a los funcionarios que se retiran, sin que se requiera solicitud de los mismos. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las normas correspondientes que fijan términos para resolver las solicitudes de liquidación que le presenten.

RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE OTRAS PRESTACIONES Y FACTORES DE SALARIO

Antecedentes

Expresa la consultante que en materia de indemnización de vacaciones, la norma prevé la posibilidad de indemnizar hasta más de un período causado cuando se presenta el retiro del servicio, a la luz de lo señalado en el artículo 109 del Decreto 1660 de 1978, que indica que las vacaciones sólo podrán ser compensadas en dinero cuando el nominador del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio pú-

blico, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año, situación en la cual no se tiene derecho a devengar la prima de vacaciones.

Así mismo señala la citada norma que cuando un funcionario o empleado se retire definitivamente del servicio sin haber disfrutado las vacaciones causadas, procede su indemnización.

Por su parte, la Ley 995 de 2005, frente al reconocimiento de vacaciones no causadas en caso del retiro del servicio indica que se deben liquidar y cancelar en forma proporcional por el tiempo laborado.

Ahora bien, con relación con la prima de navidad, el artículo 32 del Decreto ley 1045 de 1968, dispone que cuando no se haya servido el año civil completo, el servidor tendrá derecho a la mencionada prima, en razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio que se liquida con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual si fuere variable.

Por su parte, la bonificación por servicios prestados creada para la Rama Judicial en el Decreto 247 de 1997, se reconoce en los términos establecidos en el artículo 45 y siguientes del Decreto Ley 1042 de 1978 y las normas que lo modifiquen o adicionen. A partir de la vigencia del Decreto No. 199 del 7 de febrero de 2014, la bonificación admite pago proporcional, cuando el servidor se retire del servicio sin haber cumplido el año continuo de servicios.

Con base en lo anterior plantea que cuando un servidor se retira del cargo en un Juzgado ya sea por renuncia o terminación de período de nombramiento, y se vincula al día siguiente, o antes de los 15 días hábiles en otro cargo dentro de la misma Rama Judicial, y solicita la liquidación de sus acreencias laborales, la cual fundamenta en el principio de favorabilidad, la Dirección Ejecutiva ha procedido a su reconocimiento y pago, apoyado adicionalmente en interpretaciones de la norma y en conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Añade la entidad consultante, que como resultado de la auditoría que realiza, la Contraloría General de la República en ejercicio de la interpretación normativa, en el informe final como resultado de la auditoria de reconocimiento, liquidación, pago de salarios y prestaciones sociales, objeta el procedimiento aplicado para el reconocimiento efectuado por la Rama judicial, de pago proporcional, al considerar que con dicho procedimiento se transgreden los artículos 10 y 26 del Decreto 1045 de 1978, por cuanto consideran que solo hay lugar al pago proporcional o total cuando el servidor se retira definitivamente y no haya disfrutado de sus vacaciones.

Lo anterior ha generado diversas interpretaciones, por lo que se hace necesario plantear a la Sala de Consulta y Servicio Civil las siguientes preguntas:

"a) ¿Puede la Rama Judicial indemnizar las vacaciones causadas? o ¿Bajo el entendido que no hubo solución de continuidad podrá disfrutarlas en el nuevo cargo? Es decir, ¿No es procedente su pago en dinero como parte de una liquidación?

"b) ¿Es viable, en el caso planteado, liquidar además de las primas de navidad, de vacaciones, de servicio, la prima de productividad y la bonificación por servicios prestados, en forma o, por el contrario, dado que no hubo solución de continuidad, deben reconocerse y liquidarse en el nuevo cargo?"

"c) ¿Es viable la liquidación de factores salariales y prestacionales, cuando el servidor judicial se desvincula de un cargo y se vincula en uno de superior escala salarial sin que medie solución de continuidad?"

"c) ¿Es viable la liquidación de factores salariales y prestacionales, cuando el servidor judicial se desvincula en uno de menor escala salarial sin que medie solución de continuidad?"

Consideraciones de la Sala

Procede la Sala a resolver las inquietudes que la han sido formuladas.

"a) ¿Puede la Rama Judicial indemnizar las vacaciones causadas? o ¿Bajo el entendido que no hubo solución de continuidad podrá disfrutarlas en el nuevo cargo? Es decir, ¿No es procedente su pago en dinero como parte de una liquidación?"

El artículo 20 del decreto 1045 de 1978 establece:

"Artículo 20. De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones sólo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

"a.- Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual sólo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año.

"b.- Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces".

