

BANCO CAFETERO – Naturaleza jurídica, Creación, transformación / BANCO CAFETERO – Se define como una sociedad de economía mixta

BANCAFÉ, fue creado en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2314 del 4 de septiembre de 1953, mediante Acta de Organización de 8 de octubre del mismo año, protocolizada en escritura Pública No. 585 de 5 de marzo de 1954 corrida en la Notaría 5 de Bogotá. En el año de 1969 mediante Decreto 886 del 31 de mayo, se transforma en Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura. En igual sentido, el Decreto 092 del 2 de febrero de 2000 la define como una sociedad por acciones de economía mixta del orden nacional, de la especie de las anónimas, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

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

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la nulidad parcial del Decreto 092 de 2000, Ver sentencia de la Sección Segunda de 21 de agosto de 2008.M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Expediente 1474 -2006. Actor Ariel Hernandez Serna

BANCO CAFETERO – BANCAFE – Régimen de personal. Transformación de su naturaleza por capitalización de Fogafin de Empresa Industrial y Comercial del Estado a Sociedad de Economía Mixta / TRABAJADORES DE BANCAFE – Conservación de la calidad de empleados particulares al ser sociedad de economía mixta

Pues bien, según el Decreto Ley 3130 de 1968 –vigente hasta el año 1998- en su artículo 1, estas entidades integraban las denominadas Empresas Oficiales descentralizadas, cuya función principal consistía en realizar actividades industriales y comerciales regidas por las reglas del derecho privado (Art. 6 Decreto Ley 1051 de 1968); en cuanto cumplían funciones administrativas las cuales realizaban por excepción y eran gobernadas por el derecho público (art. 31 Decreto 3130 de 1968). Ahora, en relación a las personas naturales que prestaban sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales de Estado, existían dos categorías según lo establecido por el Decreto 3135 del 1968, artículo 5, inciso 2: Trabajadores oficiales, vinculados por contrato de trabajo. Empleados públicos, vinculados por una relación general, objetiva y reglamentaria. Conforme con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha venido reiterando el criterio según el cual, como las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas del derecho privado, ello incluye lo referente al estatuto laboral de sus servidores, los cuales serían, trabajadores particulares; pues solo por excepción cuando el aporte oficial es o excede del 90% del capital social, sus actividades se regulan por los preceptos aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado y, en consecuencia, sus empleados serán, por regla general, trabajadores oficiales. En el caso sub iudice, BANCAFÉ fue creado como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por tanto sus trabajadores eran oficiales y por excepción los de manejo y confianza, empleados públicos. A partir del año de 1991 al transformase en sociedad de economía mixta, es claro que no modifica su régimen, porque se aplica el artículo 3 del Decreto 130 de 1976 que indicó, que “Las sociedades de economía mixta en las cuales el

aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al noventa por ciento del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado” Posteriormente cuando es capitalizado por el sector privado representado por FIDUCOR S.A., en participación que superó el 10% de las acciones según consta a los folios 14 a 28, el régimen jurídico se modificó y sus trabajadores pasaron de oficiales a particulares, sin embargo cuando es capitalizado por FOGAFIN el régimen de personal no cambia sino que se mantiene según los Estatutos de la entidad como trabajadores particulares.

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

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la nulidad parcial del Decreto 092 de 2000, Ver sentencia de la Sección Segunda de 21 de agosto de 2008.M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Expediente 1474 -2006. Actor Ariel Hernandez Serna

COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL - Para modificar la estructura de organismos administrativos nacionales / ESTRUCTURA DE UNA ENTIDAD ADMINISTRATIVA NACIONAL – Competencia del legislador para fijar principios y reglas a la que debe someterse el ejecutivo

“Puede observarse, contrastando el texto transcrito con el numeral 7 de artículo 150 Superior, que la competencia atribuida a la ley comporta y determina la estructura de la administración Nacional y la formulación de los elementos de esa estructura, aplicada a la definición de las tipologías de entidades y organismos administrativos Nacionales, entre tanto, al Presidente de la República conforme con las previsiones de los numerales 15 y 16 del artículo 189: “suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales” o modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales” pero solo de conformidad con la ley” (num. 15 Art. 189 C.P.) o con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley” (num. 16 Art. 189 C.P.), le atribuye una función enteramente condicionada a la voluntad anterior del legislador”. “Del fundamento anotado se puede colegir, que solo la ley puede señalar los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el ejecutivo puede modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás organismos administrativos Nacionales; lo cual encuadra dentro del concepto de leyes o normas marco, por lo que la función del Gobierno solo debe moverse dentro de los principios y reglas generales descritas por el legislador. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional, al señalar el carácter restringido del Ejecutivo de conformidad a la competencia conferida en los numerales del artículo 189, las cuales no pueden ser ejercidas directa o indirectamente, ni discrecionalmente, ni mientras no se expidan las leyes que señalen sus límites con claridad”.

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

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la nulidad parcial del Decreto 092 de 2000, Ver sentencia de la Sección Segunda de 21 de agosto de 2008.M.P.

Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Expediente 1474 -2006. Actor Ariel Hernandez Serna

ESTRUCTURA ORGANICA DE UNA ENTIDAD ADMINISTRATIVA - Aspectos que comprende / MODIFICACION DE LA ESTRUCTURA ORGANICA ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN NACIONAL - Sujeción del gobierno nacional a la ley marco o cuadro, ley 489 de 1998.

“Ahora, en relación con la noción de estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa, cabe recordar que de conformidad con el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, comprende la determinación de los siguientes aspectos: denominación, naturaleza y régimen jurídico, sede, integración de su patrimonio, señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración, forma de integración y designación de sus titulares, y el ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritos. Se trata pues, de un concepto integral que fusiona en su conjunto elementos funcionales, administrativos, financieros y jurídicos”. “Sobre este aspecto ha explicado la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que “la función de determinar la estructura de la administración nacional, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, “sino que abarca proyecciones mucha más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines de control, así como regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras”“En el análisis de exequibilidad sobre el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, la Corte Constitucional indicó que en los numerales a, e, f, j, k, l, y m, trazó los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno puede modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los demás organismos del orden Nacional, contenido que le ha dado el rango jurídico de norma marco o cuadro.

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

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la nulidad parcial del Decreto 092 de 2000, Ver sentencia de la Sección Segunda de 21 de agosto de 2008.M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Expediente 1474 -2006. Actor Ariel Hernandez Serna

MODIFICACION DEL REGIMEN LABORAL DE LOS EMPLEADOS DE BANCAFE – Debe ser autorizada por la ley / FACULTAD DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA – No tiene competencia para remitir la aplicación del régimen de personal a los estatutos

“Visto lo anterior, y reparando de manera particular en los criterios que facultan al Gobierno para modificar la estructura de los organismos administrativos del orden Nacional entre otros, se extraña el principio que orienta la modificación del régimen laboral de los empleados, de contera que, cualquier reforma sobre este aspecto, debe ser autorizada por Ley, de lo que concluye la Sala que no podía el Presidente de la República por medio del Decreto 092 de 2000, remitir la aplicación del régimen de personal a los estatutos, por tanto habrá que declarar la nulidad del aparte demandado, advirtiendo si, que el régimen laboral aplicable es el contenido en la Ley, de

acuerdo a la exposición que se hizo en esta providencia en el acápite correspondiente al régimen laboral”.

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

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la nulidad parcial del Decreto 092 de 2000, Ver sentencia de la Sección Segunda de 21 de agosto de 2008.M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Expediente 1474 -2006. Actor Ariel Hernandez Serna

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero Ponente: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., seis (06) de abril de dos mil once (2011).

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00086-00 (1477-2006) y 11001-03-25-000-2007-00044-00 (0980-2007)

Actor: JOSÉ GABRIEL RESTREPO GARCÍA Y CLAUDIA DEL CASTILLO DAZA

Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Conoce la Sala en única instancia de los procesos acumulados de nulidad, instaurados por los señores José Gabriel Restrepo García y Claudia del Castillo Daza, contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

DEMANDA

En el proceso radicado **1477-2006**, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el señor José Gabriel Restrepo García, solicitó la declaratoria de nulidad, con petición de suspensión provisional, del aparte subrayado del artículo 1 del Decreto Numero 092 de 2000 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, que consagra:

“El Banco Cafetero S.A., BANCAFÉ, es sociedad por acciones, de economía mixta del orden nacional, de la especie de las anónimas, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, sometida al régimen de las empresas

industriales y comerciales del estado, excepto en cuanto al régimen de personal que será previsto en el artículo 29 de sus estatutos y el de las actividades propias del giro ordinario de sus negocios que se sujetaran a disposiciones del derecho privado.” (subrayado fuera del texto)

En el proceso radicado **0980-2007**, en ejercicio de la misma acción, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la señora Claudia del Castillo Daza, demanda con petición de suspensión provisional, la declaratoria de nulidad la frase “, **excepto en cuanto al régimen de personal que será previsto en el artículo 29 de sus estatutos**” contenida en el artículo 1 del Decreto No. 092 de febrero 2 de 2000.

El Decreto acusado fue aportado por las partes demandantes respectivamente. El primero visible al folio 22 y el segundo, en fotocopia del Diario Oficial que contiene su publicación, expedido por el Presidente de la República y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, perceptible al folio 1-2.

Relatan los actores en los hechos, que el Banco Cafetero inicio sus operaciones en julio de 1954. Que la reforma administrativa del Gobierno en 1969 y el Decreto 2420 del mismo año, crearon una nueva clasificación de las empresas del Estado; Que se reforma el Banco Cafetero y se adscribe al Ministerio de Agricultura como Empresa Industrial y Comercial de la cual el Estado es poseedor del 100% de su capital. Que con base en los Decretos 1748 y 2055 de 1991, se modificó la naturaleza jurídica del banco transformándolo en una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura. Posteriormente, el 28 de septiembre de 1999, BANCAFÉ fue capitalizado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFÍN, en cuantía de \$587.000.000.000, de un total de \$887.000.000.000, aprobados por el Gobierno.

Al poseer el 99.9% de las acciones, FOGAFÍN, se convierte en el dueño de BANCAFÉ. El 0.1% restante de la composición accionaria fue adquirida por comercializadoras y exportadoras de café y la asociación de pensionados y empleados del banco.

El Presidente del Banco Cafetero, con posterioridad a la capitalización estatal, registró los estatutos de BANCAFÉ por medio de la escritura pública de 28 de octubre de 1999, en la Notaría 31 del Círculo de Bogotá. En el artículo 29 de dichos estatutos se estipuló:

“Artículo 29. Régimen de los trabajadores del banco. El Presidente y el Contralor tienen la calidad de empleados públicos. Los demás empleados del Banco se sujetarán al régimen aplicable a los empleados particulares”.

El hecho que el Estado fuera poseedor de más del 90% del capital social y patrimonial de una empresa de economía mixta, lo enmarcó en el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, en las cuales la mayoría de sus servidores son trabajadores oficiales y por excepción, empleados públicos. Los estatutos de este tipo de empresas deben establecerse en las leyes que contemplan el régimen de personal de sus servidores, y se obligan a respetar el régimen de personal propio de los funcionarios, bien sean, empleados públicos o trabajadores oficiales.

Señalaron las demandas, que el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 reguló los principios y reglas generales a los que debe sujetarse el Gobierno para modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos del orden nacional, pero la citada norma no autorizó al ejecutivo para cambiar la naturaleza laboral de los trabajadores oficiales de una sociedad de economía mixta de las características de BANCAFÉ, que debe sujetarse al régimen de los trabajadores oficiales.

Al ser BANCAFÉ una entidad descentralizada, no forma parte de la administración central, la cual está integrada por ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y unidades administrativas especiales, ello significa, que el Presidente de la República no podía invocar el artículo 189 constitucional para crear un régimen de personal especial y reducido de una empresa, como en el caso en estudio, pues dicha potestad sólo es predicable de las entidades que integran el nivel central.

Ahora bien, el régimen de vinculación de los servidores públicos y su clasificación como trabajadores oficiales o empleados públicos y por

ende su régimen de personal, es reserva exclusiva del legislador, algunas del rango de las establecidas en el artículo 53 del Estatuto Superior y otras, de las reguladas en el numeral 7 del artículo 150 ibídem, pero no es una competencia del Presidente que pueda ser ejercida mediante la facultad reglamentaria.

En conclusión, al señalar la norma demandada que los empleados de BANCAFÉ son trabajadores privados, está violando la clasificación que dispone la ley sobre el régimen de personal de las sociedades de economía mixta, que dispuso que por regla general sean trabajadores oficiales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

Señalan los demandantes como violados, los artículos 6, 13, 53, 115, 122, 150 numerales 1, 2, 10, 19, 150 # 7, 19 literal f) y 189 numeral 16 del Estatuto Superior; así como las leyes 60, 489 de 1978 y el artículo 5 inciso 2 del Decreto Ley 3135 de 1968.

Fundamentan los actores el concepto de violación, en que el régimen jurídico de los servidores de la Rama Ejecutiva del orden nacional es fijado por la ley, conforme al mandato constitucional. Si la naturaleza jurídica de BANCAFÉ es la de una sociedad de economía mixta anónima que está sometida al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, por disposición de la ley y del mismo Decreto acusado, no es posible excepcionar de dicho régimen de personal a los trabajadores del banco, mediante un Decreto ejecutivo como el demandado, pues es evidente que existe una conculcación del numeral 1 del artículo 150 constitucional.

Al expedir el Gobierno el artículo 1º del Decreto censurado, reformó el artículo 5 del D L 3135 de 1968, al remitir al artículo 29 de los estatutos de BANCAFÉ, para que en su aplicación se cambiara el régimen laboral de los trabajadores oficiales, que es el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, sujetas a normas especiales diferentes de las del Código Sustantivo del Trabajo, que es lo que inconstitucionalmente consagra el aparte demandado del artículo 1 del Decreto 092. Hecho que viola no solo la Constitución sino las normas legales señaladas, toda vez que

menciona de manera artificiosa que el régimen de personal de todos los trabajadores del ente bancario, es el aplicable a los empleados particulares, régimen del cual exceptúa al Presidente y Contralor de la entidad, quienes son empleados públicos; de esta manera reforma y deroga leyes sin competencia constitucional que es solo del resorte del legislador democrático.

Para los accionantes, resulta evidente la inconstitucionalidad del aparte demandado del Decreto acusado, ya que sujeta todas las relaciones en cuanto al régimen de personal y los derechos colectivos e individuales a las normas del estatuto laboral, siendo que lo natural y legal es que las relaciones laborales de los trabajadores oficiales se regulen por normas especiales como el Decreto ley 1045 de 1978, el Decreto 2400 de 1968, Ley 6 de 1945, Decreto 1848 de 1969 y las demás que son aplicables a servidores del Estado vinculados con contrato de trabajo. Consideran, que el Presidente reformó y derogó mediante Decreto las leyes enunciadas, pues sustrajo de su aplicación a los trabajadores oficiales de BANCAFÉ.

La remisión del Decreto acusado para que se aplique el artículo 29 de los estatutos de BANCAFÉ, adoptados mediante escritura pública y no con una norma de alcance nacional implica, desconocer abruptamente el numeral 2 del artículo 150 constitucional, a la vez que deroga los artículos 4 y 492 del código Sustantivo del Trabajo. El primero de ellos, expresamente prohíbe someter a los dictados del código a los trabajadores oficiales como son los de BANCAFÉ pues son servidores de la rama ejecutiva, que deben regirse por las normas aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado. El segundo artículo, deja vigente el derecho individual del trabajo, en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales, es decir, que continúan aplicándose las normas especiales para los trabajadores oficiales y por tanto las relaciones individuales entre el Estado empleador y los trabajadores oficiales, que serán sometidas al régimen de personal establecidas en esas normas especiales y no al régimen de personal de las normas individuales del C.S.T.

También consideran, que el precepto demandado desconoce las normas generales dictadas por el Congreso, en las cuales se fijan los criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para establecer el régimen de

personal de los trabajadores oficiales al servicio de las empresas industriales y comerciales del Estado como BANCAFÉ. Considera que se desatienden las jurisprudencias contenidas en las sentencias C-465 y 510 de 1992; C-262 de 1995, C-428 de 1997 y C-129 y 196 de 1998, que tratan en términos generales sobre las leyes cuadro y sus principales características. Estas leyes trazan las normas generales, fijan la política, los criterios y los principios generales y dan orientaciones a las que debe ceñirse el ejecutivo en la adopción de regulaciones y medios en los campos específicos. Se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta. Es una combinación necesaria que confiere estabilidad y generalidad (ley), con el momento dinámico de ajuste coyuntural, circunstancial y de desarrollo detallado de esa política general (Decreto). De manera que el legislador define los principios y objetivos generales que regulan la materia y deja al ejecutivo el espacio que resta para codificar en detalle la materia en cada caso. La determinación de las facultades de intervención en cabeza del Gobierno Nacional obedece a la preceptiva constitucional establecida en el numeral 19 del artículo 189 de la Constitución Política. Esta delimitación de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo, sigue claramente los lineamientos que sobre el particular ha fijado la Corte Constitucional.

La norma acusada vulnera el numeral 19 del artículo 189 superior, pues la facultad constitucional fue otorgada para modificar la estructura y no para crear una excepción al régimen de personal aplicable a determinados y precisos trabajadores al servicio de una sola institución. Modificar la estructura equivale a cambiar el orden o la distribución de las entidades, pero en el sub lite eso no ocurrió, pues la estructura de BANCAFÉ siguió como estaba antes del Decreto 092.

Sostienen así mismo los actores, que la redacción del artículo 1º del Decreto cuestionado, revivió la parte declarada nula de artículo 6 del Decreto 1848 de 1969, que preveía: “El contrato de trabajadores oficiales con la entidad, establecimiento público o empresa oficial correspondiente, deberá constar por escrito y se regirá por las normas que regulan la materia e el

Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones que los adicionan y reforman”¹

Por último, expresaron que el Presidente de la República soslayó varios principios laborales enunciados en el artículo 53 constitucional, pues el citado funcionario se extralimitó en sus funciones, al carecer de autorización constitucional para crear una excepción al régimen de personal de una de las categorías de servidores del Estado, generando con ello una desigualdad entre esta categoría de trabajadores, diferenciación que no está justificada, ni fundamentada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por conducto de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que las normas acusadas se ajustan a los lineamientos constitucionales y legales del ordenamiento jurídico nacional.

En el proceso **1477-06**, Adujo que el 4 de julio de 1994 el Banco Cafetero fue capitalizado con recursos del sector privado; dicha participación superó el 10% de las acciones, de modo que los trabajadores del banco que eran trabajadores oficiales, a partir de esa fecha se rigen por las normas del derecho privado, conforme a los Decretos 2331 de 1998 y 092 de 2000 y los estatutos del banco, aprobados por la asamblea de accionistas, adoptados mediante escritura pública 3498 de 8 de octubre de 1999, es decir, que para el 5 de julio de 1994, la participación estatal en esa entidad bancaria era del 85.11%. En esas condiciones, al banco no se le aplicaba el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, sus trabajadores no podían ser catalogados como oficiales.

Recordó, que ante la insolvencia del banco debió ser capitalizado por el FOGAFÍN, por tanto, la naturaleza jurídica de la entidad financiera cambió, sin embargo, sus empleados siguieron sometidos al derecho privado en cuanto a sus relaciones laborales se refiere, conforme a lo señalado en el numeral 28.3 del D. 2331 de 1998, que modificó el numeral 4° del artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (D. 633 de 1993), que es

¹ Declarado inexecutable, sentencia del C. de E. el 27 de julio de 1971 M.P. Rafael Tafur Herrán.

concordante con el artículo 29 de los estatutos de BANCAFÉ, que disponen que salvo el Presidente y el Contralor del banco, los demás trabajadores se sujetarán al régimen laboral aplicable a los empleados particulares, tesis que ha sido ratificada por el Tribunal Superior de Bogotá, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Aseveró, que el Decreto acusado no vulneró las normas constitucionales y legales señaladas por el actor, pues es clara la competencia del Presidente de la República para modificar la estructura de las entidades administrativas nacionales, adoptar su planta de personal y suprimir cargos en establecimientos descentralizados, en virtud del numeral 16 del artículo 189 superior y el artículo 54 de la ley 489, norma a la cual la jurisprudencia nacional le ha otorgado la categoría de norma general, cuadro o marco, abstracta, por tanto, debe señalar los objetivos y criterios que debe seguir el Gobierno en determinadas materias.

Reiteró, que la expedición del Decreto 092 de 2000 se hizo no solo conforme a la Constitución, sino en concordancia con el numeral 4 del artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por lo que resulta fácil concluir, que el prenotado Decreto fue expedido por el Gobierno Nacional, de conformidad con las competencias otorgadas constitucional y legalmente.

En el radicado **0980 de 2007**, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público argumentó de manera similar a la anterior referencia, sin que haya un elemento adicional que reflejar en este registro.

CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

En el proceso **1477- 2006**, consideró la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, que se debe declarar la nulidad parcial del artículo 1° del Decreto 092 de 2000, con base en los siguientes argumentos:

Si bien, en la sentencia C-722, en se donde analizó la modificación de la naturaleza jurídica de ECOPETROL, la Corte señaló que en virtud de la configuración de la estructura de la administración, el legislador es quien establece el régimen jurídico de las entidades descentralizadas pudiendo

determinar regímenes distintos según la finalidad que le asigne a cada una de ellas, y en atención a si concurre o no la participación de particulares, resulta palmario que dicha libertad de configuración es predicable solo del Congreso y no del Presidente de la República.

Frente al caso concreto, al revisar la certificación expedida por el gerente liquidador de banco (fl. 72) encontró que para el 5 de julio de 1994, la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café era dueña del 85.11% de las acciones, es decir, el Estado era dueño de menos del 90% de las acciones de la sociedad. Sin embargo, en la misma certificación consta que desde el 28 de septiembre de 1999, hasta el 28 de febrero de 2007 (fecha de la certificación) FOGAFÍN, es dueño del 99.9% de las acciones de BANCAFÉ, hecho que tiene implicaciones jurídicas frente a la controversia discutida en el sub lite, pues por mandato del parágrafo del artículo 97 del al Ley 489 de 1998, el régimen laboral de los trabajadores de las empresas industriales y comerciales del estado; es decir, el de BANCAFÉ, es el de los trabajadores oficiales y no el de los de carácter privado como lo señala el Decreto acusado y el artículo 29 de los estatutos del banco.

En el radicado **0980- 2007**, llega a la misma conclusión anterior luego de un estudio sobre las competencias del legislador, el Gobierno nacional y la sentencia C- 722 de 2007. De manera que, solicita la nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 092 de 2000, solo que hace una petición especial para que mediante auto para mejor proveer se solicite el oficio 8200 sin fecha, suscrito por el Subdirector de Regulación y Consulta de la Superintendencia Bancaria, en donde certifica el valor de la participación del Estado, a través de FOGAFÍN.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Consiste en definir, si el Presidente de la República a través de Decreto Presidencial proferido en virtud del numeral 16 del artículo 189 de la Carta Política, y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, tenía competencia para modificar el régimen de personal del Banco Cafetero sometido al régimen de

las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, remitiéndolo a la regulación estatutaria.

Para resolver el cargo propuesto la Sala revisará: la naturaleza del Banco Cafetero, su composición accionaria, el régimen laboral, la competencia del Gobierno Nacional para modificar el régimen laboral de una Sociedad de Economía Mixta como BANCAFÉ.

Cuestión previa

Antes de entrar al análisis de fondo, debe señalar la Sala que no considera necesario dictar el auto para mejor proveer solicitado por el Ministerio Público, dado que los procesos 1477- 06 y 0980- 07, fueron acumulados y en el segundo de ellos, se encuentra la prueba a que hace referencia la Delegada en su concepto.

(i) Naturaleza jurídica del Banco Cafetero:

Según consta en el fl.23 del radicado 1477-06, BANCAFÉ, fue creado en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2314 del 4 de septiembre de 1953, mediante Acta de Organización de 8 de octubre del mismo año, protocolizada en escritura Pública No. 585 de 5 de marzo de 1954 corrida en la Notaría 5 de Bogotá. En el año de 1969 mediante Decreto 886 del 31 de mayo, se transforma en Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura.

En igual sentido, el Decreto 092 del 2 de febrero de 2000 la define como una sociedad por acciones de economía mixta del orden nacional, de la especie de las anónimas, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

(ii) Composición accionaria

La composición accionaria desde 1953 hasta al 28 de Febrero de 2007 del Banco ha sido:

ACCIONISTAS	PARTICIPACIÓN %				
	Desde Hasta el Dichre/10	5 de julio de 1994	31- 1994	31- 1995	31- 1996
FOGAFÍN	0	0	0	0	0
FEDERAC. NACIONAL D CAFETEROS COMO DEL FONDO NACIONAL	100	85.11	81.60	79.78	79.78
FIDUCOR S. A.	0	0	0	14.27	14.27
FEDERAC. NACIONAL D CAFETEROS DE	0	14.89	15.44	1.16	1.36
OTROS	0	0	2.96	4.78	4.58

ACCIONISTAS	PARTICIPACIÓN %				
	31- 1997	31- 1998	28- 1999	29- 1999	31- 2000
FOGAFIN	0	0	99.99972	99.99973	99.9999
FEDERAC. NACIONAL D CAFETEROS COMO DEL FONDO NACIONAL	81.04	81.96	0.000210	0.000235	0.000004
FIDUCOR S. A.	13.39	11.57	0.000020	0.000019	0.000000
FEDERAC. NACIONAL D CAFETEROS DE	1.61	3.06	0.000005	0.000005	0.000000
OTROS	3.97	3.41	0.000005	0.000005	0.000000

En principio como se ve, BANCAFÉ fue creado por la

ACCIONISTAS	PARTICIPACIÓN %			
	31-Dichre 2001	31-Dichre 2002-2003	31-Dichre 2004-2005	28-Febrero 2007
FOGAFIN	99.9999890	99.999994	99.9999948	99.9999948
FEDERAC. NACIONAL D CAFETEROS COMO DEL FONDO NACIONAL	0.00000097	0.00000045	0.00000045	0.00000045
FIDUCOR S. A.	0.00000008	0	0	0
FEDERAC. NACIONAL D CAFETEROS DE	0.00000002	0.00000005	0.00000005	0.00000005
OTROS	0.00000002	0.00000002	0.00000002	0.00000002

Federación Nacional de Cafeteros, con cargo al -Fondo Nacional del Café- como su único accionista y así se mantuvo hasta el 4 de julio de 1994 cuando fue capitalizado por el sector privado, representado por FIDUCOR S.A. con una participación que superó el 10%, iniciando con el 14.27% según certificado visto a los folios 30-34.

En el año de 1999, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN, capitaliza BANCAFÉ cambiando la contribución accionaria del banco en un porcentaje de participación para el Fondo de casi el 100%. Y se mantiene con la misma composición desde 1999 hasta el 2007.

(iii) De su régimen de personal

Desde su creación dada su naturaleza –como se vio- BANCAFÉ tuvo para sus trabajadores el régimen de una Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Pues bien, según el Decreto Ley 3130 de 1968 –vigente hasta el año 1998- en su artículo 1, estas entidades integraban las denominadas Empresas Oficiales descentralizadas, cuya función principal consistía en realizar actividades industriales y comerciales regidas por las reglas del derecho privado (Art. 6 Decreto Ley 1051 de 1968); en cuanto cumplían funciones administrativas las cuales realizaban por excepción y eran gobernadas por el derecho público (art. 31 Decreto 3130 de 1968).

Ahora, en relación a las personas naturales que prestaban sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales de Estado, existían dos categorías según lo establecido por el Decreto 3135 del 1968, artículo 5, inciso 2:

Trabajadores oficiales, vinculados por contrato de trabajo.

Empleados públicos, vinculados por una relación general, objetiva y reglamentaria.

Conforme con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha venido reiterando el criterio según el cual, como las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas del derecho privado, ello incluye lo referente al estatuto laboral de sus servidores, los cuales serían, trabajadores particulares; pues solo por excepción cuando el aporte oficial es o excede del 90% del capital social, sus actividades se regulan por los preceptos aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado y, en consecuencia, sus empleados serán, por regla general, trabajadores oficiales²

En el caso sub judice, BANCAFÉ fue creado como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por tanto sus trabajadores eran oficiales y por excepción los de manejo y confianza, empleados públicos.

A partir del año de 1991 al transformarse en sociedad de economía mixta, es claro que no modifica su régimen, porque se aplica el artículo 3 del Decreto

² C.S.J. sentencia 28septiembre 1988, SCL, exp. 2084; C.S.J. sent. 9 julio 1993, SCL, exp 5928; y C.S.J. sent. 3 abril 2000, SCL exp. 11.715

130 de 1976 que indicó, que “Las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al noventa por ciento del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado”

Posteriormente cuando es capitalizado por el sector privado representado por FIDUCOR S.A³., en participación que superó el 10% de las acciones según consta a los folios 14 a 28, el régimen jurídico se modificó y sus trabajadores pasaron de oficiales a particulares, sin embargo cuando es capitalizado por FOGAFIN el régimen de personal no cambia sino que se mantiene según los Estatutos de la entidad como trabajadores particulares.

Ahora bien, como el reproche de nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 092 de 2000, se sustenta fundamentalmente en la incompetencia del Presidente de la República para excepcionar a los trabajadores de BANCAFÉ del régimen aplicable a los empleados de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, la Sala anunciará la prosperidad de las pretensiones dado que la frase “excepto en cuanto a régimen de personal que será el previsto en el artículo 29 de sus estatutos” ya fue declarada nula por esta Corporación con ponencia de este Despacho⁴.

(iv) **competencia del Gobierno Nacional**

El fundamento del fallo es el que se transcribe en este aserto y supone en estricto sentido el mismo soporte argumental que sirvió de base para declarar la nulidad citada.

“...Según Dromi, la competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo⁵, por lo tanto la incompetencia es la inexistencia de potestad legal de la autoridad pública para ejercer ciertas atribuciones”.

Bajo este concepto, el numeral 16 del artículo 189 del Estatuto Superior, señala que corresponde al Presidente de la República:

³ Sociedad fiduciaria constituida en 1985

⁴ Sentencia del 21 de agosto de 2008

⁵ ROBERTO DROMI, Derecho Administrativo. Edigraf S.a. 2004

“Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley”

Artículo 54 de la Ley 489 de 1998 el cual establece:

“Principios y reglas generales con sujeción a las cuales el Gobierno Nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos de orden nacional. Con el objeto de modificar, esto es, variar, transformar o renovar la organización o estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, las disposiciones aplicables se dictarán por el Presidente de la República conforme a las previsiones de numeral 16 de artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a siguientes principios y reglas generales. ...”

“Puede observarse, contrastando el texto transcrito con el numeral 7 de artículo 150 Superior, que la competencia atribuida a la ley comporta y determina la estructura de la administración Nacional y la formulación de los elementos de esa estructura, aplicada a la definición de las tipologías de entidades y organismos administrativos Nacionales, entre tanto, al Presidente de la República conforme con las previsiones de los numerales 15 y 16 del artículo 189: “suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales” o modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales” pero solo de conformidad con la ley” (num. 15 Art. 189 C.P.) o con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley” (num. 16 Art. 189 C.P.), le atribuye una función enteramente condicionada a la voluntad anterior del legislador”.

“Del fundamento anotado se puede colegir, que solo la ley puede señalar los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el ejecutivo puede modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás organismos administrativos Nacionales; lo cual encuadra dentro del concepto de leyes o normas marco, por lo que la función del Gobierno solo debe moverse dentro de los principios y reglas generales descritas por el

legislador. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional, al señalar el carácter restringido del Ejecutivo de conformidad a la competencia conferida en los numerales del artículo 189, las cuales no pueden ser ejercidas directa o indirectamente, ni discrecionalmente, ni mientras no se expidan las leyes que señalen sus límites con claridad⁶”

“De manera que, solo a la Ley compete determinar la estructura de la Administración, y si bien el Presidente de la República como Legislador extraordinario puede llegar a fijar los elementos de la estructura orgánica de una entidad, no puede en ningún caso autoconferirse facultades para determinar dicha estructura orgánica por fuera de los precisos límites temporales del artículo 150-10 de la C.P”.

“Al respecto se ha afirmado, que mientras al Legislador le asiste competencia plena en esta materia (artículo 150-7), al Presidente de la República, respecto de los precisos asuntos señalados en los numerales 15 y 16 del Artículo 189, le incumbe una competencia limitada a los condicionamientos que señale al efecto el Legislador”.

“Ahora, en relación con la noción de estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa, cabe recordar que de conformidad con el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, comprende la determinación de los siguientes aspectos: denominación, naturaleza y régimen jurídico, sede, integración de su patrimonio, señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración, forma de integración y designación de sus titulares, y el ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritos.⁷ Se trata pues, de un concepto integral que fusiona en su conjunto elementos funcionales, administrativos, financieros y jurídicos”.

“Sobre este aspecto ha explicado la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que “la función de determinar la estructura de la administración nacional, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, “sino que abarca proyecciones mucha más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones

⁶ C- 262 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz

⁷ C-306-2004

generales y la vinculación con otros organismos para fines de control, así como regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras”⁸

“En el análisis de exequibilidad sobre el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, la Corte Constitucional indicó que en los numerales a, e, f, j, k, l, y m, trazó los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno puede modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los demás organismos del orden Nacional⁹, contenido que le ha dado el rango jurídico de norma marco o cuadro y que a continuación se transcriben:

“a) Deberán responder a la necesidad de hacer valer los principios de eficiencia y racionalidad de la gestión pública, en particular, evitar la duplicidad de funciones;

e) Se deberá garantizar que exista la debida armonía, coherencia y articulación entre las actividades que realicen cada una de las dependencias, de acuerdo con las competencias atribuidas por la ley, para efectos de la formulación, ejecución y evaluación de sus políticas, planes y programas, que les permitan su ejercicio sin duplicidades ni conflictos;

f) Cada una de las dependencias tendrá funciones específicas pero todas ellas deberán colaborar en el cumplimiento de las funciones generales y en la realización de los fines de la entidad u organismo;

j) Se podrán fusionar, suprimir o crear dependencias internas en cada entidad u organismo administrativo, y podrá otorgárseles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica;

k) No se podrán crear dependencias internas cuyas funciones estén atribuidas a otras entidades públicas de cualquier orden;

l) Deberán suprimirse o fusionarse dependencias con el objeto de evitar duplicidad de funciones y actividades;

m) Deberán suprimirse o fusionarse los empleos que no sean necesarios y distribuirse o suprimirse las funciones específicas que ellos desarrollaban. En tal caso, se procederá conforme a las normas laborales administrativas;

n) Deberá adoptarse una nueva planta de personal”.

⁸ Sentencia C-784 de 2004

⁹ C- 702 de 1999.

“Visto lo anterior, y reparando de manera particular en los criterios que facultan al Gobierno para modificar la estructura de los organismos administrativos del orden Nacional entre otros, se extraña el principio que orienta la modificación del régimen laboral de los empleados, de contera que, cualquier reforma sobre este aspecto, debe ser autorizada por Ley, de lo que concluye la Sala que no podía el Presidente de la República por medio del Decreto 092 de 2000, remitir la aplicación del régimen de personal a los estatutos, por tanto habrá que declarar la nulidad del aparte demandado, advirtiendo si, que el régimen laboral aplicable es el contenido en la Ley, de acuerdo a la exposición que se hizo en esta providencia en el acápite correspondiente al régimen laboral”.

Conforme a lo transcrito, en la resolutive de esta decisión habrá de estarse a lo dispuesto en sentencia de 29 de agosto de 2008.

En consecuencia, 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.- Estése a lo resuelto en sentencia 21 de agosto de 2008 de la Sección Segunda del Consejo de Estado que declaró la nulidad de la expresión **“excepto en cuanto al régimen de personal que será previsto en el artículo 29 de sus estatutos”**.

Segundo.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y en firme esta providencia archívese el expediente.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
Presidente de la Sección

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
DE PÁEZ

BERTHA LUCIA RAMÍREZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN
QUINTERO

LUÍS RAFAEL VERGARA

GERARDO ARENAS MONSALVE

Impedido