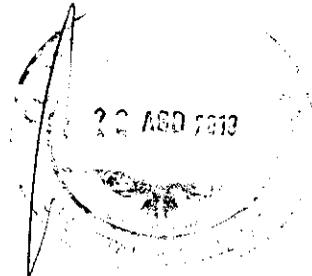


D-12866
ok

Bogotá, agosto 22 de 2018

H. Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Reparto



Referencia: Acción de inconstitucionalidad contra los artículos 6 literal (g) (parcial), de la Ley 25 de 1981, el artículo 54, numeral 2 (parcial) y el artículo 63 de la Ley 21 de 1982

TANIA MARCELA MALELY HERNÁNDEZ GUZMÁN, mayor de edad y vecina de la ciudad de Bogotá, ciudadana colombiana en ejercicio, con cédula No 52.152.307 de Bogotá, de conformidad con lo previsto en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, me permito presentar **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los artículos 6 literal g (parcial), de la Ley 25 de 1981, el artículo 54, numeral 2 (parcial) y el artículo 63 de la Ley 21 de 1982.

NORMAS ACUSADAS

Transcribo las disposiciones acusadas, de acuerdo con su publicación en los diarios oficiales que se relacionan a continuación. Se subrayan los apartes demandados:

LEY 25 DE 1981

Diario oficial. Año CXVII. N. 35717. 9, marzo, 1981. Pág. 3.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

“**Artículo 6.** El Superintendente del subsidio familiar es un funcionario de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

g. Con el objeto de propender por la más eficiente administración y control, estatuir las normas y procedimientos a que debe someterse el régimen de contratación de obras, servicios y suministros en las entidades sometidas a su

vigilancia y aprobar o improbar toda clase de negociaciones de bienes inmuebles de su propiedad;”

LEY 21 DE 1982

Diario oficial. Año CXVIII. N. 35939. 5, febrero, 1982. Pág. 289

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

“**Artículo 54.** Son funciones de los Consejos Directivos:

(...)

2°. Aprobar, en consonancia con el orden de prioridades fijadas por la presente ley, los planes y programas a que deban ceñirse las inversiones y la organización de los servicios sociales.

Los planes y programas antedichos serán sometidos al estudio y aprobación de la Superintendencia del Subsidio familiar.”

(...)

“**Artículo 63.** La Superintendencia del Subsidio Familiar tendrá en cuenta el orden de prioridades señalado en el artículo anterior para aprobar o improbar obras y programas sociales de las Cajas de Compensación.

Parágrafo. Las inversiones en obras y programas sociales y las que se hagan con los recursos destinados a atender gastos de instalación, administración y funcionamiento, realizadas o que se realicen por las Cajas de Compensación Familiar sin la debida aprobación oficial o en contravención de disposiciones legales y que no cumplan los objetivos del subsidio, deberán adecuarse, en un término prudencial, a las normas legales y reglamentarias pertinentes. Si tal adaptación no se efectuare en el término señalado o no fuera posible, se ordenará la venta de las obras realizadas.”

NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Las normas constitucionales infringidas por las disposiciones acusadas son: (i) los artículos 115 y 189.26, de los cuales se desprende el marco de competencia de las superintendencias para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control; y (ii) los artículos 83, 333 y 334 que presumen la buena fe de los particulares y garantizan la libre iniciativa privada y la actividad económica.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas acusadas exigen aprobaciones previas por parte de la Superintendencia de Subsidio Familiar, de (i) los planes y programas de inversión adelantados por las Cajas de Compensación Familiar (en adelante **CCF**) para obras o servicios sociales que requieren “aprobación oficial” de la Superintendencia¹, (ii) los planes y programas de inversión y la organización de los servicios sociales de las CCF, que requieren el estudio y aprobación de la Superintendencia², y, (iii) la aprobación o improbación previa de la negociación que realicen las CCF sobre todos sus bienes inmuebles³.

La exigencia de tales aprobaciones previas es inconstitucional. Esta demanda se estructura, entonces, sobre la base de dos (2) cargos de inconstitucionalidad, que son comunes a todas las disposiciones acusadas.

Primer cargo. Desbordamiento de las funciones constitucionales de las Superintendencias, ejercidas por delegación presidencial. El artículo 6 literal g (parcial), de la Ley 25 de 1981, el artículo 54, numeral 2 (parcial) y el artículo 63 de la Ley 21 de 1982 violan los artículos 115 y 189.26 de la Constitución.

Las normas acusadas establecen una obligación a las CCF de pedir aprobaciones previas a la Superintendencia de Subsidio Familiar de programas y planes de inversión o la negociación de inmuebles. Las normas constitucionales antes señaladas, solo otorgan facultades a las superintendencias para ejercer funciones de “inspección y vigilancia” y excepcionalmente de “control” por delegación presidencial. En el caso de la Superintendencia de Subsidio Familiar, las normas constitucionales solo la habilitan para ejercer las primeras: únicamente las funciones de inspección y vigilancia.

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial autorizada, las funciones constitucionales de “inspección, vigilancia y control” significan la posibilidad de las superintendencias de seguir, monitorear o evaluar (inspección), recomendar, advertir u orientar al cumplimiento de los deberes de las entidades que son objeto de sus actuaciones (vigilancia), o señalar advertencias correctivas o imponer sanciones por violaciones a la ley (control). Pero, ninguna de esas facultades otorga a las superintendencias la posibilidad de aprobar o improbar previamente decisiones de los órganos de administración de sus vigiladas por fuera de contextos de intervención, porque no tienen competencia para interferir injustificadamente en la autonomía de sus vigiladas, ni para evaluar posteriormente la legalidad de actos en cuya producción tuvo injerencia⁴. Mucho menos, cuando la Constitución en relación

¹ Artículo 63 de la Ley 21 de 1982. Especialmente el párrafo establece que “Las inversiones en obras y programas sociales y las que se hagan con los recursos destinados a atender gastos de instalación, administración y funcionamiento, realizadas o que se realicen por las Cajas de Compensación Familiar sin la debida aprobación oficial (...)”

² Artículo 54, numeral 2, de la Ley 21 de 1982.

³ Artículo 6, literal g de la Ley 25 de 1981.

