



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera: Ana María Charry Gaitán

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 11001-03-06-000-2023-00696-00

Número Único: 2514

Referencia: Consulta formulada por el Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la interpretación del artículo 14 de la Ley 1473 de 2011, modificado por el artículo 61 de la Ley 2155 de 2021 – Integración del Comité Autónomo de la Regla Fiscal (CARF)

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto debido por las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, me permito expresar las razones por las cuales, aclaro mi voto frente al presente concepto originado en la consulta de la referencia, a través de la cual el director del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) formuló las siguientes preguntas:

1. ¿Considerando una interpretación sistemática del artículo 14 de la Ley 1473 de 2011, modificado por el artículo 61 de la Ley 2155 de 2021, es jurídicamente viable que el Ministro de Hacienda y Crédito Público designe dentro del grupo de los cinco expertos del Comité Autónomo de la Regla Fiscal, a expertos de reconocido prestigio profesional o académico en materia de finanzas públicas, vinculados como servidores públicos en las universidades estatales?

Si es jurídicamente viable que los servidores públicos de las universidades estatales hagan parte del grupo de los cinco expertos del Comité Autónomo de la Regla Fiscal CARF y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política, 19 de la Ley 4 de 1992 y parágrafo 1° del artículo 14 de la Ley 1473 de 2011, modificado por el artículo 61 de la Ley 2155 de 2021:

2. ¿Pueden los servidores públicos de las universidades estatales que se designen el CARF [SIC] percibir honorarios por su participación en dicho Comité?

A las cuales la Sala dio las siguientes respuestas:

1. No. No es jurídicamente viable que el Ministro de Hacienda y Crédito Público designe dentro del grupo de los cinco expertos del Comité Autónomo de la Regla

Radicación: 2514

Fiscal, a expertos de reconocido prestigio profesional o académico en materia de finanzas públicas, vinculados como servidores públicos en las universidades estatales.

2. Por sustracción de materia, no se responde, dado que la respuesta a la pregunta anterior es negativa.

En mi criterio, si bien es cierto, la posición de la Sala se apega a lo establecido en la ley, también lo es que la misma norma, es decir, el artículo 61 de la Ley 2155 de 2022, genera dudas desde el punto de vista constitucional, si se tiene en cuenta los siguientes argumentos:

1. El ejercicio del control judicial de las leyes a cargo de la Corte Constitucional no afecta la competencia de la Sala de Consulta para emitir conceptos jurídicos a petición del Gobierno Nacional

Sobre el primer asunto, a mi parecer, no se brindaron argumentos suficientes en el concepto, para sustentar la existencia de aparentes competencias excluyentes entre autoridades consultivas y judiciales. Al contrario, encuentro varios argumentos que le habrían permitido a este cuerpo colegiado absolver las preguntas del Gobierno Nacional en estos temas. En efecto:

La competencia de la Sala de Consulta difiere de otras competencias institucionales dentro del ordenamiento legal nacional e internacional y sus funciones no se chocan con las atribuciones de otras autoridades judiciales.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los de la Sala de Consulta tienen una naturaleza jurídica diferente. La Corte ejerce, entre otras funciones, un control abstracto de constitucionalidad con efectos *erga omnes* sobre las leyes y los actos legislativos, con fuerza vinculante, que permite y asegura que las disposiciones jurídicas se ajusten a la Carta y permanezcan o no, bajo esa condición, en el ordenamiento. De este modo, sus pronunciamientos de fondo concluyen con una decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma.

La Sala de Consulta, por su parte, al dar respuesta a las inquietudes del Gobierno nacional, emite un concepto en el que puede valorar o interpretar el alcance normativo o aplicación de normas existentes en el ordenamiento jurídico, e incluso, eventualmente, recaer sobre la mejor manera de aplicar los fallos de la Corte Constitucional por la administración pública, con fundamento en la pretensión de corrección jurídica y normativa basada en argumentos que tiene la fuerza del *autoritas* aunque no sean pronunciamientos que tengan fuerza vinculante. Sus conceptos son orientadores, y tienen como propósito apoyar y fortalecer la labor de implementación o entendimiento de la Constitución viviente y del sistema jurídico en la labor gubernamental, por lo que su naturaleza difiere competencial y teleológicamente de los deberes atribuidos a la Corte Constitucional.

Radicación: 2514

Sobre esa base, el que la Corte Constitucional tenga un control constitucional de las leyes, y existan eventualmente procesos en curso ante esa autoridad judicial, no impide que otras autoridades puedan analizar y reflexionar sobre normas constitucionales vigentes y pronunciarse sobre la interpretación de la mismas, o sobre alternativas de acción para su aplicación.

En consecuencia, el que algunas autoridades judiciales tengan competencias para pronunciarse sobre el alcance de disposiciones legales, a la luz del marco jurídico constitucional e internacional, no implica *de facto* que deba haber un silencio automático de la Sala de Consulta sobre una temática determinada, pues, como se dijo previamente, no se trata de funciones excluyentes.

Las autoridades consultivas y judiciales tienen entre todas, la misión de ejercer sus funciones armónicamente dentro del ámbito de sus competencias, sin que se piense que por que aluden a normas o problemáticas iguales o análogas, invaden indebidamente las atribuciones jurídicas de las otras.

En ese escenario, la Sala de Consulta mantiene, en el rango de su competencia interna, sus atribuciones consultivas paralelas, que la habilitan a realizar pronunciamientos consistentes con los alcances de su labor, en los términos previamente mencionados.

2. El artículo 61 de la Ley 2155 de 2011 establece:

El Comité Autónomo de la Regla Fiscal estará integrado por siete (7) miembros, de los cuales cinco (5) de ellos corresponderán a miembros expertos, de reconocido prestigio profesional o académico en materia de finanzas públicas, quienes no podrán ser servidores públicos, y dos (2) corresponderán a los presidentes de las comisiones de asuntos económicos del Congreso de la República, bajo un sistema de alternancia. La conformación del Comité deberá tener representación de la mujer.

Entonces, hay una **clara exclusión** de expertos, de reconocido prestigio profesional o académico en materia de finanzas públicas vinculados como servidores públicos a las universidades estatales, para el caso de la consulta, docentes de dichas instituciones. Esta marginación no tiene justificación alguna en el Texto Fundamental, pues se privilegiaría a un grupo de profesores de instituciones de carácter privado que pueden estar en similares circunstancias con aquellos que trabajan en establecimientos de carácter público, incluso los hay que laboran en ambos sectores. Y esto es así, por lo que se explica en el siguiente numeral.

3. Si bien el argumento principal en que se fundamentó el cambio de la norma en cita fue la **independencia y autonomía** de la cual debía gozar el CARF y en ello se sustentó la exclusión de los servidores públicos, lo cierto es que los docentes de las universidades estatales, al igual que los de las universidades del sector privado,

Radicación: 2514

están cobijados por el principio de la **autonomía universitaria**, contemplado en el artículo 69 superior y en el artículo 30 de la Ley 30 de 1992, que regula el servicio de educación superior en los ámbitos público y privado, el cual ha de tenerse en cuenta en diferentes campos, tales como: *i)* en el plano académico, que responde de forma más directa e inmediata a los fines para los cuales se consagró, y *ii)* en los planos administrativo y financiero, «en donde cobra relevancia en la regulación de todo lo referente con la organización interna de la institución superior», como medio o instrumento para hacer posible que las universidades tengan una independencia real y efectiva en el ámbito académico.

Por lo cual tal discriminación no tiene sustento desde el prisma constitucional y, por el contrario, **vulnera el derecho fundamental a la igualdad de los docentes de universidades estatales**, como puede concluirse después de aplicar el juicio integrado de igualdad.

Es de anotar que la Corte Constitucional ha reiterado que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio, al entender que el primero puede ser obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida.

Para realizar el análisis de constitucionalidad de una norma en virtud del supuesto desconocimiento del principio de igualdad, la jurisprudencia constitucional ha acudido al denominado **test integrado de igualdad**. La aplicación de esta herramienta puede hacerse desde una perspectiva leve, intermedia o estricta.

Esta última, como la más significativa excepción a la regla, tiene lugar cuando está de por medio el uso de un *criterio sospechoso*, a los cuales alude el artículo 13 de la Constitución, o cuando la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenecen a grupos marginados o discriminados y cuando la diferenciación afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental, como en este caso.

Este juicio se compone de dos etapas de análisis. En la primera, se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, así mismo, se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables se procede a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron

Radicación: 2514

expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida¹.

En ese sentido, respecto del asunto de la referencia, se procederá a analizar a continuación la primera parte del test:

- i) Criterio de comparación: En el presente asunto se determina la exclusión del CARF de los docentes de las universidades estatales que tienen la calidad de servidores públicos, frente a los docentes de las universidades privadas respecto de los cuales no hay ninguna restricción.
- ii) Desde la perspectiva jurídica y fáctica hay un tratamiento desigual entre iguales: Si se toma en cuenta que los miembros expertos, de reconocido prestigio profesional o académico en materia de finanzas públicas de universidades estatales no pueden participar en el CARF, aun cuando tengan las mismas calidades y experiencia que aquellos que trabajen en universidades de carácter privado.
- iii) Dicho tratamiento diferenciado no está constitucionalmente justificado: pues aunque la exclusión del referido grupo de docentes, en su calidad de servidores públicos, se hace con base en la independencia y autonomía que debe tener el CARF, los miembros expertos, de reconocido prestigio profesional o académico en materia de finanzas públicas de universidades estatales también gozan de autonomía respecto de la rama Ejecutiva, en virtud de lo dispuesto en los artículos 69 de la Constitución y 30 de la Ley 30 de 1992, por lo cual su labor no necesariamente se ve comprometida en favor de unos intereses, que pudieran estar asociados a entornos políticos o de otra índole, que impliquen en sí mismos un atentado contra los principios que soportan el Estado Social de Derecho, como el democrático, o los intereses del conglomerado.

No obstante, haberse concluido que en este asunto hay un trato diferenciado que no encuentra justificación en la Constitución, se procederá a realizar la segunda etapa del test.

- iv) Idoneidad para lograr el fin que se pretende perseguir: el fin que busca la disposición normativa bajo análisis es procurar autonomía e independencia al CARF. Sin embargo, pese a que el fin sea legítimo y constitucionalmente importante, dicha medida no es idónea, pues, como se ha señalado, la inclusión de los miembros expertos, de reconocido prestigio profesional o académico en materia de finanzas públicas vinculados a las universidades estatales no interfiere con tal propósito, ya que a estos servidores, a

¹Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016.

Radicación: 2514

diferencia de otros, les cobija el principio de autonomía universitaria, que, a su vez, les da independencia frente al Gobierno nacional.

- v) Necesidad: La limitación al derecho fundamental a la igualdad de los miembros expertos, de reconocido prestigio profesional o académico en materia de finanzas públicas vinculados a las universidades estatales no es indispensable para la obtención del objetivo, como se ha dejado expuesto, en virtud de la autonomía e independencia que ostentan. La norma no conduce, efectivamente, a alcanzar el fin buscado, por el contrario, hay otras formas de garantizarlo.
- vi) Proporcionalidad: al poner en la balanza los beneficios de la medida y los costos, se evidencia que se genera una afectación grave a un principio, valor y derecho señalado en la Constitución, como eje central, la igualdad. Esto si se toma en cuenta que, al excluirse, sin justificación, a un grupo de servidores públicos que tiene las mismas calidades que otros expertos y que son autónomos e independientes en el ejercicio de su profesión, se impacta de forma desproporcionada tales postulados. Entonces, se reitera, la medida es desproporcionada en sentido estricto, pues aunque propende por la autonomía e independencia de la CARF, amparándose en la Carta, la trasgresión a la misma, a través de la norma, es mucho mayor.

4. En consecuencia, la respuesta se podía complementar en el sentido de indicar que, válidamente, se puede acudir a la **excepción de inconstitucionalidad**, figura que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Constitución, se aplica en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal (art. 61 de la Ley 2155 de 2011) y otra de rango constitucional (artículo 13), dando paso a que se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales y así permitir la designación, de docentes vinculados como servidores públicos a las universidades estatales, como miembros del CARF y dar paso al análisis de la segunda pregunta, respecto de los honorarios de quienes integran el referido comité.

5. Finalmente, el Gobierno Nacional, podría si lo considera necesario, presentar una **demandas de inconstitucionalidad** del artículo 61 de la Ley 2155 de 2011, en razón de lo expuesto.

De esta forma, dejo expuestos los argumentos que me llevan a aclarar mi voto en relación con la decisión adoptada por la Sala.

Fecha *ut supra*,


ANA MARIA CHARRY GAITÁN
Consejera