

POTESTAD REGLAMENTARIA - Definición

La potestad reglamentaria ha sido definida como “la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley. [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real” y que se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley. Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República quien expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación y que revisten, además, una forma especial, pues se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo. Esta Corporación igualmente se ha referido al ejercicio de la potestad reglamentaria en los siguientes términos: “El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, confiere al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones, órdenes y demás actos administrativos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. El ejercicio del poder reglamentario obliga al Gobierno a desarrollar no sólo el texto de la Ley, sino también su contenido implícito, su finalidad específica, para que cumpla de la mejor manera con sus objetivos. Debe tenerse presente que esta facultad tiene su primer límite en la ley que va a reglamentar, es ella la que establece el marco dentro del cual se ejerce, de tal forma que no puede el Presidente de la República crear una disposición no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance, ni mucho menos contrariar su espíritu o finalidad, de lo contrario invadiría competencias que le corresponden al Congreso (...)”.

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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004

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

Respecto al presunto exceso de la potestad reglamentaria del ejecutivo con la expedición del Decreto 2210 de 2004, aclaró en la referida sentencia del 4 de agosto de 2010: Revisado el asunto, la Sala no observa el desbordamiento del decreto acusado porque, si bien, esta regla contiene especificidades no contempladas en la ley reglamentada, como son el pago anticipado, la forma como debe pagarse, su imputación contable y la prelación del crédito en caso de disolución de las empresas responsables del pago del cálculo actuarial, tal regulación está referida al mismo tema, la amortización y pago del cálculo actuarial de pensionados, es decir, se ciñe en un todo a la materia regulada. Ahora bien, (...) como lo ha reiterado esta Corporación, la facultad reglamentaria del Presidente otorgada por el artículo 189-11 de la Carta Política, no se debe

enmarcar dentro de una réplica del contenido de la ley sino que debe contener unas verdaderas regulaciones que faciliten su aplicación, previendo circunstancias y modalidades no expresadas directamente pero que se deriven de su texto y eso es lo que, en principio, contiene el reglamento demandado. No se observa extralimitación de las facultades otorgadas al Presidente porque se abstiene de invadir regulaciones propias del legislador, como la de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados o la de establecer contribuciones parafiscales; se insiste, el decreto se limitó a reglar el pago anticipado y otras eventualidades que se puedan presentar en relación con la amortización y pago del cálculo actuarial”.

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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004

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

La Sala no comparte la apreciación del actor por cuanto las reservas de las pensiones de jubilación que administra la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, a la luz del artículo 5º del Decreto 1283 de 1994, deberán ser invertidas “conforme a las normas que expida la Superintendencia Bancaria para el mismo fin, respecto a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones. Además, la inversión de tales reservas deberá generar una rentabilidad mínima igual a la que determine el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta los rendimientos en papeles e inversiones representativas del mercado, tal y como lo describe el artículo 101 de la Ley 100 de 1993”. Por su parte, el artículo 882 del Código de Comercio autoriza la entrega de títulos valores de contenido crediticio como pago de la obligación, pero la extinción de ésta “llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera”. En consecuencia, al disponer el artículo 3º del Decreto 2210 de 2004 que el pago anticipado del cálculo actuarial se podrá efectuar por medio de títulos valores de contenido crediticio, éstos deben tener unas exigencias y garantías particulares por cuanto con ellos se pretende asegurar el cumplimiento de obligaciones de carácter pensional que se prolongan en el tiempo y además realizar previamente un estudio que deberá ser evaluado por la hoy Superintendencia Financiera, como entidad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las entidades que administran pensiones tanto del sector público como del privado y, por tanto, CAXDAC como administradora del Sistema de Pensiones, debe tener certeza de que los títulos valores entregados por la empresa contratante de aviadores civiles para la amortización y pago de su cálculo actuarial le asegure la efectividad de los mismos y además una rentabilidad dentro de sus inversiones admisibles que permita atender cumplidamente las mesadas pensionales y demás pagos incluidos en dicho cálculo.

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

FUENTE FORMAL: DECRETO 1283 DE 1994 - ARTICULO 5 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 101

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004

CALCULO ACTUARIAL - No es pasivo contingente / CALCULO ACTUARIAL - Concepto. Procedencia. Normatividad / CALCULO ACTUARIAL - Transferencia total en forma anticipada

Antes de efectuar el análisis del cargo, resulta conveniente precisar que el cálculo actuarial no es pasivo contingente como estima el demandante, sino que, como aclara el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es una proyección que con base en ciertas variables técnicas, tales como la tasa de mortalidad en el país y el índice de precios al consumidor –IPC, y la existencia de las personas como los pensionados y sus beneficiarios (cónyuge e hijos con derecho, entre otros) sirve para determinar el valor total de las pensiones de jubilación presentes y futuras, cuotas partes y bonos pensionales a cargo del empleador. Las empresas de transporte aéreo que tuvieren vinculados aviadores civiles con anterioridad al 1º de abril de 1994 deben elaborar el cálculo actuarial correspondiente a los mismos, pues los aviadores contratados con posterioridad a dicha fecha son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993. El valor de dicho cálculo debe ser transferido, en principio, en forma gradual teniendo como plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 2023, a la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles-CAXDAC, la cual es una entidad de seguridad social de derecho privado y sin ánimo de lucro, creada por medio del Decreto Legislativo número 1015 de 1956 y la Ley 32 de 1961 (art. 1 Dec. 1282 de 1994). Sin embargo, aquellas empresas que voluntariamente quieran transferir “la totalidad del valor del cálculo actuarial en forma anticipada” pueden hacerlo, sin que por ello se entienda que el plazo legal ya mencionado se entienda modificado, pues queda claro que al emplear el decreto acusado en su artículo 1º el término “podrán”, significa que en todo caso las empresas objeto del ámbito de aplicación de la Ley 860 de 2003 tienen la libertad de adelantar las respectivas amortizaciones y efectuar los pagos como lo dispone el artículo 3º ibídem, esto es, “en doce (12) cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, de tal manera que permita atender las mesadas pensionales corrientes para cada vigencia fiscal”.

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

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004

PAGO DEL CALCULO ACTUARIAL POR EMPRESAS PRIVADAS DE AVIACION AL REGIMEN PRIVADO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION

DEFINIDA - Pago de aporte parafiscales. Procedencia / CALCULO ACTUARIAL - Concepto