De esta manera, la regla general es que las vacaciones serán compensadas en dinero, cuando el servidor público quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado las vacaciones.

No obstante en los casos en que el servidor se revincula antes de 15 días las disposiciones legales consagraban que en este caso no había solución de continuidad, por lo que se computaban todos los tiempos servidos. En efecto, el artículo 10 del decreto 1045 de 1978 disponía:

"Artículo 10. Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2º de este decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad"

Ahora bien, cabe preguntarse si la regla anterior fue modificada por la ley 995 de 2005 que en su artículo 1º dispone:

"Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado".

El punto ya fue abordado por esta Sala, la cual en concepto de 15 de noviembre de 2007 (Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00073-00(1848), concluyó que el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a partir de la vigencia de la ley 995 de 2005.

A tal efecto señaló esta Sala que el objeto de la ley 995 de 2005 "*es unificar para los sectores público y privado, el régimen legal de la compensación de vacaciones en el caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo, en el sentido de hacerla procedente independientemente del tiempo servido, con lo cual se modifica la forma de adquirir el derecho para efectos de su reconocimiento monetario".* Agregó entonces la Sala sobre la vigencia del artículo 10 del Decreto ley 1045 de 1978:

"Ahora bien, se inquiere en la consulta si la expedición de la ley 995 hizo perder la vigencia al artículo 10 del decreto ley 1045 de 1978 que preveía la acumulación de tiempos de servicio prestados a distintos organismos para efectos de configurar las condiciones temporales para tener el derecho a las vacaciones, razón por la que debe establecerse si la regulación de la compensación proporcional por la nueva disposición, implica la derogatoria tácita del mencionado artículo 10.

"La adición de los tiempos servidos a distintos organismos era una forma de garantizar tanto el disfrute efectivo del descanso remunerado, como su posible compensación en dinero, de manera que al retiro de un funcionario de una entidad, el tiempo servido menor a once meses sin disfrute de vacaciones se podía acumular con el de la siguiente entidad, y de esa forma no se perdía con el cambio de trabajo. De no haber sido así, cada vez que un funcionario cambiaba de entidad, debía comenzar a contar el tiempo para las vacaciones, situación no deseada por el legislador.

"Es claro para la Sala que la ley 995 de 2003, garantiza el derecho al reconocimiento y pago compensado de las vacaciones sin consideración a un mínimo de tiempo servido, de modo que no se justifica la sumatoria de tiempos prevista en el artículo 10 del

decreto ley 1045 de 1978, pues en todo caso de retiro o cambio de entidad procede la compensación monetaria del derecho.

"Así por ejemplo, el servidor que termina su relación con una determinada entidad pública y se vincula a otra, así haya laborado dos, tres o siete meses, tiene garantizado el derecho a la compensación dineraria al amparo de la nueva ley, situación que no ocurría en vigencia de los artículos 10 y 21 del decreto ley 1045, pues se requería para adquirir el derecho a las vacaciones, haber cumplido un mínimo de once meses de servicios. Es evidente que el criterio que informa el nuevo régimen de compensación monetaria, desecha el supuesto de la causación anual del derecho a las vacaciones sobre el que se edificaba en la normativa precedente, pues el reconocimiento económico se hace sobre la parte proporcional del tiempo laborado".

Por lo anterior concluyó:

"1. Cuando se produce el retiro de un servidor de una entidad, debe procederse al pago de la compensación en dinero de las vacaciones en forma proporcional al tiempo laborado. Por tanto, no es viable acceder a la petición del servidor que solicite que no se le compensen en dinero por continuar vinculado a otra entidad del Estado".

De lo anterior concluye la Sala que si se produce el retiro del servidor, lo que procede es el pago proporcional de las vacaciones en la forma prevista por la ley 995 de 2005, sin que pueda alegarse que no existe solución de continuidad y por ello se disfrutarán en el nuevo empleo.

"b) ¿Es viable, en el caso planteado, liquidar además de las primas de navidad, de vacaciones, de servicio, la prima de productividad y la bonificación por servicios prestados, en forma proporcional o, por el contrario, dado que no hubo solución de continuidad, deben reconocerse y liquidarse en el nuevo cargo?"

A tal efecto, entiende la Sala que la pregunta se refiere a la prima de productividad y la bonificación por servicios prestados.

La bonificación por servicios prestados fue creada por el Decreto 247 de 1997, el cual dispuso que la misma se reconoce "*en los mismos términos establecidos en los artículos 45 y siguientes del Decreto ley 1042 de 1978 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen*".

Ahora bien, el artículo 45 del Decreto ley 1042 de 1978 dispone:

"Artículo 45º.- De la bonificación por servicios prestados. A partir de la expedición de este Decreto, créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1o.

"Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial.

"Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1 de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

"Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

"La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa".

De esta manera, las normas de la bonificación por servicios prestados contemplan claramente la posibilidad de acumular tiempo de servicios cuando no hay solución de continuidad, por lo que no procedería su liquidación al terminar la relación si el servidor de la rama se posesiona en otro cargo de la misma antes de que transcurran quince días hábiles.

Ahora bien, cabe preguntarse si dicha conclusión se ve afectada por razón de lo dispuesto en el Decreto 199 de 2014, el cual en el parágrafo de artículo 10 dispuso:

"Parágrafo… El empleado que al momento del retiro no haya cumplido el año continuo de servicios, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la bonificación por servicios prestados".

En este punto considera la Sala que la modificación realizada por el Decreto 199 de 2014 claramente influye en la forma como debe liquidarse la prestación.

En efecto, como lo señaló la Sala, en el concepto 15 de noviembre de 2007 (Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00073-00(1848) en relación con las vacaciones, "*La adición de los tiempos servidos a distintos organismos era una forma de garantizar tanto el disfrute efectivo del descanso remunerado, como su posible compensación en dinero,…",* pero al garantizar la ley 995 *"el derecho al reconocimiento y pago compensado de las vacaciones sin consideración a un mínimo de tiempo servido, … no se justifica la sumatoria de tiempos prevista en el artículo 10 del decreto ley 1045 de 1978, pues en todo caso de retiro o cambio de entidad procede la compensación monetaria del derecho"*.

En el presente caso, la adición de tiempos era una forma de garantizar el pago de la bonificación por servicios, pero al establecerse por el Decreto 199 de 2014 que cuando el servidor se retira antes de un año, tiene derecho al pago proporcional, carece de sentido la posibilidad de acumular tiempos de servicio.

En cuanto se refiere a la prima de productividad, la misma fue creada por el decreto 2460 de 2006 que en su artículo 2º estableció:

"Artículo 2º. Para obtener el derecho a devengar la prima de que trata este decreto, el empleado deberá haber prestado de manera continua sus servicios durante el respectivo año.

"Tendrán derecho al pago proporcional de esta prima quienes hayan prestado sus servicios, de manera continua o discontinua, por un lapso no inferior a seis meses durante el respectivo año".

Esta última disposición fue modificada por el decreto 3899 de 2008 que estableció:

"Artículo 2°. *Tendrán derecho al pago proporcional de esta prima quienes hayan prestado sus servicios, de manera continua o discontinua, por un lapso no inferior a tres (3) meses durante el respectivo semestre".*

Como se puede apreciar, el Decreto 3899 de 2008 estableció que el derecho al pago de la prima opera cuando se han prestado servicios de manera continua o discontinua, por lo menos por tres meses durante el semestre.

Como la norma regula expresamente la posibilidad de que el servicio sea continuo o discontinuo el criterio a tomar en cuenta es si se ha completado el plazo de tres meses contemplado por la norma.

"c) ¿Es viable la liquidación de factores salariales y prestacionales, cuando el servidor judicial se desvincula de un cargo y se vincula en uno de superior escala salarial sin que medie solución de continuidad?"

Es claro que en los casos en que legalmente para efectos de una determinada prestación es posible acumular tiempos en dos cargos en la rama judicial, cuando el servidor que se retira de un cargo se vincula a otro de una escala salarial superior, al liquidar la prestación respectiva, deberán tomarse en cuenta los factores salariales y prestacionales existentes al momento y en la forma dispuesta por la ley para liquidar la correspondiente prestación.

"d) ¿Es viable la liquidación de factores salariales y prestacionales, cuando el servidor judicial se desvincula en uno de menor escala salarial sin que medie solución de continuidad?"

En relación con este punto considera la Sala que si el servidor se desvincula y se vincula nuevamente a un cargo de menor escala salarial sin que medie solución de continuidad, cuando deba liquidarse la prestación respectiva, ello debe hacerse con estricta sujeción a las normas que la rigen que pueden imponer tomar en cuenta la última asignación u otra base, sin que en este punto pueda alterarse la regla legal por el hecho de que con anterioridad haya tenido un cargo con una mayor asignación.

Remítase al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

SUSCRIBEN EL CONCEPTO: Alberto Montaña Plata, Presidente de la Sala de Conjueces. Hernando Herrera Mercado, Conjuez. Juan Pablo Cárdenas Mejía, Conjuez. Lucía Mazuera Romero, Secretaria de la Sala.

IMPRENTA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia