

SERVIDORES PUBLICOS - Son los miembros de las corporaciones públicas y los empleados y trabajadores del Estado / RAMA EJECUTIVA NACIONAL - Conformación de acuerdo a la Ley 489 de 1998 / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Naturaleza jurídica / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - Su régimen jurídico se aplica a las sociedades de economía mixta cuando el capital estatal es superior al 90 por ciento

El artículo 123 de la Constitución Política, establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Por su parte el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional”, establece que la rama ejecutiva del poder público del orden nacional está integrada por los siguientes organismos y entidades: Del Sector Central: [...]. Del Sector descentralizado por servicios: Los establecimientos públicos. Las empresas industriales y comerciales del Estado. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; [...]. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta [...]”. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado. Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen. (artículo 97 ibídem)

BANCAFE - Sus servidores siguen teniendo la calidad de trabajadores oficiales / TRABAJADORES OFICIALES - Son los de Bancafé a pesar de regirse por el Código Sustantivo de Trabajo / SERVIDORES PUBLICOS - Son los empleados del Bancafé al ser considerados como trabajadores oficiales / BONIFICACION POR PROGRAMAS DE RETIRO - La recibida de entidades públicas es exenta del impuesto sobre la renta / RENTA EXENTA LABORAL - Son las bonificaciones y/o indemnizaciones en programas de retiro de entidades públicas

De acuerdo con lo anterior, el cambio en el régimen jurídico del Banco como Sociedad de Economía Mixta sometida en cuanto a su actividad al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, con un participación del Estado en más del 90% de su capital, debía considerarse que sus trabajadores eran servidores públicos -trabajadores oficiales, independientemente de su sometimiento laboral a un régimen de trabajadores privados. En efecto, la Corte Suprema de Justicia en casos en los cuales se ha debatido la naturaleza jurídica de los empleados de Bancafé ha considerado que a pesar de que las relaciones laborales individuales se rijan por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, la naturaleza del vínculo de los servidores de “Bancafé” siguen siendo la de trabajadores oficiales. Bajo el anterior criterio, el hecho de que en los Estatutos del Banco se haya previsto que los empleados del Banco Cafetero, a excepción del presidente y el contralor (quienes son empleados públicos) se sujeten al régimen laboral aplicable a los empleados particulares, no les quita su condición de servidores públicos, pues, este régimen tiene como propósito mantener la vigencia de las regulaciones cuando se trataba de una sociedad de economía mixta con

una participación del Estado inferior al 90%. Pero para la fecha del retiro del contribuyente, la capitalización por parte de Fogafín con un 99.99% del capital de Bancafé modificó su naturaleza jurídica para convertirse en una sociedad de economía mixta bajo el régimen de las empresas industriales y comerciales del estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, es decir, servidores públicos, y en tal sentido con derecho a la exención prevista en el artículo 27 de la Ley 488 de 1998, independientemente del régimen laboral aplicable.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE

Bogotá D.C., siete de febrero de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00487-01(15594)

Actor: RODRIGO RUIZ OSPINA

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

FALLO

Se decide la apelación interpuesta por el demandante contra la sentencia de 17 de marzo de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, desestimatoria de las súplicas de la demanda de *RODRIGO RUIZ OSPINA* contra los actos administrativos por medio de los cuales la DIAN modificó el impuesto de renta de 2000.

ANTECEDENTES

RODRIGO RUIZ OSPINA se vinculó como empleado del Banco Cafetero el 2 de mayo de 1977 en el cargo de vigilante. En septiembre de 1999 BANCAFÉ fue objeto de una inversión temporal de capital estatal por FOGAFÍN.

El 22 de agosto de 2000 el actor se acogió a un plan de retiro voluntario y recibió \$112.137.000 por bonificación especial por el cargo de Coordinador Caja de Reserva que venía desempeñando. Esta suma fue declarada como renta laboral exenta dentro de la declaración de renta de 2000, la cual arrojó un saldo a favor de 2.050.000.

Previo requerimiento especial, la DIAN el 5 de agosto de 2002 profirió la Liquidación de Revisión 160642002000037 en la que determinó por mayor impuesto y sanción por inexactitud \$53.567.000, como consecuencia de rechazar deducciones por \$3.243.000 y renta exenta por \$71.468.000 porque la exención para la bonificación sólo procede para los empleados públicos.

La liquidación de revisión fue modificada mediante Resolución 16077200300002 de 31 de enero de 2003 que decidió el recurso de reconsideración en el sentido de levantar la sanción por inexactitud correspondiente a las rentas exentas por configurarse una diferencia de criterios.

DEMANDA

RODRIGO RUIZ OSPINA demandó la nulidad de la liquidación oficial de revisión y de la resolución que la modificó; a título de restablecimiento del derecho pidió la devolución del saldo a favor de la declaración de renta de 2000 de \$2.050.000 debidamente indexados y que se condene en costas a la demandada. En el escrito de reforma de la demanda, solicitó también, que la DIAN le pagara al demandante \$19.341.000 por concepto del impuesto a pagar, \$1.486.000 por sanción y \$16.600.000 por perjuicios materiales y morales ocasionados (folio 73 c.ppal).

En la demanda y su reforma, invocó como normas violadas los artículos 1, 6, 25, 83, 123 y 305 de la Constitución Política; 27 de la Ley 488 de 1998, 2 y 97 de la Ley 489 de 1998; 73 de la Ley 633 de 2000; 5 del Decreto 3135 de 1968; 3 del Decreto 1848 de 1969; 3 del Decreto 1950 de 1976; 76 del Decreto 1092 de 1978 y 2 del Decreto 624 de 1989, cuyo concepto de violación lo desarrolló así:

La DIAN desconoció que al momento de la desvinculación laboral del demandante, Bancafé era una sociedad de economía mixta de capital mayoritariamente estatal y él era un servidor público; por tanto, la bonificación recibida como consecuencia de su desvinculación era exenta por virtud de la ley.

Además, a pesar de la intervención de FOGAFÍN, no se modificaron las relaciones laborales entre el banco y sus empleados, quienes continuaron siendo trabajadores oficiales.

El contribuyente actuó de buena fe, pues declaró como rentas exentas la bonificación recibida con base en conceptos de la DIAN y en jurisprudencia sobre el tema.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a las pretensiones, así:

Conforme a la Escritura Pública 3497 de 28 de octubre de 1997 BANCAFÉ S.A., es una sociedad anónima y de economía mixta del orden nacional y según el artículo 29 de sus Estatutos, sólo el presidente y el contralor tienen la calidad de empleados públicos, los demás se sujetan al régimen laboral de los particulares. En consecuencia, el actor no era un funcionario público y la bonificación por retiro voluntario no goza de la exención prevista en la Ley 488 de 1998.

La naturaleza jurídica del Banco y su régimen legal no se modifican por la intervención de Fogafín, pues, tiene carácter temporal, por lo que, los trabajadores al servicio de las entidades financieras intervenidas por FOGAFÍN continúan rigiéndose por el régimen legal vigente al momento de la intervención. Si la entidad intervenida era del régimen privado, a sus trabajadores se les seguiría aplicando el Código Sustantivo del Trabajo y cualquier bonificación o indemnización por retiro definitivo estaría sometida a retención en la fuente y la totalidad no gozaría de la exención.

Bancafé efectuó la indemnización conforme al régimen privado (acta de audiencia pública especial de conciliación de 5 de diciembre de 2000) y al actor se le practicó retención en la fuente por \$1.285.519. La DIAN respetó su posición oficial plasmada en el Concepto 089979 de 15 de septiembre de 2000, cuya tesis jurídica señala: *“Las indemnizaciones recibidas por los trabajadores de una sociedad de economía mixta, con régimen privado, en virtud de un programa de retiro, se les sigue aplicando el Código Sustantivo del Trabajo y por lo tanto sometidas a retención en la fuente”*.

La DIAN tuvo en cuenta la decisión de la Asamblea General de Accionistas mediante la cual se reformaron los estatutos de la entidad, en la que se manifiesta que la participación oficial en el capital del banco bajó del 90% y ahora sus empleados no son trabajadores oficiales sino trabajadores particulares.

El demandante es un contribuyente responsable directo del pago del tributo y aunque en los años anteriores no estaba obligado a declarar, para el año gravable 2000 sí reunía los requisitos, pues, recibió como producto de la relación laboral ingresos superiores a \$80.800.000.

El impuesto determinado por la Administración en el acto demandado corresponde a renta y complementarios y el artículo 73 de la Ley 633 de 2000 se refiere al impuesto de timbre nacional regulado en los artículos 519 y ss del Estatuto Tributario, que en el caso específico no se aplica, pues, el acto de liquidación de los empleados de Bancafé, no fue objeto del impuesto de timbre nacional.