El Decreto 2210 de 2004 tampoco alteró el período de pago de los aportes parafiscales. En la sentencia C-179 de 1997, la Corte Constitucional determinó que “los aportes que las empresas de aviación hacen a CAXDAC constituyen verdaderas contribuciones parafiscales” y, por ello, la Caja, desde su creación, administra “un régimen especial de reservas para un grupo de trabajadores, los aviadores civiles, de manera similar al del Instituto de Seguros Sociales, donde no existe una cuenta de ahorro individual para cada cotizante sino un fondo común integrado por todos los aportes recaudados, el cual permite garantizar el pago de las prestaciones sociales, en especial las pensiones de los aviadores civiles, razón por la cual dichos recursos tienen una naturaleza comunitaria”. No obstante, es importante tener en cuenta que, como ya se anotó, el cálculo actuarial es un estimativo de las reservas que deben constituir las empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones para que la caja que administre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el sector de la aviación privada-CAXDAC continúe pagando las pensiones de jubilación. Las sumas que transfiere el empleador resultantes del cálculo actuarial corresponden a la deuda pensional anterior al 1º de abril de 1994, conforme lo previsto en el Decreto 1283 de 1994, pues con posterioridad a dicha fecha se pagan cotizaciones a CAXDAC en la forma prevista legalmente. Así las cosas y como aclara el Ministerio Público, la obligación de carácter parafiscal se origina de las cotizaciones a cargo del aviador civil (trabajador afiliado) y la empresa aérea (empleador), mientras que el decreto acusado regula la relación entre la empresa deudora del cálculo (empleador) y la caja pagadora (CAXDAC), razón por la cual, los aportes objeto de transferencia lo que constituyen es una deuda del empleador que debe amortizar y pagar íntegramente para así liberarse de la obligación de seguir pagando las pensiones de sus aviadores civiles, pero no los aportes que éste debe pagar por ley mensualmente a la respectiva caja del sector privado que administra el régimen de prima media. En síntesis, el decreto reglamentario permite que los empleadores a quienes se les aplica sus previsiones, puedan efectuar el pago anticipado del cálculo bien sea porque cuentan con los recursos suficientes para ello y así conmutar la obligación del pago de las pensiones a su cargo a efectos de que las mismas sean cubiertas por la caja determinada para tal finalidad. Dicha medida lejos de afectar la protección y libertad que la Constitución le brinda a las empresas ofrece una opción adicional pues, en todo caso, el plazo de veinte años dispuesto en la Ley 860 de 2003 permanece incólume para las empresas aéreas que decidan acogerse a la forma de pago prevista en la misma y al establecerse por ley que dichos pagos se pueden realizar “hasta el año 2023”, no niega la posibilidad de que, sin afectar su liquidez, una empresa pueda extinguir la totalidad de la obligación de manera anticipada, esto es, previo al vencimiento del término legal, por lo que el decreto reglamentario no contraría los parámetros señalados en la norma reglamentada. En este sentido, la Sala ha señalado que “los aportes parafiscales tienen una naturaleza extrapresupuestaria y pueden ser incorporadas a los presupuestos, para efectos de su administración y protección. El decreto demandado, realiza la protección de los dineros con los que se cubrirá la seguridad social de los futuros pensionados cuando la empresa entre a

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

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

FUENTE FORMAL: DECRETO 2210 DE 2004 / DECRETO 1283 DE 1994

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004

PAGO DEL CALCULO ACTUARIAL POR EMPRESAS PRIVADAS DE AVIACION AL REGIMEN PRIVADO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA - Destinación de los aportes parafiscales de carácter pensional

Lo propio puede decirse del tercer cargo denominado indisponibilidad del crédito tributario, ya que al mencionar el decreto reglamentario que la transferencia del cálculo se entiende efectuada cuando se ha pagado, además del capital y los intereses por concepto de mesadas y bonos pensionales, la comisión por administración, ello no significa que el ejecutivo esté disponiendo de la forma como se deben pagar los aportes, porque lógicamente los primeros conceptos constituyen la deuda de la empresa y, en todo caso, la administradora de pensiones tiene derecho a que le sean remunerados los gastos por concepto de administración. Estos gastos, en lo que tiene que ver con las deudas contraídas antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, se deben pagar junto con el cálculo actuarial; y, conforme lo prevé el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, respecto a los aportes para pensión que por ley se pagan mensualmente por los aviadores civiles a partir del 1º de abril de 2004, un porcentaje de dichas cotizaciones se destinan para financiar los gastos de administración. En consecuencia, el Decreto 2210 de 2004 no está variando en ningún caso la destinación de los aportes parafiscales de carácter pensional.

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

FUENTE FORMAL: DECRETO 2210 DE 2004 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 20

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004

PAGO DEL CALCULO ACTUARIAL POR EMPRESAS PRIVADAS DE AVIACION AL REGIMEN PRIVADO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA - Disolución de las empresas / DECRETO 2210 DE 2004 – Legalidad

Estima el actor que el decreto acusado hace alusión a las empresas en estado de liquidación, situación que no fue tratada por la Ley 860 de 2003. Igualmente, refiere que se modifica la prelación de los créditos dispuesta en el artículo 2495 del Código Civil. Aclara la Sala que la disolución de una sociedad puede provenir de una causal establecida en la ley, ya sea cualquiera de las generales previstas en el artículo 218 del Código de Comercio o por las especiales de cada tipo societario, según el régimen especial, o por orden de una autoridad competente. De la lectura del artículo 5º del Decreto 2210 de 2004, se desprende que lo que dicha disposición señala es simplemente que cuando se produzca la disolución de una empresa aérea que haya contratado aviadores civiles, el cálculo actuarial debe pagarse dentro del proceso liquidatorio y dicha previsión no constituye ninguna obligación nueva para las empresas que están en estado de liquidación, pues resulta lógico que el objeto de la liquidación es el pago de las deudas contraídas por la empresa en el estricto orden legal. Tampoco se modifica la prelación de créditos definida expresamente en el Código Civil, en especial, la primera clase dispuesta en su artículo 2495 dentro de la cual se incluye “todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo” y, en ese orden, el cálculo actuarial conformado por las obligaciones de carácter pensional a cargo del empleador con sus trabajadores (aviadores civiles), está comprendido en la primera clase de créditos y dicha preferencia no la dispuso el Decreto reglamentario, sino el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, en armonía con el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1992, relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y que dispone en su artículo 5º que “En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”. Si bien es cierto que con la transferencia del cálculo se pretende extinguir la obligación del empleador, debe contemplarse la posibilidad de que ocurran situaciones que afecten el pago oportuno de las mesadas por parte de la caja, como por ejemplo, que dicho cálculo no haya incluido a todas las personas o que se haya elaborado incorrectamente o que los títulos valores no puedan hacerse efectivos, tales circunstancias que en una empresa en liquidación afectan exclusivamente a los trabajadores y pensionados no pueden quedar desprotegidos y, por consiguiente, sus créditos siguen siendo de naturaleza laboral bajo la prelación que la ley ha dispuesto para las mismas, dado que la pensión es una prestación social a cargo de aquellos empleadores que antes de la Ley 100/93 debían reconocerla directamente. En ese orden, no se vulnera de ninguna manera el artículo 270 de la Ley 100 de 1993 puesto que esta norma contempla una situación diferente cual es que los créditos exigibles por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones creados por dicha ley pertenecen a la primera clase y tienen el mismo privilegio que los salarios, las prestaciones sociales y las indemnizaciones de carácter laboral. Por todo lo anterior, al no aparecer demostrada alguna causal de nulidad del Decreto 2210 de 2004 se denegarán las pretensiones de la demanda, pero se ordenará estarse en lo resuelto en la sentencia de agosto 4 de 2010 dentro del expediente No. 110010325000200400223 01, de conformidad con lo establecido en el artículo 175

del C.C.A., en cuanto a la causa petendi relacionada con la vulneración del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política por el presunto exceso de la facultad reglamentaria del Presidente de la República.

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

FUENTE FORMAL: LEY 860 DE 2003 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2495 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 218 / DECRETO 2210 DE 2004 - ARTICULO 5

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00088-00(0273-07)

Actor: RODRIGO ANTONIO DURAN BUSTOS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por el ciudadano Rodrigo Antonio Durán Bustos quien solicitó la nulidad del Decreto 2210 del 8 de julio de 2004, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 3º de la Ley 860 de 2002, expedido por el Presidente de la República y suscrito por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

ANTECEDENTES

La demanda. Rodrigo Antonio Durán Bustos en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad de la

totalidad del Decreto 2210 de 2004 y subsidiariamente solicitó la nulidad de los artículos 1, 2 y 5 del citado decreto.

Como argumentos centrales de la anterior pretensión refiere el actor los siguientes:

De acuerdo con el Decreto 1015 de 1956, las pensiones de jubilación de los aviadores civiles se administraban por la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, CAXDAC, para tal efecto, las empresas empleadoras de aviadores civiles debían hacer un cálculo actuarial de las pensiones a su cargo y cada año traspasar a la caja las sumas que servirían para atender el pago de las mesadas pensionales.

Posteriormente la Ley 100 de 1993 creó el sistema integral de seguridad social bajo el principio de universalidad y reconociendo la existencia de sectores que funcionaban en forma diferente concedió al Presidente de la República facultades extraordinarias para que dictara el régimen de transición, expidiendo los Decretos 1282 y 1283 de 1994, los cuales confirmaron a CAXDAC como entidad administradora del régimen de transición y ordenando a las empresas empleadoras de aviadores civiles que elaboraran el cálculo actuarial del valor de las pensiones “de los aviadores civiles actualmente pensionados por CAXDAC, de quienes hayan causado el derecho y de los beneficiarios del régimen de transición” y por un período de once años, dentro de los tres primeros meses de cada año, las empresas transferirán a la caja la diferencia entre sus cálculos (provisión) y las reservas disponibles de CAXDAC.

Por su parte, la Ley 860 de 2003 en su artículo 3º introdujo los siguientes cambios:

- Prorrogó el plazo hasta el año 2023.
- Cambió el sistema de transferencia del cálculo actuarial “gradualmente en forma lineal”; los pagos se calcularán anualmente y el valor correspondiente a cada uno se pagará en “12 alícuotas mensuales, vencidas, dentro de los

primeros diez días del mes siguiente”, incluyendo las deudas vencidas y las comisiones a CAXDAC.

- Se debe incluir, además de las transferencias futuras, todas las sumas que hasta la fecha de expedición de la ley no hayan sido transferidas.

Normas violadas y concepto de violación. El Decreto 2210 de 2004 vulneró los artículos 189 numeral 11 y 338 de la Constitución; el artículo 270 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 de la Ley 860 de 2003.

Al explicar el concepto de la violación propuso los siguientes cargos:

1. Desviación de poder. Exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Al expedirse el Decreto 2210 de 2004 se desvió el poder que confiere el artículo 189-11 de la C.P. porque en vez de utilizarlo para “la cumplida ejecución de las leyes”, se usó para otros fines.

La Ley 100 de 1993 y los Decretos 1282 y 1283 de 1994 regularon el régimen de transición pensional y el último decreto en cita ordenó a las empresas que hubieran vinculado aviadores civiles, que transfirieran a CAXDAC la totalidad de sus cálculos actuariales, esto es, el saldo de las cuentas donde se registra la provisión para el pago de las pensiones a que eventualmente tienen derecho estos trabajadores. Lo anterior “supone que el pasivo contingente varía cada año y que los empresarios lo debían pagar por cuotas, distribuidas en períodos largos, durante los cuales la provisión se iba modificando en la forma descrita, establecida para atender aquellas variaciones”.

Expone que ese mecanismo desaparece para dar paso a un nuevo sistema pensional en el cual nuevas entidades van a responder por su pago y por ello, las empresas deben pagar ese pasivo a quienes van a recibir la pensión, situación que en la práctica afecta los derechos pensionales porque las empresas lo que tienen es un pasivo contingente que se debe pagar a largo plazo y si se hace

exigible en su totalidad, produciría la insolvencia de las empresas, que gozan de protección constitucional a la luz de los artículos 333 y 334.

El decreto acusado autoriza a las empresas que empleen aviadores civiles para transferir a CAXDAC el cálculo actuarial junto con las sumas que adeuden y sus intereses, más las comisiones que se va a ganar la caja, mediante la entrega de “títulos valores de contenido crediticio en forma anticipada, frente a los plazos establecidos...”. Los títulos están sujetos a la condición resolutoria a que hace mención el artículo 882 del CCo pero como las empresas no están obligadas a girar, aceptar o avalar los títulos valores, ni de figurar en ellos, esto no sirve para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º del decreto porque la obligación no quedaría extinguida ni habría una transferencia del cálculo, sino que, apenas se crea una garantía que CAXDAC no requiere, pues su crédito nace de la ley y está facultada para crear títulos ejecutivos conforme lo dispuesto en la Ley 100/93.

La transferencia anticipada significa que desaparece del Plan Único de Cuentas PUC la cuenta de “pasivos estimados y provisiones-pensiones de jubilación”, pero es indudable que afecta la situación y calificación financiera de la empresa, v gr. en cuanto a la liquidez, razón por la cual, el decreto acusado resulta ineficaz porque no influye para nada en la transferencia del cálculo actuarial, ni propone un mecanismo que lo logre, ni la facilite.

2. El pago anticipado. Violación directa. Incompetencia del gobierno. Se acusa el artículo 1º del Decreto 2210 de 2004 de variar la base de los aportes parafiscales que deben hacer las empresas que emplean aviadores civiles y de variar las fechas en que deben satisfacer esas obligaciones, por lo cual viola el artículo 3o de la Ley 860 de 2003 e invade el campo que la Constitución reserva a la ley.

Sostiene que los dineros con los cuales se atiende la seguridad social son recursos parafiscales y por ello, su fijación y régimen le corresponde establecerlo al Congreso. La base gravable para dichos aportes parte de un cálculo actuarial que, según la Ley 860/03, se debe elaborar cada año. Sin embargo, el decreto

reglamentario modifica la base gravable, y ya no es año por año, sino global, esto es, una vez y de manera anticipada invadiendo de esta forma el campo de la ley porque dicha función le corresponde preverla exclusivamente al legislador. Además, cambia el plazo de pago del cálculo.

3. Indisponibilidad del crédito tributario. Violación directa. Los artículos 1º y 2º del Decreto 2210 de 2004 permiten que los empresarios que emplean aviadores civiles paguen (como transferencia de sus cálculos actuariales) cifras distintas a aquellas que fija la ley y, como quedó dicho, es al Congreso de la República al que le compete establecer el modelo legal que determina la base tributaria y los demás elementos de las contribuciones y ese modelo no se puede modificar por el reglamento.

4. Violación directa. La disolución de las empresas. El cálculo actuarial es un pasivo que forma parte del inventario que debe hacer el liquidador (art. 234 CCo) máxime cuando el decreto prevé su inclusión en un grupo especial y preferente del pasivo; sin embargo, el decreto no puede regular el proceso liquidatorio ni disponer que el cálculo deba pagarse dentro del mismo.

En su sentir el decreto establece que cuando el empleador transfiere su cálculo a CAXDAC el pasivo ya está satisfecho y los títulos valores adquieren la categoría de reservas de esta entidad en igualdad de condiciones a las de los demás valores en que se inviertan las reservas y si la caja los vendió, recibe los dineros y el nuevo tenedor sería un acreedor financiero.

De otro lado, al disponerse un límite temporal se viola el artículo 3º de la Ley 860 de 2003 que concede plazo hasta el año 2023. No se puede alegar que la liquidación tiene una duración más corta, porque en ninguna parte hay un plazo establecido para llevar a cabo la liquidación de una sociedad, es más, el artículo 245 del CCo. prevé un mecanismo para pagar estas obligaciones.

Concluye señalando que el artículo 5 del decreto viola el artículo 338 Superior porque invade el campo que se reserva a la ley y además porque no fija el sujeto pasivo de la obligación tributaria. También vulnera el artículo 270 de la Ley 100 de 1993 (en conexión con el artículo 2495 del C.C.) porque coloca en el primer grupo de acreencias a los títulos valores que las empresas han transferido y, finalmente viola el artículo 3º de la Ley 860 de 2003 porque acorta los plazos que fija ésta última.

Contestación a la demanda. En defensa de la norma demandada se presentaron escritos de contestación en el siguiente orden:

- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se opone a las pretensiones de la demanda solicitando que se nieguen y aclara que el cálculo actuarial no es estrictamente una obligación contingente, sino el valor presente de una obligación futura, cuya realización está sometida a ciertas condiciones, entre las que se encuentran no sólo el cumplimiento de los requisitos de pensión por parte de los trabajadores activos, sino también que sucedan ciertos supuestos previstos respecto de los trabajadores activos y jubilados, entre los que se incluyen factores demográficos (edad promedio establecida en las tablas de mortalidad); características del grupo de beneficiarios (existencia de cónyuge e hijos) y variaciones en las reglas aplicables a las pensiones (v. gr. incrementos pensionales o modificación de requisitos).

No es cierto que el decreto acusado obligue a realizar el pago anticipado del cálculo actuarial. Como bien lo señala la norma, esta modalidad de pago es una opción a la que pueden acogerse los empleadores cuyos trabajadores se encuentran afiliados a CAXDAC, quienes pueden también optar por realizar el pago en el plazo previsto en la Ley 860 de 2003, es decir, dentro de 20 años. Vale la pena destacar que lo que la ley concede es un plazo máximo a favor de las empresas, pues claramente señala que es hasta el 2023 por lo cual, las mismas pueden pagar por anticipado, puesto que la modalidad consagrada en el Decreto

2210 es un esquema de pago anticipado que en protección de los pensionados establece además unas garantías que aseguren el pago efectivo de la obligación.

Respecto del segundo cargo manifiesta que no hay variación de las bases de los aportes porque si bien se trata de una obligación parafiscal, su naturaleza es especial como lo ha señalado la Corte Constitucional, por ello, la comparación exacta con las obligaciones parafiscales y tributarias resulta improcedente.

El sistema de pago mediante títulos valores es un mecanismo previsto en las leyes mercantiles; el que se incluya el costo de las comisiones de administración simplemente pretende remunerar al administrador de los recursos pensionales, quien es la entidad independiente que deriva sus ingresos exclusivamente de dicha gestión y tiene el derecho a percibir por la actividad una remuneración, tal y como lo establece la Ley 100 de 1993 para todos los administradores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Del tercer cargo indica que los aspectos técnicos relativos a la elaboración de cálculos actuariales incluyen variables técnicas que se determinan por el Gobierno Nacional de acuerdo con criterios tales como la tasa de inflación y la tasa de interés técnico, las cuales deben ajustarse periódicamente teniendo en cuenta las circunstancias variables de la economía.

Por último, contra el cuarto cargo aduce que las obligaciones contenidas en el cálculo actuarial son, en principio, parafiscales, que representan la obligación originaria de la empresa de aviación como empleadora con sus trabajadores activos y pensionados y, por tanto, es también cierto que son obligaciones de naturaleza pensional. De no conservarse esa característica, en un evento de liquidación, las acreencias derivadas del cálculo se encontrarían a la par que las demás obligaciones mercantiles y se pondría en riesgo el pago de las pensiones.

Además, el artículo 270 de la Ley 100 de 1993 establece el privilegio para las cotizaciones e intereses adeudados por lo que, independientemente de que se

haya optado por el pago anticipado o por el pago a plazos, las obligaciones son de naturaleza pensional y en su pago va involucrada la protección del derecho constitucional a la seguridad social que, por tal razón, no puede competir en igualdad de condiciones con otros créditos de la entidad en liquidación (fls. 82-88).

- Ministerio de la Protección Social. Se opone igualmente a la prosperidad de las pretensiones argumentando la legalidad de la norma acusada, para lo cual, expone como razones de la defensa que el Presidente de la República está facultado para reglamentar las leyes y bajo este mandato se expidió el Decreto 2210 de 2004, que no vulnera la ley tal y como lo afirma el actor sino que, da una nueva posibilidad para conmutar la obligación pensional a que hace alusión los Decretos 1282 y 1283 de 1994.

La Ley 860 de 2003 en su artículo 3º indicó, en relación con la amortización y pago del cálculo actuarial de los pensionados, que las empresas del sector privado, conforme a lo establecido en los Decretos-Ley 1282 y 1293 de 1994, “deberán transferir el valor de su cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para tal fin tendrán plazo para realizar dichos pagos hasta el año 2023.

Adicionalmente, el Decreto acusado señaló que las empresas “podrán transferir” la totalidad del valor del cálculo actuarial en forma anticipada frente a los plazos previstos por el artículo 3º de la Ley 860/03. Como se puede observar el decreto en comento señala en forma facultativa, mas no obligatoria, la transferencia anticipada del cálculo, estableciéndose unos requisitos mínimos que garanticen el cumplimiento de la obligación.

Como antecedentes legales debe tenerse en cuenta que el artículo 3º de la Ley 32 de 1961 indica que los patronos de las empresas de aviación civil que cubran los aportes fijados por el gobierno, quedan exentos de pagar a los aviadores y

navegantes civiles la pensión de jubilación establecida en el Código Sustantivo del Trabajo y su abono lo asume la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC.

Por su parte, el artículo 2º del Decreto Reglamentario 60 de 1973 indica que CAXDAC es una persona jurídica de carácter privado y sin ánimo de lucro, creada con el fin de asumir algunas o todas las prestaciones que por ley corresponden a las empresas aportantes, indicando que para el reconocimiento y pago de las prestaciones legales que actualmente están a cargo de CAXDAC o que en el futuro la misma asuma, los pilotos, copilotos o navegantes tienen el carácter de afiliados.

El Decreto 1283 de 1994 estableció la forma y los plazos para amortizar gradualmente el cálculo actuarial, ante lo cual, se puede inferir que si las empresas aéreas empleadoras de los aviadores civiles pensionados por CAXDAC, dieron cabal cumplimiento a dicho decreto, a la fecha de expedición del Decreto 2210 de 2004 habrían amortizado aproximadamente un 90% del cálculo actuarial de los pasivos pensionales a su cargo y transferido los recursos correspondientes a CAXDAC, por lo que no puede afirmarse, como lo hace el actor, que este decreto impone una carga adicional a las empresas objeto de su aplicación y por lo tanto la insolvencia de las mismas.

Frente al cargo formulado acerca de la violación del artículo 338 de la Constitución Política, sostuvo que con el decreto acusado el Estado no interfiere para nada en la libertad de empresa, toda vez que lo que hace es dar una nueva opción a las empresas, las cuales están en libertad de acogerse o no a lo dispuesto en dicha norma.

Sobre el pago del cálculo actuarial con títulos valores de contenido crediticio que llevarán implícita la condición resolutoria del pago en caso de no cumplimiento de la obligación, es importante mencionar que según lo señalado por el mismo decreto dichos títulos deberán corresponder a inversiones admisibles de la

respectiva administradora del régimen de prima media y que ya han sido objeto de reglamentaciones anteriores.

En ese orden, del contenido de la demanda se nota claramente que el actor da una interpretación errada al Decreto 2210 de 2004, no obstante de ser éste absolutamente claro e interpreta de “obligatoria” la opción de cancelar por anticipado el cálculo actuarial, lo cual no es cierto, porque si lo fuera, la norma iría en detrimento de las empresas al convertir un pasivo de largo plazo en pasivo inmediato. Lo que pretende el decreto es permitir que aquellas empresas solventes que tengan la disponibilidad de recursos para cubrir totalmente la deuda o la amortización que les haga falta, lo puedan hacer en forma anticipada a los plazos establecidos por la ley, con el fin de sanear sus pasivos pensionales. Desde el punto de vista técnico, esta opción se considera conveniente tanto para la empresa que sana sus pasivos como para los pensionados que verían así sus pensiones realmente garantizadas y protegidas (fls. 105-120).

Coadyuvancia. Dentro del término para alegar, el ciudadano Manuel S. Urueta Ayola, coadyuva las pretensiones de la demanda de nulidad, manifestando en síntesis, que conforme con la jurisprudencia se presenta un exceso de las facultades reglamentarias por cuanto el decreto acusado regula una materia distinta, como es la transferencia anticipada por las empresas del sector privado a las entidades de seguridad social de la totalidad del valor del cálculo actuarial, así como una tasa de interés técnico e incluye el reajuste pensional aun cuando éste sea de carácter facultativo.

La falta de coherencia entre el texto legal y la norma reglamentaria obedece a que tratan asuntos completamente diferentes, al establecer el decreto reglamentario una forma alternativa, distinta de la prevista en la ley para la transferencia del cálculo actuarial en materia de pensiones.

Destaca que los fondos y aportes hechos a CAXDAC tienen naturaleza parafiscal conforme lo establecido en la sentencia C-179 de 1997 y, en ese orden, la

transferencia inmediata del cálculo actuarial de las empresas de aviación civil debe ser de naturaleza legal y no simplemente reglamentaria, pues se trata de recursos parafiscales, reservados a la regulación legislativa.

En cuanto a las empresas en liquidación, refiere que regula problemas atinentes a las sociedades en proceso de liquidación que es tema del Código de Comercio (art. 242), legislando por fuera de los límites de la potestad reglamentaria y desconociendo la prelación de los créditos prevista en el artículo 2495 del Código Civil, reformado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990 (fls. 268-293).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

-La parte demandante reiteró la integridad de los argumentos expuestos en la demanda de nulidad presentada tal y como consta a folios 294 a 320 del plenario.

- El Ministerio de la Protección Social precisó que el Decreto 1283 de 1994 estableció la forma y plazos para amortizar gradualmente el cálculo actuarial por parte de las empresas aéreas empleadoras de los aviadores civiles pensionados por CAXDAC hasta el año 2005. No obstante, el artículo 3º de la Ley 860 de 2003 prorrogó el plazo para la constitución del cien por ciento (100%) de las reservas hasta el 31 de diciembre del año 2023.

El Decreto 2210 de 2004 no disminuye ni modifica los plazos establecidos en la precitada ley, lo que hace es precisar que la solución de estos pasivos en caso de liquidación de la empresa deben efectuarse durante el tiempo que dure la liquidación, sin que por ello se entienda que el plazo debe extenderse hasta el año 2023.

Tal como lo señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el señor Presidente de la República está facultado para reglamentar las leyes y bajo este mandato se expidió el Decreto 2210 de 2004, que no vulnera las disposiciones legales como lo afirma el demandante, sino que se da una nueva

posibilidad para conmutar pensiones conforme los Decretos 1282 y 1283 de 1994, es decir, que el ejecutivo actuó dentro de los parámetros constitucionales y legales sobre la materia y resulta conveniente tanto para la empresa que sanea sus pasivos como los pensionados al garantizar sus pensiones y que éstas se encuentren realmente protegidas.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Sexta Delegada ante el Consejo de Estado estima oportuno denegar las pretensiones de la demanda, dada la legalidad del Decreto Reglamentario No. 2210 de 2004, pronunciándose igualmente en relación con cada uno de los cargos formulados, así:

Del primer cargo: hace notar que de la simple interpretación literal de la norma en comento, se tiene que el Gobierno Nacional pretendió adoptar un mecanismo o esquema determinado por el cual se cumpliera el fin propuesto por el legislador del 2003, es decir, el de lograr la transferencia del cálculo actuarial de las empresas a aquellas entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero cumplirlo de forma anticipada respecto del término fijado en un principio por la Ley 860 de 2003. A este mecanismo se le otorgó el carácter de facultativo, esto es, que las empresas podían, según su conveniencia, optar por adoptarlo o, por el contrario, decidir permanecer bajos las reglas del esquema inicialmente consagrado en la citada ley, entre las cuales se encontraba la de cumplir el deber legal dentro del término de 20 años contados a partir de la expedición de la misma ley.

Ahora bien, el artículo 882 del CCo reconoce el pago de obligaciones con títulos valores de contenido crediticio y dispone que la entrega de los mismos valdrá como pago de éstas si no estipula otra cosa, pero llevará implícita la condición resolutoria en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera. Como CAXDAC se rige por normas especiales en cuanto al régimen de inversiones, ello implica que los títulos recibidos como medios de pago

de la acreencia deban cumplir precisas condiciones tendientes a minimizar el riesgo financiero propios de los mismos y así garantizar el pago de las mesadas y bonos pensionales. Es por tal razón que el decreto se encarga de especificar cuáles habrán de ser los títulos valores a recibir por tales conceptos.

Del segundo cargo destaca que de la lectura del decreto acusado ha de inferirse que en ninguno de sus artículos el gobierno pretende variar la base de los aportes parafiscales destinados de manera específica a CAXDAC; lo que estipula es un mecanismo de transferencia de los cálculos actuariales por parte de las empresas aéreas empleadoras de aviadores civiles a la caja, sin que ello conlleve una variación en el aporte en sí mismo.

Tampoco se modifica el plazo establecido en la norma superior, dado que éste permanece incólume para aquellas empresas que decidan conservar el esquema de la Ley 860/03, según el cual los cálculos deben ser cancelados dentro del término de veinte años.

Del tercer cargo considera que debe tenerse presente que la elaboración de los cálculos actuariales conlleva la inclusión de diversas variables técnicas, las cuales son determinadas por el Gobierno Nacional –no por el legislador-, en consonancia con criterios tales como la tasa de inflación. Agrega que es comprensible que en tratándose de títulos valores las variables técnicas sean más exigentes, puesto que éstos implican un riesgo mayor y lo que se pretende es proteger los derechos de los pensionados.

Respecto al cuarto cargo señala que conforme con el artículo 2495 del C.C., todas aquellas prestaciones derivadas del contrato de trabajo, como son los pagos efectivos de las pensiones, resultan ser créditos de primera clase; así, el decreto reglamentario acata la prescripción legal contenida en la norma superior, lejos de vulnerarla.

Así pues, el decreto entra a reglamentar una de las situaciones inmersas en la norma reglamentada y no como dice el actor, un suceso ajeno, no contemplado dentro del texto legal del artículo 3º de la Ley 860 de 2003; en tal virtud, es preciso concluir que el gobierno no excedió sus facultades reglamentarias, pues no creó ninguna situación jurídica nueva, sino que se limitó a regular una circunstancia incluida –aun cuando tácticamente-, en norma de carácter superior (fls. 321-351).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema jurídico. El problema jurídico se contrae a determinar si el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política al reglamentar parcialmente el artículo 3º de la Ley 860 de 2003 en relación con la [amortización y pago del cálculo actuarial de los pensionados de las empresas aéreas empleadoras de aviadores civiles](#), el cual se deberá transferir a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Marco conceptual y normativo.

Inicialmente se transcribirá el texto íntegro del decreto demandado.

DECRETO 2210 DE 2004¹

(julio 8)

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

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

DECRETA:

¹ Publicado en el Diario Oficial No. 45.604 de 9 de julio de 2004.

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

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

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

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

En tal caso, se transfiere el valor del cálculo actuarial cuando las sumas por concepto de pago de capital e intereses que la entidad administradora recibirá por dichos valores correspondan a los pagos que debe hacer por concepto de mesadas pensionales, bonos pensionales, y la comisión de administración que le corresponde recibir a la administradora, de tal manera que asegure la atención de las obligaciones pensionales corrientes para cada vigencia fiscal. Igualmente deberán pagarse los intereses moratorios correspondientes. En todo caso al realizar el estudio de los flujos deberá considerarse la existencia de una reserva de liquidez equivalente al valor de las mesadas de un año, para atender eventuales variaciones frente al valor de los pagos anuales calculados inicialmente.

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

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

- 1. Que la entidad administradora, con la autorización de sus órganos competentes, acepte la entrega de los títulos correspondientes.*

2. Que se otorgue una garantía de un tercero a satisfacción de la entidad administradora, que cubra las siguientes contingencias:

a) Las derivadas del hecho de que el cálculo actuarial no haya sido elaborado correctamente o con la información correcta y completa y por tanto se generen desviaciones de cobertura del cálculo;

b) Las derivadas del hecho de que el producto de los títulos no permita atender el pago de las mesadas pensionales en la cuantía y oportunidad prevista en el cálculo actuarial elaborado en forma correcta;

c) Las derivadas de que el capital y los rendimientos de los títulos, o cualquiera de ellos no se reciban, por cualquier causa, en la cuantía y oportunidad previstas.

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

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

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

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

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

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

El decreto anterior reglamentó parcialmente el artículo 3º de la Ley 860 de 2003², el cual es del siguiente tenor literal:

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

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

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

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

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

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

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

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

El Decreto 1282 de 1994 por el cual se establece el régimen pensional de los aviadores civiles, previó que el mismo se aplica a los aviadores civiles que ingresen a partir del 1º de abril de 1994, con excepción de quienes estén cobijados por el régimen de transición y las normas especiales, caso en el cual las

² **LEY 860 DE 2003** (diciembre 26) Diario Oficial No. 45.415, de 29 de diciembre de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”.

pensiones serán administradas por la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac-Caxdac, cuyo régimen se encuentra previsto en el Decreto 1283 del mismo año y recibirá las cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia.

De acuerdo con las normas anteriores, la Sala procederá al análisis de los cargos propuestos en la demanda a efectos de determinar la legalidad del Decreto 2210 de 2004, aclarando que no obstante en sentencia reciente del 4 de agosto de 2010, dentro del expediente No. 110010325000200400223 01, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, se estudió la demanda de nulidad contra el mismo decreto, aunque no por los mismos cargos que ahora se formulan.

1. Desviación de poder. Exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria ha sido definida como “la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley ... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real” y que se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley.

Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República quien expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación y que revisten, además, una forma especial, pues se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo³.

Esta Corporación igualmente se ha referido al ejercicio de la potestad reglamentaria en los siguientes términos:

“El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, confiere al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones, órdenes y demás actos administrativos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. El ejercicio

³ Sentencia C-805/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*del poder reglamentario obliga al Gobierno a desarrollar no sólo el texto de la Ley, sino también su contenido implícito, su finalidad específica, para que cumpla de la mejor manera con sus objetivos. Debe tenerse presente que esta facultad tiene su primer límite en la ley que va a reglamentar, es ella la que establece el marco dentro del cual se ejerce, de tal forma que no puede el Presidente de la República crear una disposición no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance, ni mucho menos contrariar su espíritu o finalidad, de lo contrario invadiría competencias que le corresponden al Congreso (...)*⁴.

Y respecto al presunto exceso de la potestad reglamentaria del ejecutivo con la expedición del Decreto 2210 de 2004, aclaró en la referida sentencia del 4 de agosto de 2010:

“1. Revisado el asunto, la Sala no observa el desbordamiento del decreto acusado porque, si bien, esta regla contiene especificidades no contempladas en la ley reglamentada, como son el pago anticipado, la forma como debe pagarse, su imputación contable y la prelación del crédito en caso de disolución de las empresas responsables del pago del cálculo actuarial⁵, tal regulación está referida al mismo tema, la amortización y pago del cálculo actuarial de pensionados, es decir, se ciñe en un todo a la materia regulada.

Ahora bien, (...) como lo ha reiterado esta Corporación⁶, la facultad reglamentaria del Presidente otorgada por el artículo 189-11 de la Carta Política, no se debe enmarcar dentro de una réplica del contenido de la ley sino que debe contener unas verdaderas regulaciones que faciliten su aplicación, previendo circunstancias y modalidades no expresadas directamente pero que se deriven de su texto y eso es lo que, en principio, contiene el reglamento demandado.

No se observa extralimitación de las facultades otorgadas al Presidente porque se abstiene de invadir regulaciones propias del legislador, como la de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados o la de establecer contribuciones parafiscales; se insiste, el decreto se limitó a reglar el pago anticipado y otras

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sent. del 5 de mayo de 2003. Radicación número: 11001-03-27-000-2002-0044-01(13212). C.P.: Ligia López Díaz. Actor: Monica Mariana de Jesús Reyes Rodríguez.

⁵ El artículo 6º. del Decreto 1282 de 1994, establece: Artículo 6º. Integración del cálculo actuarial. Las empresas aéreas empleadoras de los aviadores civiles actualmente pensionados por Caxdac, de quienes hayan causado el derecho y de los beneficiarios del régimen de transición, deberán completar la totalidad del cálculo actuarial de aquellos cuya pensión corresponde administrar a Caxdac de la forma prevista en el artículo siguiente.

⁶ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 2 de abril de 2009, Expediente No. 9901-05, Referencia: 110010325000200500231 00, Actor: Cristian Albert Uscátegui Sánchez. C.P. Gerardo Arenas Monsalve; 3 de marzo de 2005, Expediente No. 110010325000200200262 01 (5427-02), Actor: Nixon José Torres Carcomo. C.P. Jesús María Lemos Bustamante, entre otras.

eventualidades que se puedan presentar en relación con la amortización y pago del cálculo actuarial”.

De otro lado, expone el actor que el decreto acusado menciona que la transferencia a CAXDAC del cálculo actuarial se debe hacer mediante la entrega de títulos valores de contenido crediticio sujetos a condición resolutoria, por lo cual, resalta que las empresas no están obligadas a girar, aceptar o avalar títulos valores; ni tampoco hay obligación de que figuren en esos títulos bajo las formas que autoriza la ley.

La Sala no comparte la anterior apreciación por cuanto las reservas de las pensiones de jubilación que administra la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, a la luz del artículo 5º del Decreto 1283 de 1994, deberán ser invertidas *“conforme a las normas que expida la Superintendencia Bancaria para el mismo fin, respecto a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones. Además, la inversión de tales reservas deberá generar una rentabilidad mínima igual a la que determine el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta los rendimientos en papeles e inversiones representativas del mercado, tal y como lo describe el artículo 101 de la Ley 100 de 1993”.*

Por su parte, el artículo 882 del Código de Comercio autoriza la entrega de títulos valores de contenido crediticio como pago de la obligación, pero la extinción de ésta *“llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera”.*

En consecuencia, al disponer el artículo 3º del Decreto 2210 de 2004 que el pago anticipado del cálculo actuarial se podrá efectuar por medio de títulos valores de contenido crediticio, éstos deben tener unas exigencias y garantías particulares por cuanto con ellos se pretende asegurar el cumplimiento de obligaciones de carácter pensional que se prolongan en el tiempo y además realizar previamente un estudio que deberá ser evaluado por la hoy Superintendencia Financiera, como entidad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las entidades

que administran pensiones tanto del sector público como del privado y, por tanto, CAXDAC como administradora del Sistema de Pensiones, debe tener certeza de que los títulos valores entregados por la empresa contratante de aviadores civiles para la amortización y pago de su cálculo actuarial le asegure la efectividad de los mismos y además una rentabilidad dentro de sus inversiones admisibles que permita atender cumplidamente las mesadas pensionales y demás pagos incluidos en dicho cálculo.

2. El pago anticipado. Violación directa. Incompetencia del gobierno.

En concepto del actor el Decreto 2210 de 2004 modifica el plazo señalado en la norma reglamentada para transferir el cálculo actuarial y además la base gravable de los aportes pensionales que son recursos parafiscales.

Antes de efectuar el análisis del cargo, resulta conveniente precisar que el cálculo actuarial no es pasivo contingente como estima el demandante, sino que, como aclara el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es una proyección que con base en ciertas variables técnicas, tales como la tasa de mortalidad en el país y el índice de precios al consumidor –IPC, y la existencia de las personas como los pensionados y sus beneficiarios (cónyuge e hijos con derecho, entre otros) sirve para determinar el valor total de las pensiones de jubilación presentes y futuras, cuotas partes y bonos pensionales a cargo del empleador.

Las empresas de transporte aéreo que tuvieran vinculados aviadores civiles con anterioridad al 1º de abril de 1994 deben elaborar el cálculo actuarial correspondiente a los mismos, pues los aviadores contratados con posterioridad a dicha fecha son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993. El valor de dicho cálculo debe ser transferido, en principio, en forma gradual teniendo como plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 2023, a la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles-CAXDAC, la cual es una entidad de seguridad social de derecho privado y sin ánimo de lucro, creada por medio del Decreto Legislativo número 1015 de 1956 y la Ley 32 de 1961 (art. 1 Dec. 1282 de 1994).

Sin embargo, aquellas empresas que voluntariamente quieran transferir “la totalidad del valor del cálculo actuarial en forma anticipada” pueden hacerlo, sin que por ello se entienda que el plazo legal ya mencionado se entienda modificado, pues queda claro que al emplear el decreto acusado en su artículo 1º el término “podrán”, significa que en todo caso las empresas objeto del ámbito de aplicación de la Ley 860 de 2003 tienen la libertad de adelantar las respectivas amortizaciones y efectuar los pagos como lo dispone el artículo 3º *ibídem*, esto es, “en doce (12) cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, de tal manera que permita atender las mesadas pensionales corrientes para cada vigencia fiscal”.

Esta posibilidad que tienen las empresas de transporte aéreo establecida por el decreto acusado no es de competencia del legislador como equívocamente sostiene el demandante y la parte coadyuvante, porque al permitirle a las mismas el pago anticipado de su cálculo actuarial bajo determinadas condiciones no se está desbordando el marco de la ley sino que les facilita el cumplimiento total de dicha obligación con anterioridad al plazo máximo, lo que conlleva un desarrollo de la ley que le es permitido efectuar al ejecutivo porque no contradice ni altera la intención del legislador en el sentido de que dichas empresas, veinte años después de expedida la Ley 860/03, no adeuden suma alguna por concepto de obligaciones de carácter pensional de los aviadores civiles beneficiarios del régimen de transición.

Por otra parte, el Decreto 2210 de 2004 tampoco alteró el período de pago de los aportes parafiscales. En la sentencia C-179 de 1997, la Corte Constitucional determinó que “los aportes que las empresas de aviación hacen a CAXDAC constituyen verdaderas contribuciones parafiscales” y, por ello, la Caja, desde su creación, administra “un régimen especial de reservas para un grupo de trabajadores, los aviadores civiles, de manera similar al del Instituto de Seguros Sociales, donde no existe una cuenta de ahorro individual para cada cotizante sino un fondo común integrado por todos los aportes recaudados, el cual permite

garantizar el pago de las prestaciones sociales, en especial las pensiones de los aviadores civiles, razón por la cual dichos recursos tienen una naturaleza comunitaria”.

No obstante, es importante tener en cuenta que, como ya se anotó, el cálculo actuarial es un estimativo de las reservas que deben constituir las empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones para que la caja que administre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el sector de la aviación privada-CAXDAC continúe pagando las pensiones de jubilación. Las sumas que transfiere el empleador resultantes del cálculo actuarial corresponden a la deuda pensional anterior al 1º de abril de 1994, conforme lo previsto en el Decreto 1283 de 1994, pues con posterioridad a dicha fecha se pagan cotizaciones a CAXDAC en la forma prevista legalmente.

Así las cosas y como aclara el Ministerio Público, la obligación de carácter parafiscal se origina de las cotizaciones a cargo del aviador civil (trabajador afiliado) y la empresa aérea (empleador), mientras que el decreto acusado regula la relación entre la empresa deudora del cálculo (empleador) y la caja pagadora (CAXDAC), razón por la cual, los aportes objeto de transferencia lo que constituyen es una deuda del empleador que debe amortizar y pagar íntegramente para así liberarse de la obligación de seguir pagando las pensiones de sus aviadores civiles, pero no los aportes que éste debe pagar por ley mensualmente a la respectiva caja del sector privado que administra el régimen de prima media.

En síntesis, el decreto reglamentario permite que los empleadores a quienes se les aplica sus previsiones, puedan efectuar el pago anticipado del cálculo bien sea porque cuentan con los recursos suficientes para ello y así conmutar la obligación del pago de las pensiones a su cargo a efectos de que las mismas sean cubiertas por la caja determinada para tal finalidad. Dicha medida lejos de afectar la protección y libertad que la Constitución le brinda a las empresas ofrece una opción adicional pues, en todo caso, el plazo de veinte años dispuesto en la Ley 860 de 2003 permanece incólume para las empresas aéreas que decidan

acogerse a la forma de pago prevista en la misma y al establecerse por ley que dichos pagos se pueden realizar “hasta el año 2023”, no niega la posibilidad de que, sin afectar su liquidez, una empresa pueda extinguir la totalidad de la obligación de manera anticipada, esto es, previo al vencimiento del término legal, por lo que el decreto reglamentario no contraría los parámetros señalados en la norma reglamentada.