⁴ Como se explicará más adelante, de acuerdo con las normas acusadas, la Superintendencia de Subsidio debe ejercer inspección, vigilancia y control sobre aquellas actividades y decisiones en donde la misma

con las facultades de determinada superintendencia, como la de Subsidio Familiar, solamente prevé aquellas de inspección y vigilancia.

Las normas acusadas son inconstitucionales, entonces, porque exceden el marco del concepto de “inspección, vigilancia y control” contenido en las normas Constitucionales.

Segundo cargo. *Intervención injustificada a la libre iniciativa privada.* Los artículos 6 literal g (parcial), de la Ley 25 de 1981, el artículo 54, numeral 2 (parcial) y 63 de la Ley 21 de 1982 violan los artículos 83, 333 y 334 de la Constitución, que contienen la presunción de buena fe y el derecho al libre ejercicio de la iniciativa privada.

El sistema de aprobaciones previas de las normas acusadas interfiere injustificadamente con la presunción de buena fe y el libre ejercicio de la iniciativa privada. Ese sistema no supera un test de proporcionalidad, pues con éste no es posible ni siquiera demostrar que esa norma es idónea para cumplir un fin constitucionalmente legítimo.

En el presente caso podría pensarse que las normas tienen como objeto proteger los recursos de los trabajadores y por tanto tienen una **finalidad constitucionalmente legítima**. Esa suposición acerca de un mayor control por parte de la Superintendencia evidencia una presunción contraria a la buena fe con la que actúan las CCF. Además, la misma jurisprudencia constitucional ha señalado que –tal y como lo pensaron los mismos constituyentes– la aprobación previa de asuntos propios del giro ordinario de los vigilados, por parte de una entidad que al mismo tiempo debe realizar labores de inspección posterior, es una fuente de corrupción. Debe concluirse, entonces, que no se cumple con el fin constitucional.

Tampoco supera un **juicio de necesidad**, porque la protección de los recursos puede realizarse por otras vías, con la misma efectividad y con menor lesión a la autonomía de las CCF, tal y como ocurre precisamente con las funciones de inspección y vigilancia de las Superintendencias. Y, finalmente, no superan un **juicio de proporcionalidad en sentido estricto**, porque no se observa que la restricción en la autonomía de las CCF y en el principio de buena fe redunde en una mayor protección de los derechos de los trabajadores.

En efecto, la protección de los recursos de los trabajadores es un fin constitucionalmente importante. Sin embargo, la restricción que produce el sistema de aprobaciones previas en la autonomía de las CCF es tan intensa que paradójicamente termina por poner en riesgo la misma protección de tales recursos. Dicho sistema hace menos ágil y eficiente a las CCF, las cuales tienen que esperar las decisiones de la Superintendencia para adoptar sus propias determinaciones.

Superintendencia participó dando su aprobación previa (de las obras y programas sociales y negociación de inmuebles de las CCF). Esto no solo viola el principio constitucional de imparcialidad, sino que además desborda las facultades de ‘inspección, vigilancia y control’ que se solo se ejercen sobre terceros.

Es decir, las CCF tienen restringida su facultad para ejecutar las obras y programas sociales, y negociar sus bienes hasta que la Superintendencia decida, de forma tal que los programas sufren retrasos y la función de las CCF se paraliza, con evidente desmedro de los trabajadores. En definitiva, la búsqueda de la finalidad de proteger el patrimonio de los trabajadores es tan inocua y leve –precisamente por el mayor riesgo de corrupción que representa–, que no justifica la injerencia en la autonomía de las CCF.

ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN

Para efectos de sustentar las razones de inconstitucionalidad, seguiremos la estructura que se describe a continuación. **De forma preliminar**, explicaremos por qué la presente demanda satisface los criterios constitucionales y jurisprudenciales de las demandas de control de constitucionalidad. Debido a que las normas demandadas fueron dictadas antes de la Constitución de 1991, es pertinente explicar las razones jurídicas que evidencian por qué están vigentes.

En la segunda parte presentaremos algunas cuestiones de contexto, relacionadas con la naturaleza del subsidio familiar y de las CCF en particular, además del alcance de las normas demandadas. Esta explicación nos servirá para desarrollar, en **una tercera parte**, cada uno de los cargos de la demanda: (i) por desconocer y exceder las facultades constitucionales de inspección y vigilancia que le han sido dadas al Presidente de la República en la Constitución, y (ii) por afectar la buena fe, la libre iniciativa privada y el principio constitucional de proporcionalidad.

Finalmente, en **el cuarto y último acápite** explicaremos por qué razón, aun cuando sobre algunas de estas disposiciones existen pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, éstos no son vinculantes para la Corte Constitucional y, en consecuencia, es posible adelantar nuevamente un análisis.

PRIMERA PARTE

SÍNTESIS DE LOS REQUISITOS DE LAS DEMANDAS DE CONTROL Y ESTUDIO ACERCA DE LA VIGENCIA DE LAS NORMAS DEMANDADAS

Cumplimiento de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, suficiencia y pertinencia

La jurisprudencia ha insistido en que las demandas de control contra normas de rango legal deben satisfacer los requisitos de claridad, especificidad, suficiencia, certeza y pertinencia. Recientemente, en la sentencia C-645 de 2017, que recoge una extensa línea jurisprudencial sobre el punto, recordó que:

“La *claridad* hace referencia a la coherencia argumentativa que permite entender en qué sentido la disposición acusada es inconstitucional y cuál es su justificación. La certeza se refiere a que los cargos estén dirigidos a

cuestionar un contenido legal verificable a partir de la interpretación del texto acusado, lo que implica que la proposición normativa demandada esté efectivamente contenida en la disposición acusada y que no sea una inferencia del actor, o que haga parte de otras normas que no fueron demandadas.” La *especificidad* significa que en la demanda se formula por lo menos un cargo concreto de orden constitucional, razón por la que no se puede basar en argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionen directamente con las disposiciones acusadas.

La *pertinencia* consiste en que el cargo esté construido a partir de razones de índole constitucional, es decir, en la confrontación entre el contenido de una norma superior con la que se compara el precepto demandado, por lo tanto, los argumentos no pueden fundarse en simples consideraciones legales o doctrinarias, en interpretaciones subjetivas o de conveniencia de la norma acusada, o en problemáticas particulares y concretas. Finalmente, la *suficiencia* exige que se expongan todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad, y que estos tengan el alcance persuasivo que despierte un mínimo de duda sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada.”

La presente demanda satisface todos los anteriores criterios, tal y como se evidenciará en cada apartado. Puede señalarse que, en síntesis, lo hace por lo siguiente:

1. **Claridad.** La demanda presenta una estructura argumentativa precisa, que permite (i) identificar el contenido normativo demandado, (ii) establecer su significado a la luz de la jurisprudencia constitucional y (iii) presentar las razones por las cuales este es inconstitucional.
2. **Certeza.** Una vez identificadas las disposiciones demandadas, se muestra cómo el contenido normativo efectivamente está integrado y surge de los artículos y no es inferido o imaginado. En el presente caso se acusan por inconstitucionales las expresiones contenidas en esas normas, que permiten que la Superintendencia de Subsidio apruebe o impruebe decisiones de las CCF.

Así lo establece el literal g) de la Ley 25 de 1981, que obliga a que la Superintendencia “apruebe o impruebe” las negociaciones sobre inmuebles, el artículo 54 de la Ley 21 de 1982 cuando obliga que los planes y programas sean sometidos a estudio y aprobación de la Superintendencia, y el artículo 63 de la Ley 21 de 1982, que obliga a que la Superintendencia realice una “aprobación oficial”. La certeza sobre este contenido normativo surge también de decisiones del Consejo de Estado, que consideran que las aprobaciones previas consagradas en varios decretos no son incompatibles con la ley⁵.

⁵ Decisión del 20 de noviembre de 2014 el Consejo de Estado avaló la constitucionalidad de varias disposiciones contenidas en el Decreto 2595 de 2012, bajo la consideración de que el artículo 20 de la Ley 789 de 2002, no es incompatible con la obligación de que exista una autorización previa. por parte de la Superintendencia de Subsidio, de los planes y proyectos de inversión. Expresamente dijo el Consejo de

3. **Especificidad.** Esta demanda presenta clara y específicamente dos (2) cargos de inconstitucionalidad contra las normas acusadas:

Primer cargo. El sistema de aprobaciones previas contenido en las normas acusadas excede las funciones de “inspección, vigilancia y control” asignado en la Constitución al Presidente de la República, que pueden delegarse en las superintendencias.

Segundo cargo. Las aprobaciones previas afectan al principio de buena fe y una injerencia intensa en la autonomía de entidades de carácter privado.

4. **Pertinencia.** La presente demanda confronta las disposiciones acusadas con contenidos constitucionales ciertos. En el cargo primero, se acusa a las normas demandadas de desbordar las facultades constitucionales de las Superintendencias, en contravía de los artículos 115 y 189.26 de la Constitución; normas que sirven como fuente de las funciones de inspección, vigilancia y control del Presidente de la República, que pueden delegarse en las Superintendencias. En el cargo segundo, se señala que las normas demandadas interfieren desproporcionadamente en la autonomía y la iniciativa privada, por afectar los artículos 83, 333 y 334 de la Carta que consagran el principio de buena fe, la autonomía privada y la libre iniciativa privada.
5. **Suficiencia.** Finalmente, la presente demanda construye los cargos a partir de una estructura argumentativa clara, fundada principalmente en las sentencias e interpretaciones de la Corte Constitucional, sin utilizar interpretaciones irrazonables, subjetivas o sin soporte argumentativo.

Es claro, entonces, que la demanda cumple todos los presupuestos para ser admitida y estudiada de fondo. De todas formas, cabe precisar que al momento de evaluar el cumplimiento de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia de esta demanda, la Corte Constitucional debe atender al principio *pro actione* que orienta el derecho político a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución. Según este principio, la exigencia de estos requisitos no puede ser en extremo rigurosa, al punto que haga nugatorio ese derecho ciudadano, pues el juez constitucional debe propender por un fallo de fondo y resolver las dudas a favor de la persona que presenta la demanda.

Así lo ha reconocido en múltiples oportunidades la jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, en la sentencia C-978 de 2010 la Corte Constitucional admitió y estudió de fondo una demanda que presentaba algunas falencias argumentativas, porque:

Estado lo siguiente: “La Sala comparte la posición de las entidades demandadas. Esto, por cuanto además de no ser cierto que el referido artículo 20 de la ley 789 de 2002 resulte incompatible con una autorización previa y vinculante de los planes, programas y proyectos de inversión para obras o servicios sociales, ya que justamente sucede todo lo contrario: los artículos 6° literal f), 9° literal d) y 10 literal a) de la ley 25 de 1981, lo mismo que el artículo 54 numeral 2° de la ley 21 de 1982, ofrecen una cobertura legal adecuada y suficiente a lo previsto por las disposiciones objeto de revisión en relación con la autorización previa y vinculante de planes, programas y proyectos de inversión para obras o servicios sociales.”

“[...] con base en el principio de *pro actione* [...] el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y que debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte. Este principio tiene en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado; en tal medida, “el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.”

Igualmente, en sentencia C-403 de 2016, la Corte Constitucional admitió una demanda en la que, al parecer, se confundían dos cargos diferentes. Sobre el examen de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia afirmó:

“[...] ha dicho la Corte que estos requisitos no pueden ser tomados en un escrutinio excesivamente riguroso, ya que se considera más provechoso proferir una decisión de fondo que inhibitoria, “[...] de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte”, para no hacer nugatoria o inoperante el derecho de interponer acciones públicas de inconstitucionalidad. Por esta razón la Corte ha concluido que, “la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo”

En suma, puede afirmarse que esta acción pública de inconstitucionalidad debe ser admitida porque cumple los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, en los términos explicados atrás. Sin embargo, en el evento que la Corte verifique alguna falencia argumentativa o en la exposición de los cargos, es viable que aplique el principio *pro actione* y propenda por emitir una sentencia que resuelva de fondo la controversia, pues de ello no solo depende el derecho a acceder a la justicia de la persona demandante, sino especialmente el libre ejercicio de sus derechos políticos.

Vigencia de las normas acusadas

Un punto que puede revestir alguna complejidad es si las disposiciones acusadas están vigentes. A continuación, brevemente, explicaremos por qué las normas aún se encuentran en el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, por qué son normas objeto de control constitucional por parte de la H. Corte.

Recordemos que las anteriores disposiciones se demandan, porque exigen que la Superintendencia de Subsidio familiar realice diversas aprobaciones de forma previa: aquellas que tienen que ver con (i) los planes y programas de inversión para obras o servicios sociales, que requieren “aprobación oficial” (de la Superintendencia) (artículo 63 de la Ley 21 de 1982), (ii) los planes y programas de

inversión y la organización de los servicios sociales, que requieren el estudio y aprobación de la Superintendencia (artículo 54, numeral 2, de la Ley 21 de 1982), y aquellas que tienen que ver con (iii) la aprobación o improbación previa de la negociación sobre todos los bienes inmuebles de las CCF (artículo 6, literal g de la Ley 25 de 1981).

Una primera interpretación acerca de la vigencia de estas disposiciones, completamente razonable, consiste en afirmar que tales normas fueron derogadas por la Ley 789 de 2002. En efecto, el parágrafo 1 del artículo 20 de esa normatividad, en donde se establece el régimen de inspección y vigilancia, señala que “el control se ejercerá por regla general de manera posterior, salvo en aquellas cajas en que la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante resolución motivada que así lo disponga”.

Esa interpretación conduciría a afirmar que esa norma incorporada en la Ley 789 de 2002, que consagra como regla general el control posterior, derogó tácitamente todas las disposiciones que previeron las aprobaciones previas por parte de la Superintendencia, tal y como ocurre con las normas que se demandan. Una segunda interpretación consiste en entender que tales disposiciones que establecen por regla general el control posterior se refieren únicamente a aquellos casos en los cuales existe una intervención por parte de la Superintendencia, pues ese es el contenido general del parágrafo⁶. Una tercera interpretación consistiría en entender que la regla general que impone el control posterior no es incompatible con las disposiciones que fijan controles previos de intervención en decisiones de las CCF, con lo cual todas las normas demandadas están vigentes. A continuación mostraremos que el Consejo de Estado ha aplicado la última interpretación mencionada.

Aplicación de las normas demandadas en una reciente sentencia del Consejo de Estado

En el presente caso la interpretación de la jurisdicción contenciosa-administrativa ha sido la última. En efecto, en una decisión del 20 de noviembre de 2014⁷, el Consejo de Estado avaló la constitucionalidad de varias disposiciones contenidas en el Decreto 2595 de 2012, bajo la consideración de que el artículo 20 de la Ley 789 de 2002 no es incompatible con la obligación de que exista una autorización previa, por parte de la Superintendencia de Subsidio, de los planes y proyectos de inversión. Para el efecto, consideró que se encontraban vigentes las disposiciones que aquí se demandan. En esa decisión el Consejo de Estado señaló lo siguiente, que por su importancia nos permitimos citar *in extenso*:

⁶ Dice el parágrafo: “**PARÁGRAFO 1o.** Las personas naturales que sean designadas por la Superintendencias de Subsidio y Salud para los procesos de intervención se entenderán vinculadas por el término en que dure su labor o por el término en que dure la designación. Se entenderá, cuando medie contrato de trabajo, como contrato a término fijo las vinculaciones antes mencionadas. Para los procesos de intervención se podrá acudir al instrumento de gestión fiduciaria a través de las entidades facultadas al efecto. El control se ejercerá por regla general de manera posterior, salvo en aquellas Cajas en que la Superintendencia de Subsidio Familiar mediante resolución motivada que así lo disponga.”

⁷ Consejo de Estado, sentencia del 20 de noviembre de 2014, Radicación núm. 11001 03 24 000 2013 00252 00. Demandante: Asocajas. Disposición demandada: Decreto 2592 de 2012.

“La Sala comparte la posición de las entidades demandadas. Esto, por cuanto además de no ser cierto que el referido artículo 20 de la ley 789 de 2002 resulte incompatible con una autorización previa y vinculante de los planes, programas y proyectos de inversión para obras o servicios sociales, ya que justamente sucede todo lo contrario: los artículos 6.º literal f), 9.º literal d) y 10 literal a) de la ley 25 de 1981, lo mismo que **el artículo 54 numeral 2 de la Ley 21 de 1982**, ofrecen una cobertura legal adecuada y suficiente a lo previsto por las disposiciones objeto de revisión en relación con la autorización previa y vinculante de planes, programas y proyectos de inversión para obras o servicios sociales.”

(...)

Destaca la Sala que de conformidad con lo previsto por el inciso 1.º del artículo 20 de la Ley 789 de 2002 “[l]as autorizaciones a las Cajas se regularán conforme los regímenes de autorización general o particular que se expidan al efecto”. En consecuencia, resulta imperioso diferenciar entre el régimen legal correspondiente a las autorizaciones generales del propio de las particulares. En este orden, se tiene que del mismo modo que la ley ha establecido reglas sobre autorizaciones generales a las cajas de compensación, como se observa por ejemplo en el artículo 1.º de la Ley 920 de 2004, también ha expedido reglas en las que se imponen autorizaciones particulares. Las expresas facultades que la Ley 25 de 1981 otorga a la SSF para intervenir de manera particular sobre la gestión de las Cajas de Compensación Familiar autorizando determinados actos, son la evidencia de lo anterior.

Ellas se hacen especialmente intensas en relación con los planes, programas y proyectos de inversión para obras o servicios sociales, cuyo régimen de autorización contempla el Decreto impugnado y desarrolla en la actualidad el Decreto 1053 de 2014 (del 5 de junio). Así, se tiene que, según el literal f) del artículo 6.º de la Ley 25 de 1981, es función del Superintendente del Subsidio Familiar “aprobar o improbar los planes y programas de inversión para obras o servicios sociales que deben presentar las entidades bajo su vigilancia, y sin cuya autorización aquellos no podrán emprenderse”. Del mismo modo dispone el literal d) del artículo 9.º de esta misma ley que es función de la División de Estudios y Control “[e]studiar y tramitar los planes de inversión y constitución de servicios sociales de las entidades vigiladas”. En la misma dirección prevé el literal a) del artículo 10 de esta normativa que es función de la Sección de Evaluación de Proyectos “[e]studiar y tramitar las solicitudes que presenten las entidades vigiladas sobre la constitución y funcionamiento de los servicios sociales”. Asimismo, prevé **el numeral 2 del artículo 54 de la Ley 21 de 1982 lo siguiente:**

Artículo 54. Son funciones de los Consejos Directivos: (...)

2.º Aprobar, en consonancia con el orden de prioridades fijadas por la presente ley, los planes y programas a que deban ceñirse las inversiones y la organización de los servicios sociales.

Los planes y programas antedichos serán sometidos al estudio y aprobación de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Se trata, como puede observarse, de distintas disposiciones legales que aluden a la necesidad de someter al estudio y aprobación de la SSF los planes, programas y proyectos de inversión para obras o servicios sociales de las Cajas de Compensación Familiar y sirven de soporte a las disposiciones demandadas” (negrita fuera de texto).

Como puede concluirse entonces, el Consejo de Estado ha dado aplicación a las disposiciones que se demandan, y, en cualquier caso, no ha considerado que sean incompatibles con lo previsto en la Ley 789 de 2002. En consecuencia, después de ese pronunciamiento no es posible interpretar que esas normas fueron derogadas expresa o tácitamente, o que el contenido normativo que prohíbe el control previo también fue derogado de manera expresa o tácita. La interpretación que surge es la siguiente: el máximo órgano de interpretación de lo Contencioso Administrativo ha considerado que siguen vigentes, y debe entenderse que tales disposiciones no han sido retiradas del ordenamiento.

Antes de entrar de fondo en la exposición de los cargos, para una mejor comprensión de estos, resulta conveniente hacer una breve explicación acerca de cuál es el contenido y el objeto del subsidio familiar. Esta explicación permitirá entender, mucho mejor, el papel de las CCF y de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

SEGUNDA PARTE

GENERALIDADES

El subsidio familiar

Una de las primeras definiciones sobre qué es el subsidio familiar fue consagrada en el artículo 1 de la Ley 21 de 1982. En esta norma se precisó que este correspondía a “una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo”. Esta prestación, de acuerdo con la misma ley, tiene por objeto contribuir con las cargas económicas de las familias en su sostenimiento.

La definición citada fue reiterada recientemente por la Corte Constitucional en la Sentencia T-623 de 2016, donde señaló que, el subsidio familiar “es una prestación social pagadera en: (i) dinero, (ii) especie y (iii) servicios a los trabajadores de menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.”

El subsidio familiar tiene una importante finalidad constitucional. Como lo señaló la Sentencia T-942 de 2014, con esta prestación económica, derivada del derecho a la seguridad social, es posible realizar una “redistribución del ingreso en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga

familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento”⁸.

De acuerdo con las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia constitucional, el subsidio familiar es una “renta parafiscal atípica” (SC-1173 de 2000 y SC-337 de 2011), impuesta no solo a un sector sino a todo un grupo socio económico (los empleadores), cuyos beneficios pueden extenderse a sujetos distintos de quienes la han pagado. En cualquier caso, la Corte reconoció que, en la administración y gestión de la prestación de los servicios asociados al subsidio familiar, este puede ser confiado a particulares⁹. Es decir: permitió el ejercicio de la libre iniciativa privada para la administración de estos recursos. Como lo ha previsto la ley y lo ha reconocido la jurisprudencia (ST-942/14), el pago del subsidio familiar está a cargo de las CCF, cuyo origen y funciones procedemos a explicar a continuación.

Las Cajas de Compensación

La historia de las CCF fue descrita con detalle por la Corte Constitucional en la Sentencia C-341 de 2007. En esa providencia se ubicó el nacimiento de las CCF en 1946¹⁰, cuando se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, entidad que tenía la tarea de organizarlas. En su origen, estas debían “atender a los subsidios familiares que algunos patronos decidan asumir en beneficios de los asegurados obligatorios” (art. 8 de la Ley 90 de 1946).

La creación de la primera CCF tuvo lugar en 1954, con 45 empresas afiliadas, y en 1957 comenzaron a delinearse los criterios para la creación de las CCF. Además, se determinó que el subsidio familiar sería una obligación para las empresas. Las CCF, como lo ha venido resaltando la jurisprudencia constitucional de tiempo atrás y ha sido brevemente mencionado, tienen como funciones principales el cumplimiento de diversas actividades de seguridad social. Una de las principales consiste en la administración y el pago del subsidio familiar (SC-575/92).

Estas entidades, como bien lo ha destacado la jurisprudencia, son organizaciones no gubernamentales; personas jurídicas de derecho privado sin fin de lucro, sometidas al control estatal (SC-041/06). Control que se justifica, porque un importante ejercicio de su actividad está relacionado con la administración de recursos de naturaleza parafiscal atípica. (SC-711/01).

La ausencia de ánimo de lucro y la conformación de estas personas jurídicas como “corporaciones” no significa que tengan reducido en forma absoluta su ámbito de autonomía, y que frente a ellas no deba respetarse el principio constitucional de

⁸ Sentencia C-508 de 1997.

⁹ “Dada la estrechez del sistema actual de seguridad social y las dificultades económicas, confió al Legislador la tarea de ampliar progresivamente la cobertura de los servicios de seguridad social, con la participación de los particulares, a todos los habitantes (CP art. 48). Así las cosas, es al Legislador a quien corresponde constitucionalmente la apreciación de las condiciones en que los servicios de seguridad social deben ser prestados de manera que se cumpla con el objetivo trazado en la Constitución.” Sentencia C-149 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ Ley 90 de 1946.

iniciativa privada. Cualquier sistema que reduzca desproporcionadamente el giro ordinario de sus negocios por parte del Estado genera una afectación de su naturaleza y afecta el cabal desarrollo de sus funciones. Este punto será explicado con suficiencia, en el apartado de los cargos contra las disposiciones acusadas.

Naturaleza y funciones de las Cajas de Compensación Familiar

Las CCF han sido entendidas como personas jurídicas de derecho privado, que no tienen ánimo de lucro, constituidas bajo la figura de las Corporaciones (Cf. art. 39 Ley 21 de 1982). La Corte Constitucional, con base en lo previsto en la citada ley, indicó que las CCF son “entes jurídicos de naturaleza especialísima” que tienen como función principal el pago del subsidio familiar” (C-655 de 2003). Sin embargo, como lo ha resaltado también la Sentencia C-341 de 2007, han expandido sus funciones a múltiples campos de la seguridad social.

Por señalar algunos, de esa sentencia pueden identificarse las siguientes funciones: (i) prestación de servicios, protección y seguridad social, (ii) inversión en los regímenes de salud, riesgos profesionales y pensiones, (iii) aseguramiento y prestación de servicios de salud, (iv) administración de recursos del régimen subsidiado, (v) participar e invertir en el sistema financiero. Adicional a estas, la Corte, en la citada sentencia, destacó otras actividades:

“De igual manera, la Ley 789 de 2002 faculta a las Cajas de Compensación Familiar a desarrollar múltiples actividades, de la más diversa naturaleza, tales como, entre otras, (i) participar, asociarse e invertir en el sistema financiero a través de bancos, cooperativas financieras, compañías de financiamiento comercial; (ii) administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta; (iii) administrar jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años; (iv) desarrollar un sistema de información de los beneficiarios de las prestaciones dentro del programa de desempleo de sus trabajadores beneficiarios y dentro del programa que se constituya para la población no beneficiaria de las Cajas de Compensación; (v) administrar directamente o a través de convenios o alianzas estratégicas el programa de microcrédito para la pequeña y mediana empresa y la microempresa; y (vi) realizar actividades de mercadeo, incluyendo la administración de farmacias.”

Debido a las especiales características de las CCF, definidas como corporaciones sin ánimo de lucro, la Corte también ha destacado que los recursos que administran no les pertenecen, son de los trabajadores. Ellos son los beneficiarios de la buena administración de tales recursos. En otras palabras: si bien son recursos de naturaleza

parafiscal atípica, no son recursos del Estado que lo habiliten para injerir en las decisiones de administración sobre estos.

Alcance de las normas demandadas

Las normas acusadas exigen a las CCF que para negociar inmuebles y realizar planes de inversión y servicios sociales deben contar con la aprobación previa de la Superintendencia de Subsidio Familiar. Ese alcance normativo se deriva directamente de los textos acusados y de la interpretación autorizada del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

El literal g (parcial) del artículo 6 de la Ley 25 de 1981 establece, entre otras cosas, que el Superintendente de Subsidio Familiar tiene la atribución de “aprobar o improbar toda clase de negociaciones de bienes inmuebles” de propiedad de las entidades sometidas a su vigilancia, como las CCF. Para eso, las CCF deben acreditar previamente ante la Superintendencia de Subsidio una justificación de la transacción, el destino de los recursos y la autorización de los órganos de administración para realizar la negociación del inmueble en cuestión¹¹.

Respecto de esta norma, en sentencia del 27 de mayo de 1982¹² la Corte Suprema de Justicia expuso que “[...] dispone la facultad de la Superintendencia de [...] aprobar o improbar las negociaciones sobre inmuebles que éstas hagan”.

El numeral 2 (parcial) del artículo 54 de la Ley 21 de 1982 prescribe que los planes y programas a que deban ceñirse las inversiones y la organización de los servicios sociales “serán sometidos al estudio y aprobación de la Superintendencia de Subsidio Familiar”. En ese sentido, las CCF deben certificar previamente ante la Superintendencia de Subsidio una descripción del proyecto a desarrollar, con la indicación de los objetivos generales y específicos, la cobertura proyectada, localización, costos y cuantía de las inversiones, entre otras cosas¹³.

¹¹ Esta atribución está regulada en el artículo 21 del Decreto 827 de 2003, compilado en el artículo 2.2.7.5.3.11. del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo (Decreto 1072 de 2015), así: “**Negociación de inmuebles.** Para efectos de la negociación de bienes inmuebles, las Cajas de Compensación Familiar, deberán acreditar ante la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces, lo siguiente: // 1. Avalúo comercial corporativo de peritos inscritos ante las lonjas de propiedad raíz. // 2. Justificación de la transacción. // 3. Informe de la destinación que se dará a los recursos, y // 4. Copia del acta del consejo directivo donde se autorice la transacción. // Una vez presentada ante la Superintendencia del Subsidio Familiar o la entidad que haga sus veces la documentación mencionada, esta tendrá un término de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha de su presentación para autorizar o improbar la respectiva negociación de bienes inmuebles”.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 27 de mayo de 1982. Acción pública de inconstitucionalidad. Radicación núm. 916. Actor: Álvaro Copete Lizarralde. Más adelante se profundizará sobre el contenido de esta sentencia. Por el momento, basta indicar que allí la Corte manifestó que el literal g (parcial) del artículo 6 de la Ley 25 de 1981 regula la facultad de la Superintendencia de Subsidio de aprobar o improbar previamente programas las negociaciones de inmuebles de las CCF.

¹³ El artículo 73 del Decreto 341 de 1988, compilado en el artículo 2.2.7.5.3.10. del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo (Decreto 1072 de 2015), dispone lo siguiente sobre esta aprobación: “**Solicitud para la aprobación de planes y programas de inversión y servicios sociales.** La solicitud para aprobación de planes y programas de inversión o de organización de servicios sociales deberá contener: // 1. Petición formal de autorización suscrita por el representante legal de la respectiva entidad. // 2. Copia del acta del Consejo Directivo en que conste la aprobación por la mayoría calificada. // 3. Certificado del Revisor Fiscal sobre origen y disponibilidad de recursos. // 4. Descripción del proyecto con indicación de

Este contenido ha sido comprobado, incluso, por la jurisprudencia autorizada. En sentencia del 20 de noviembre de 2014¹⁴, citada previamente, el Consejo de Estado interpretó que “[...] el artículo 54 numeral 2 de la Ley 21 de 1982 [y otros artículos] ofrecen una cobertura legal adecuada y suficiente [...] en relación con la autorización previa y vinculante de planes, programas y proyectos de inversión para obras o servicios sociales”.

Y el artículo 63 de la Ley 21 de 1982 dispone que “para aprobar o improbar obras y programas sociales de las Cajas de Compensación”, la Superintendencia de Subsidio debe tener en cuenta un orden de prioridades establecido en una norma precedente. Además, establece que las inversiones en obras y programas sociales que se hagan “[...] sin la debida aprobación oficial o en contravención de disposiciones legales y que no cumplan los objetivos del subsidio, deberán adecuarse, en un término prudencial, a las normas legales y reglamentarias pertinentes”, y que si eso no fuere posible “[...] se ordenará la venta de las obras realizadas”.

Sobre el contenido de esta norma, en sentencia del 19 de marzo de 1987¹⁵ la Corte Suprema de Justicia explicó que en “[...] ella se reglamenta la facultad de aprobar o improbar los programas y obras sociales y la limita a la verificación del cumplimiento del orden de prioridades que establece el artículo 62”. Vale resaltar que esta norma contiene una consecuencia negativa para aquellas inversiones en obras y programas sociales que se hagan sin previa aprobación, que puede llegar hasta la venta forzosa de las obras realizadas¹⁶.

En conclusión, es claro que las normas acusadas obligan directamente a las CCF a solicitar aprobación previa a la Superintendencia de Subsidio para negociar inmuebles y realizar planes de inversión y de organización de servicios sociales, bajo ciertas condiciones. Ese alcance de las normas acusadas, de hecho, ha sido pacífico en la jurisprudencia autorizada del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

TERCERA PARTE

CARGOS

PRIMER CARGO

objetivos generales y específicos, cobertura proyectada, localización, costos, cuantía de las inversiones y programación de las mismas. // 5. Evaluación social del proyecto. // 6. Cuando se trate de adquisición de bienes inmuebles se requerirá avalúo comercial practicado por perito inscrito en entidad oficial”.

¹⁴ Consejo de Estado, sentencia del 20 de noviembre de 2014, Radicación núm. 11001 03 24 000 2013 00252 00. Demandante: Asocajas. Disposición demandada: Decreto 2592 de 2012.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 19 de marzo de 1987. Acción pública de inconstitucionalidad. Radicación núm. 1530. Actor: Álvaro Copete Lizarralde. Más adelante se profundizará sobre el contenido de esta sentencia. Por el momento, basta indicar que allí se reconoció que el artículo 63 de la Ley 21 de 1982 hace referencia a la facultad de aprobar o improbar programas y obras sociales de las CCF.

¹⁶ El régimen de autorizaciones para planes, programas y proyectos de inversión en obras o servicios sociales está regulado, igualmente, en la sección 3, capítulo 5, título 7 del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo (Decreto 1072 de 2015).

LA FUNCIÓN DE APROBACIÓN O IMPROBACIÓN PREVIA DESBORDA LA FACULTAD CONSTITUCIONAL DE INSPECCION Y VIGILANCIA.

Violación de los artículos 115 y 189.26 de la Constitución

El artículo 6 literal g (parcial), de la Ley 25 de 1981, el artículo 54, numeral 2 (parcial) y el artículo 63 de la Ley 21 de 1982 violan los artículos 115 y 189.26 de la Constitución.

Las normas demandadas facultan a la Superintendencia de Subsidio Familiar para aprobar e improbar previamente la negociación de inmuebles y los planes de inversión y servicios sociales de las CCF. No obstante, los artículos 115 y 189.26 de la Constitución Política solo otorgan facultades al Presidente para ejercer las funciones de “inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común”, mediante las superintendencias por delegación.

Las funciones constitucionales de “inspección y vigilancia” no conceden a las superintendencias la posibilidad de aprobar o improbar previamente asuntos relativos a la negociación de inmuebles y planes de inversión de las entidades sometidas a sus funciones, porque dichas autoridades no tienen competencia para interferir en las decisiones administrativas de sus vigiladas a manera de cogestión, ni para evaluar posteriormente la legalidad de actos en cuya producción participan de manera directa. Por esta razón, las normas acusadas son inconstitucionales en tanto desbordan el marco del concepto de “inspección y vigilancia” contenido en las normas superiores.

Las funciones de inspección y vigilancia – y excepcionalmente de control-

El **artículo 115 de la Constitución Política** prescribe que el Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, y que las superintendencias forman parte de la Rama Ejecutiva.

En este sentido, como lo precisó desde sus inicios la jurisprudencia constitucional, los Superintendentes son delegados o agentes del Presidente (SC-216/94) para ejercer en su nombre las funciones de inspección y vigilancia, y si es del caso, las de control. Como bien lo señala la Corte, a través de las Superintendencias se ejerce “el control administrativo interno o función de policía administrativa”, que consiste en que estas, por delegación, “cumplen algunas funciones que corresponden al Presidente como suprema autoridad administrativa (básicamente de vigilancia y control administrativo)” (SC-655 de 2003)

Esa naturaleza especial de las Superintendencias ha sido reiterada en muchas sentencias de la Corte y en relación con distintos tipos de Superintendencias. Por ejemplo, en la Sentencia C-921 de 2001, la Corte reiteró la Sentencia C-233 de 1997, en la que precisó que las Superintendencias “tienen un incuestionable fundamento constitucional y, fuera de otras tareas que les confíe la ley, ejercen ciertas funciones asignadas al Presidente de la República, dentro de las que se cuentan las relativas a

la inspección, vigilancia y control sobre las entidades dedicadas a las actividades referidas en el numeral 24 del artículo 189 superior, así como sobre las cooperativas y sociedades mercantiles, conforme a la misma norma.”

Con base en lo anterior, de forma general, la Sentencia C-921 de 2001 estableció: “Las funciones de inspección y vigilancia asignadas al Presidente de la República se ejecuten por medio de organismos de carácter administrativo como las Superintendencias, no infringe el ordenamiento superior pues, como lo ha expresado la Corte, es imposible que dicho funcionario pueda realizar directa y personalmente todas y cada una de las funciones que el constituyente le ha encomendado, de manera que bien puede la ley delegar algunas de sus atribuciones en otras entidades administrativas, siempre y cuando no se trate de funciones que, según la Constitución, no puedan ser objeto de delegación”.