No procede la condena en costas, pues, la Administración actuó conforme a la ley.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal negó las súplicas de la demanda porque para la fecha del retiro del demandante de Bancafé no era trabajador oficial y por tanto no podía hacerse acreedor de la exención establecida en el artículo 27 de la Ley 488 de 1998.

Conforme a la Escritura Pública 3497 de 1999 que contiene los estatutos de BANCAFÉ, es una sociedad por acciones de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, salvo en lo que respecta al artículo 29 ibídem, el cual señala que el presidente del banco y el contralor son empleados públicos, pero los demás empleados se sujetan al régimen laboral de los particulares.

Si bien es cierto que en septiembre de 1999 FOGAFÍN realizó una inyección de capital a Bancafé, también lo era que esta operación no tenía vocación de permanencia como lo certificó el Secretario del Banco y no afectó su naturaleza jurídica ni su régimen de personal (artículo 97 de la Ley 489 de 1999), además para la fecha en que el demandante recibió la indemnización (29 de agosto de 2000) se encontraba vigente el Decreto 92 de 2000, el cual señalaba que Bancafé estaba sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, excepto en lo que se refería al régimen de personal, que era el previsto el artículo 29 de sus estatutos.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante solicita revocar la sentencia y sustenta la apelación así:

El artículo 123 de la Constitución Política establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; los trabajadores son los que se vinculan a una entidad pública por medio de un contrato de trabajo y prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado y en sociedades de economía mixta, conforme lo señala el Decreto Reglamentario 1848 de 1969. Por tanto, no se concibe la existencia de un trabajador particular, al servicio de una entidad pública, salvo los contratos de prestación de servicios.

Por ello, aunque el artículo 29 de los Estatutos del Banco disponga que la relación entre los empleados y la entidad se rija por el Código Sustantivo del Trabajo no pierden su calidad de trabajadores oficiales y de servidores públicos.

Tanto las empresas industriales y comerciales del Estado como las sociedades de economía mixta integran, con otras entidades, la Rama Ejecutiva del orden nacional, por tanto, los empleados del Bancafé tenían la calidad de trabajadores oficiales, la cual no varió por la intervención temporal de FOGAFÍN y la bonificación recibida por su desvinculación estaba exenta del impuesto de renta.

Posteriormente, la DIAN ha aceptado su error y ha producido varios actos administrativos por medio de los cuales les reconoce a los exempleados del Banco, la calidad de servidores públicos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandada** reiteró lo expresado en la contestación de la demanda e insistió en que Bancafé era una sociedad de economía mixta donde la mayor parte del capital pertenecía al sector privado, conforme al artículo 78 de la Ley 510 de 1999, que refleja el nuevo estatus económico de Bancafé por la entrada de capital privado y la reducción del aporte accionario del Estado en un porcentaje inferior al 90%. Bajo estas circunstancias, sus trabajadores no eran servidores públicos sino trabajadores privados.

Las nuevas pruebas aportadas por el actor con la apelación, con las que pretende demostrar que la DIAN ha cambiado de criterio y que reconoce a los empleados de Bancafé como servidores públicos, deben desestimarse porque son extemporáneas e inconducentes.

La **demandante** no alegó.

El **Ministerio Público** solicitó confirmar la sentencia por las siguientes razones:

Las exenciones se establecieron en cuanto al sujeto representado en este caso por los servidores públicos vinculados con programas de retiro de la entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital y municipal (artículo 27 de la Ley 488 de 1998).

El concepto de “servidores públicos” comprende a aquellos que mantienen un vínculo laboral con el Estado, bien desde el punto de vista legal y reglamentario o puramente contractual, mientras que el empleado público es una especie de aquél y se caracteriza por la existencia de una relación legal y reglamentaria, de modo que el nexo con el Estado tiene lugar por nombramiento y posesión y no por el contrato.

Según el artículo 1 de los Estatutos de Bancafé, es una sociedad por acciones de economía mixta del orden nacional de la especie de las anónimas, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, excepto en lo que respecta al régimen de personal (art.29) en el cual a excepción del Presidente y el Contralor, se aplica el régimen para empleados particulares. En consecuencia, no se evidencia que Bancafé tuviera el carácter de entidad pública del orden nacional, departamental, distrital o municipal, por lo que el artículo 27 de la Ley 488 de 1998 no es aplicable para el caso de la exención a la bonificación recibida por el contribuyente.

Finalmente, la inversión que realizó FOGAFÍN, no alteró la naturaleza ni el régimen legal de BANCAFÉ, según el artículo 97 de la Ley 489 de 1998.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación, la Sala debe decidir si la indemnización o bonificación recibida por el demandante por el retiro como empleado del Banco Cafetero se encuentra exenta del impuesto sobre la renta, o si como lo consideró la DIAN en los actos acusados y lo decidió el Tribunal, no procede la exención sobre la totalidad de la indemnización.

El artículo 27 de la Ley 488 de 1998¹ establece:

“EXENCION PARA BONIFICACIONES Y/O INDEMNIZACIONES EN PROGRAMAS DE RETIRO DE ENTIDADES PUBLICAS.

Estarán exentas del impuesto sobre la renta las bonificaciones y/o indemnizaciones que reciban los servidores públicos en virtud de programas de retiro de personal de las entidades públicas nacionales, departamentales, distritales y municipales.”

El demandante incluyó como rentas exentas en la declaración de renta de 2000 \$112.137.000, dentro de la cual se encontraban \$102.850.000 correspondientes a la bonificación especial de retiro por el tiempo de servicios laborado en BANCAFÉ.

La Administración rechazó de las rentas exentas declaradas la suma de \$71.468.000, primero, porque el artículo 29 de los Estatutos de Bancafé establecía que sólo el presidente del Banco y el contralor eran empleados públicos y los demás empleados se sujetaban al régimen laboral aplicable a los empleados particulares; segundo, que al momento de la intervención de Fogafín, no eran servidores públicos, además, la inversión fue temporal y no afectó ni la naturaleza jurídica ni su régimen.

En relación con las sumas recibidas según el acta pública especial de conciliación consideró la DIAN que si bien la suma recibe el nombre de bonificación, dentro de la misma estaban comprendidos pagos por conceptos gravados, como salarios. Pues bien, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 488 de 1998, para que la bonificación o indemnización de retiro esté exenta del impuesto sobre la renta, debe darse como condición que sea recibida por servidores públicos de las entidades públicas nacionales, departamentales, distritales y municipales.

¹ Declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-709 de 1999. Consideró que no se rompía el principio a la igualdad, pues los trabajadores privados podían ser cobijados por el legislador con otros estímulos tributarios. Además, la exención es razonable porque pretende una reducción del déficit fiscal y la racionalización del gasto público, en la medida en que la exención puede llegar a ser un mecanismo que, junto con la protección de los dineros que los trabajadores retirados perciban, facilite la ejecución de los planes de retiro voluntario.

El artículo 123 de la Constitución Política, establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

Por su parte el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional”, establece que la rama ejecutiva del poder público del orden nacional está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central: [...]
2. Del Sector descentralizado por servicios:
 - a) Los establecimientos públicos;
 - b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
 - c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; [...]
 - f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta² [...]

Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado. Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen. (artículo 97 ibídem)

Ahora bien, para la fecha en que el actor se acogió al programa de retiro del Banco Cafetero (29 de agosto de 2000), éste, era una sociedad por acciones de economía mixta del orden nacional, de la especie de las anónimas, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público³, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, excepto en cuanto al régimen de personal que era el previsto en el artículo 29 de sus Estatutos y el de las actividades

² Declarada exequible por la sentencia C-910 de 31 de octubre de 2007.

³ Antes estaba vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

propias del giro ordinario de sus negocios (artículo 1 de los Estatutos del Banco, aprobados por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Bancafé el 28 de octubre de 1999 como consecuencia de la capitalización por parte de Fogafín en septiembre y octubre de 1999, quien quedó con una participación accionaria del 99.99%. Decreto 092 de 2 de febrero de 2000)⁴.

La naturaleza jurídica del Banco fue corroborada por la Sección Segunda del Consejo de Estado cuando estudió la legalidad del Decreto 1388 del 17 de julio de 2000 expedido por el Gobierno Nacional, *“por el cual se dictó la planta de personal del Banco Cafetero S.A.”*, al señalar que conforme al Decreto 092 de 2000, que modificó la estructura de esa entidad y, en concordancia con el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, correspondía al Presidente de la República adoptar una nueva planta de personal, por mandato Constitucional y expresa autorización legal⁵.

De acuerdo con lo anterior, el cambio en el régimen jurídico del Banco como Sociedad de Economía Mixta sometida en cuanto a su actividad al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, con una participación del Estado en más del 90% de su capital, debía considerarse que sus trabajadores eran servidores públicos -trabajadores oficiales, independientemente de su sometimiento laboral a un régimen de trabajadores privados.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia en casos en los cuales se ha debatido la naturaleza jurídica de los empleados de Bancafé ha considerado que a pesar de que las relaciones laborales individuales se rijan por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, la naturaleza del vínculo de los servidores de “Bancafé” siguen siendo la de trabajadores oficiales⁶.

En una de sus providencias, la Corte Suprema, luego de citar los artículos 1 y 29 de los Estatutos de Bancafé, precisó:

“La Sala no comparte el entendimiento dado por el recurrente a los mentados enunciados normativos por cuanto el hecho de que los servidores del Banco Cafetero se rijan por el régimen laboral de los empleados particulares no quiere decir que la entidad deje de ser

⁴ Folios 104 y 152 y siguientes del cuaderno de antecedentes.

⁵ Sentencia de 15 de mayo de 2003, Exp. 2948-00.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 30 de septiembre de 2003, Exp. 20845.

pública o que sus servidores pierdan la condición de trabajadores oficiales.

“En el punto concreto de la aplicación a tales trabajadores del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, hay que decir que en este caso su equiparación a servidores particulares no puede llevar a colegir que la realización de despidos colectivos por supresión de cargo originados en políticas de modernización o racionalización de gastos, esté supeditada a la implementación del trámite dispuesto en ese artículo, es decir, al permiso previo del Ministerio del Trabajo”⁷.

Por su parte, la Corte Constitucional cuando declaró exequible el artículo 7 de la Ley 1118 de 2006, según el cual, la totalidad de los servidores públicos de ECOPETROL S.A., tendrían el carácter de trabajadores particulares, un vez ocurriera el *cambio de naturaleza jurídica*, consideró que una de las facultades del legislador era modificar la estructura de la administración pública y la regulación del régimen laboral de los trabajadores, en forma tal que resulte coherente con la modificación de las funciones, respetando en todo caso los derechos adquiridos de los trabajadores.

Sobre el tema precisó:

En cuanto concierne específicamente a Ecopetrol, ha de tenerse en cuenta, además, que la coexistencia de la condición de servidores públicos y la sujeción de sus relaciones laborales a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, tampoco constituye una novedad introducida por la disposición acusada, sino que se remonta a 1951, cuando el Gobierno Nacional, en ejercicio de las autorizaciones que le fueran conferidas mediante la Ley 165 de 1948, expidió el Decreto 2027 de 1951, por el cual se adicionó el Decreto 30 de 1951, y se dispuso en su artículo 1º. que *“Las relaciones de trabajo de la Empresa Colombiana de Petróleos, se regirán por el derecho común laboral contenido en el Código Sustantivo del Trabajo”*.

La aludida disposición, adoptada en el mismo año en que se creó la Empresa Colombiana de Petróleos, obedece a la circunstancia histórica de que su creación se llevó a cabo con el personal y con los bienes que revirtieron a la Nación de la denominada Concesión de Mares. En efecto, las relaciones laborales existentes durante la vigencia de la aludida Concesión se regían por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y, mediante el aludido Decreto 2027 de 1951, se dispuso que igualmente las relaciones laborales en Ecopetrol se rigieran por el aludido ordenamiento, para mantener así las condiciones de trabajo logradas durante la vigencia de la Concesión de Mares. Tal situación vino a reiterarse luego, en primer lugar, en el Decreto 62 del 20 de enero de 1970 y, posteriormente, mediante el Decreto 1209 de 1994, cuyo artículo 25 dispone que *“Las relaciones de trabajo entre la Empresa y sus trabajadores, con excepción del Presidente de la misma,*

⁷ Radicación No. 19108, sentencia de 30 de enero de 2003.

continuarán rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y las leyes que lo adicionan y reforman”.

[...]

De conformidad con lo precedentemente expuesto se puede concluir que no le asiste razón al demandante al afirmar que la norma acusada, en cuanto dispone que *“una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A., la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol S.A., tendrán el carácter de trabajadores particulares”*, comporta la vulneración del artículo 123 superior, según el cual tanto los miembros de las corporaciones públicas, como los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos.

En efecto, contra lo que parece entender el demandante, en la disposición acusada no se está disponiendo que, al producirse el cambio de naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A., quienes laboran para la aludida empresa perderán su condición de servidores públicos para pasar a convertirse en trabajadores particulares.

Si se toma el texto integral de la disposición contenida en el artículo 7º. de la Ley 1118 de 2006, se pone en evidencia cómo, de lo que se trata es de señalar el régimen laboral aplicable a los servidores de Ecopetrol S.A. y, para tal efecto, se empieza por ratificar su condición de servidores públicos, para señalar luego que dichos servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a sus contratos individuales de trabajo, disposición que se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución, según el cual los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos.

Significa lo anterior que la asignación del carácter de trabajadores particulares a los servidores públicos - para efectos de la aplicabilidad de las normas del Código Sustantivo de Trabajo y para asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores - resulta constitucionalmente admisible en la medida en que se respeten los derechos adquiridos de los trabajadores y se asegure la plena observancia de lo dispuesto en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política”⁸.

Bajo el anterior criterio, el hecho de que en los Estatutos del Banco se haya previsto que los empleados del Banco Cafetero, a excepción del presidente y el contralor (quienes son empleados públicos) se sujeten al régimen laboral aplicable a los empleados particulares, no les quita su condición de servidores públicos, pues, este régimen tiene como propósito mantener la vigencia de las regulaciones

⁸ Sentencia C-722 de 2007

cuando se trataba de una sociedad de economía mixta con una participación del Estado inferior al 90%.

Pero para la fecha del retiro del contribuyente, la capitalización por parte de Fogafín con un 99.99% del capital de Bancafé modificó su naturaleza jurídica para convertirse en una sociedad de economía mixta bajo el régimen de las empresas industriales y comerciales del estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, es decir, servidores públicos, y en tal sentido con derecho a la exención prevista en el artículo 27 de la Ley 488 de 1998, independientemente del régimen laboral aplicable.

Además, la Sala no comparte el criterio oficial cuando considera que la intervención de Fogafín no era permanente y por tanto, no varió la naturaleza jurídica de Bancafé en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1988, pues, basta observar que fue la misma Asamblea de Accionistas quien modificó sus Estatutos, no sólo para señalar que la sociedad estaría sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, propio para las sociedades de economía mixta con una participación superior al 90% del Estado, sino para indicar que estaría vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuando con anterioridad estaba vinculada al Ministerio de Agricultura. Esta misma naturaleza se repitió en el artículo 1 del Decreto 092 de 2000. Esto demuestra, que la intervención de Fogafín no fue temporal y tuvo la virtualidad de modificar la naturaleza jurídica de Bancafé.

Así las cosas, para la Sala el demandante tiene derecho a la exención sobre el valor de la bonificación recibida por concepto del programa de retiro del Banco Cafetero, suma que se encuentra bien diferenciada en relación con los pagos correspondientes a los salarios y demás conceptos gravables con impuesto de renta⁹ y sobre los cuales la DIAN no realizó ninguna discriminación en particular.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia y se anularán parcialmente los actos acusados para establecer un nuevo impuesto a cargo según la liquidación que a continuación se hará, teniendo en cuenta que la DIAN rechazó unas deducciones que no fueron objeto de controversia en la demanda,

⁹ Folios 165 y siguientes del cuaderno de antecedentes.

las cuales se mantendrán al igual que la sanción por inexactitud correspondiente a ellas.

La liquidación queda así:

Total Ingresos Netos	\$129.356.000
Menos:	
Total Deducciones	<u>\$ 1.616.000</u>
Renta Líquida (oficial no varía)	\$127.740.000
Menos:	
Rentas exentas laborales	<u>\$112.137.000</u>
Renta Líquida gravable	\$ 15.603.000
Impuesto sobre la renta gravable	\$ 0 ¹⁰
Total Impuesto a cargo	\$ 0
Menos:	
Retenciones en la fuente	\$ 2.050.000
Más:	
Sanción por inexactitud (la determinada en la resolución de reconsideración ¹¹)	\$ 1.486.000
Total saldo a favor	\$ 564.000

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

F A L L A:

REVÓCASE la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

- 1. ANÚLANSE** parcialmente la Liquidación de Revisión 160642002000037 de 5 de agosto de 2002 y la Resolución 16077200300002 de 31 de enero de 2003, por medio de las cuales la DIAN modificó la declaración de renta de RODRIGO RUIZ OSPINA por el año gravable de 2000.
- 2.** A título de restablecimiento del derecho y conforme a la liquidación inserta en la parte motiva de esta providencia, FÍJASE como total saldo a favor del demandante por impuesto de renta de 2000 QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$564.000 M/cte).

¹⁰ Según el Decreto 2587 de 1999 de \$1 a \$15.800.000 el impuesto es \$0 (primer intervalo)

¹¹ La DIAN levantó la sanción correspondiente a las rentas exentas.

RECONÓCESE a la abogada María Helena Caviedes Camargo, como apoderada de la demandada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase

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

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
Presidente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