En este sentido, la Sala ha señalado que *“los aportes parafiscales tienen una naturaleza extrapresupuestaria y pueden ser incorporadas a los presupuestos, para efectos de su administración y protección. El decreto demandado, realiza la protección de los dineros con los que se cubrirá la seguridad social de los futuros pensionados cuando la empresa entre a disolverse.*

“En otras palabras, el hecho de que los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales (parafiscales) de los aviadores civiles que previamente estaban a cargo de las Empresas Nacionales de Transporte Aéreo, sean asumidos por CAXDAC o cualquier otra entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, no le quita el carácter de ser y pertenecer al régimen de seguridad social en pensiones, es decir, tienen un carácter pensional, su carácter de parafiscal no le quita su destinación ‘pensional’”⁷.

Lo propio puede decirse del tercer cargo denominado indisponibilidad del crédito tributario, ya que al mencionar el decreto reglamentario que la transferencia del cálculo se entiende efectuada cuando se ha pagado, además del capital y los intereses por concepto de mesadas y bonos pensionales, la comisión por administración, ello no significa que el ejecutivo esté disponiendo de la forma como se deben pagar los aportes, porque lógicamente los primeros conceptos constituyen la deuda de la empresa y, en todo caso, la administradora de pensiones tiene derecho a que le sean remunerados los gastos por concepto de administración.

⁷ Sent. del 4 de agosto de 2010. Rad No. 110010325000200400223 01. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, atrás mencionada.

Estos gastos, en lo que tiene que ver con las deudas contraídas antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, se deben pagar junto con el cálculo actuarial; y, conforme lo prevé el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, respecto a los aportes para pensión que por ley se pagan mensualmente por los aviadores civiles a partir del 1º de abril de 2004, un porcentaje de dichas cotizaciones se destinan para financiar los gastos de administración. En consecuencia, el Decreto 2210 de 2004 no está variando en ningún caso la destinación de los aportes parafiscales de carácter pensional.

4. Violación directa. La disolución de las empresas.

Estima el actor que el decreto acusado hace alusión a las empresas en estado de liquidación, situación que no fue tratada por la Ley 860 de 2003. Igualmente, refiere que se modifica la prelación de los créditos dispuesta en el artículo 2495 del Código Civil.

Aclara la Sala que la disolución de una sociedad puede provenir de una causal establecida en la ley, ya sea cualquiera de las generales previstas en el artículo 218 del Código de Comercio o por las especiales de cada tipo societario, según el régimen especial, o por orden de una autoridad competente. De la lectura del artículo 5º del Decreto 2210 de 2004, se desprende que lo que dicha disposición señala es simplemente que cuando se produzca la disolución de una empresa aérea que haya contratado aviadores civiles, el cálculo actuarial debe pagarse dentro del proceso liquidatorio y dicha previsión no constituye ninguna obligación nueva para las empresas que están en estado de liquidación, pues resulta lógico que el objeto de la liquidación es el pago de las deudas contraídas por la empresa en el estricto orden legal.

Dispone el Código de Comercio que cuando se disuelve una sociedad y se procede a la liquidación de la misma, quien actúe como liquidador debe elaborar los inventarios y el balance final y pagar el pasivo conforme con el orden de prelación dispuesto legalmente, razón por la cual, si bien la Ley 860 de 2003 no

efectuó referencia alguna a las empresas que por cualquiera de las causales de ley deben disolverse y liquidarse, el decreto reglamentario no vulnera la Constitución y la ley, dado que la facultad que el artículo 189 num. 11 Superior otorgó al Presidente de la República, como bien lo aclaró esta Corporación en la sentencia que definió la legalidad del decreto que ahora también se acusa, *“no se debe enmarcar dentro de una réplica del contenido de la ley sino que debe contener unas verdaderas regulaciones que faciliten su aplicación, previendo circunstancias y modalidades no expresadas directamente pero que se deriven de su texto y eso es lo que, en principio, contiene el reglamento demandado”*.

Tampoco se modifica la prelación de créditos definida expresamente en el Código Civil, en especial, la primera clase dispuesta en su artículo 2495⁸ dentro de la cual se incluye “todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo” y, en ese orden, el cálculo actuarial conformado por las obligaciones de carácter pensional a cargo del empleador con sus trabajadores (aviadores civiles), está comprendido en la primera clase de créditos y dicha preferencia no la dispuso el Decreto reglamentario, sino el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, en armonía con el Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1992, relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y que dispone en su artículo 5º

⁸ Código Civil art. 2495.- *La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:*

1. *Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.*

2. *Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.*

3. *Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor.*

Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia.

4. *Subrogada. Ley 165 de 1941, Art. 1o. [Ley 50 de 1990, Art. 36](#). Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo.*

5. *Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses.*

El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

Adicionada. [Decreto 2737 de 1989, Art. 134](#). Los créditos por alimentos en favor de menores pertenecen a “la quinta causa de” los créditos de primera clase y se regulan por las normas del presente capítulo y, en lo allí no previsto, por las del Código Civil y de Procedimiento Civil.

Inexequible la expresión que se encuentra entre comillas. [Sentencia C 092 de 2002](#)

6. *Lo créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados.*

que “En caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”.

Si bien es cierto que con la transferencia del cálculo se pretende extinguir la obligación del empleador, debe contemplarse la posibilidad de que ocurran situaciones que afecten el pago oportuno de las mesadas por parte de la caja, como por ejemplo, que dicho cálculo no haya incluido a todas las personas o que se haya elaborado incorrectamente o que los títulos valores no puedan hacerse efectivos, tales circunstancias que en una empresa en liquidación afectan exclusivamente a los trabajadores y pensionados no pueden quedar desprotegidos y, por consiguiente, sus créditos siguen siendo de naturaleza laboral bajo la prelación que la ley ha dispuesto para las mismas, dado que la pensión es una prestación social a cargo de aquellos empleadores que antes de la Ley 100/93 debían reconocerla directamente.

En ese orden, no se vulnera de ninguna manera el artículo 270 de la Ley 100 de 1993 puesto que esta norma contempla una situación diferente cual es que los créditos exigibles por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones creados por dicha ley pertenecen a la primera clase y tienen el mismo privilegio que los salarios, las prestaciones sociales y las indemnizaciones de carácter laboral.

Por todo lo anterior, al no aparecer demostrada alguna causal de nulidad del Decreto 2210 de 2004 se denegarán las pretensiones de la demanda, pero se ordenará estarse en lo resuelto en la sentencia de agosto 4 de 2010 dentro del expediente No. 110010325000200400223 01, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 del C.C.A., en cuanto a la *causa petendi* relacionada con la vulneración del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política por el presunto exceso de la facultad reglamentaria del Presidente de la República.

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

F A L L A

PRIMERO: ESTARSE a lo resuelto en la sentencia del 4 de agosto de 2010, con radicación No. 110010325000200400223 01. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, al pronunciarse sobre la vulneración del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política en relación con la facultad reglamentaria del Presidente de la República al expedir el Decreto 2210 de 2004.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad del Decreto 2210 de 2004 expedido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social y que reglamentó parcialmente el artículo 3º de la Ley 860 de 2003.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO MARÍA VARGAS RINCÓN LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2210 DE 2004