Este criterio se ha mantenido constante en la jurisprudencia constitucional, de forma tal que, por ejemplo, en la Sentencia C-145 de 2009, la Corte indicó que “a través de las Superintendencias el Gobierno desarrolla la función constitucional de ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control, para el caso sobre las personas que realicen las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, al igual que sobre cooperativas y sociedades mercantiles (art. 189-24 Const.).”

Es claro, entonces, que el Presidente de la República es Suprema Autoridad Administrativa y puede ejercer sus facultades de inspección y vigilancia – y en algunos casos de control- mediante las superintendencias, las cuales hacen parte de la Rama Ejecutiva.

El **artículo 189.26 de la Constitución Política**, por su parte, consagra que una de las competencias que el Presidente puede delegar a las superintendencias es el ejercicio de “la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”.

Otras disposiciones constitucionales también dan esa potestad de inspección y vigilancia, y, en ciertos y precisos casos, de control.

Por ejemplo, en el numeral 21 de ese artículo superior, la Constitución establece que corresponde al Presidente “Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley”; en el numeral 22 consagra que también deberá “ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos”. En el numeral 24, establece que ejercerá “la inspección y vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público”. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

Esas funciones de inspección y vigilancia, y en algunos casos de control, son ejercidas por el Presidente de la República a través de las Superintendencias. Estas son, como lo señaló la Sentencia C-655 de 2003, “organismos creados por la ley,

que por delegación cumplen algunas funciones que corresponden al Presidente como suprema autoridad administrativa (básicamente de vigilancia y control administrativo)". Excepcionalmente las Superintendencias pueden cumplir otras funciones, pero esta circunstancia ocurre cuando expresamente existe una habilitación constitucional para hacerlo, tal y como ocurre con las facultades jurisdiccionales que pueden delegarseles (SC 415/02).

Específicamente, al hablar de la Superintendencia de Comercio, la Corte señaló que, "el Estado puede intervenir en la economía generando vigilancias y controles a las corporaciones, federaciones y confederaciones de empresarios, las cuales justamente ejerce a través del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y de la Superintendencia de Industria y Comercio como entidad que tiene a su cargo la vigilancia y el control específico de las Cámaras de Comercio. De allí que la administración, previa habilitación legal que garantice el debido proceso, puede imponer las sanciones necesarias a los particulares que vigila frente a sus obligaciones incumplidas." (SC-135/16)

En la Sentencia C-452 de 2003, la Corte Constitucional insistió en que las Superintendencias "son órganos o entidades públicas de creación legal, que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional y cumplen las funciones de inspección, vigilancia y control que les asigne la ley o les delegue el Presidente de la República. Su régimen jurídico está señalado en la Constitución y en la ley."

Y las definiciones conceptuales que la Corte utilizó para referirse al alcance de la expresión "inspección, vigilancia y control" utilizadas en el caso de las CAR, son idénticas a las que aplica también para el caso de las Superintendencias. Por ejemplo, en la Sentencia C-782 de 2007, en la que la Corte analizó una norma que desarrolla el servicio de educación, que reguló aspectos relacionados con su inspección y vigilancia, expresamente destacó, en relación con estas nociones, lo siguiente:

"Inspección y vigilancia no significa más que **verificar** que el sujeto, entidad u órgano controlado en relación con determinadas materias [o] ámbitos jurídicos se ajuste a la ley, y es el legislador quien dicta las normas generales que sirven de fundamento jurídico para el ejercicio de dicho control. En este sentido, el Gobierno Nacional puede inspeccionar y vigilar, pero el Gobierno no puede dictar las normas, criterios o parámetros generales a partir de los cuales se debe llevar a cabo la inspección y vigilancia, máxime cuando, como se ha insistido, se trata de materias sujetas a la reserva de ley. Lo que hace el Gobierno, cuando se trata de vigilar e inspeccionar, tiene que ver con la toma y adopción de medidas correctivas y coercitivas con el fin de lograr que unos determinados sujetos en una determinada materia cumplan la ley." (subrayado y negrita fuera de texto)

Por esta razón, y con base en esa definición, la Corte concluye en esa sentencia diciendo lo siguiente:

"La inspección y vigilancia no implica, de un lado, modificación del sujeto controlado, ya que lo que se busca es que éste se acomode a la ley", y luego

agregó: “[e]n síntesis, inspección y vigilancia no significa más que verificar que el sujeto, entidad u órgano controlado en relación con determinadas materias u ámbitos jurídicos se ajuste a la ley”.

De igual forma, en la Sentencia C-607 de 2012, para referirse a las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Salud, la Corte dijo:

“Las funciones de inspección, vigilancia y control consisten en (i) el seguimiento, monitoreo y evaluación del SGSSS, (ii) la formulación de recomendaciones para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender por que las entidades del sistema cumplan con sus deberes y funciones y, finalmente, (iii) la toma de decisiones correctivas y la imposición de sanciones por incumplimiento por acción u omisión, entre otros.”

Además, la Corte ha insistido en que la función de inspección, vigilancia y control, debe diseñarse de forma tal que no se afecte la autonomía de las entidades objeto de vigilancia, sin perjuicio de la protección de los derechos fundamentales de los involucrados (SC-758/02). En este punto ha señalado que las Superintendencias eventualmente pueden tener funciones de control anticipado, pero que estas – armonizadas con el concepto de inspección, vigilancia y control– se refieren solamente a advertencias:

“Los mecanismos de control interno se complementan con los controles previos de los que dispone la propia Administración, por conducto de las Superintendencias, en ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control sobre ciertas actividades, como la salud, los servicios públicos, entre otras. En ejercicio de sus competencias, tales entidades se encuentran facultadas para formular advertencias allí donde se constaten actuaciones que puedan comprometer la adecuada realización de estas actividades y la adecuada gestión de recursos públicos que a ellas se destinan.” (C-103 de 2015)

En síntesis, el artículo 189.26 de la Constitución Política posibilita que se ejerza mediante las superintendencias “la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común”. En ningún caso las facultades de inspección y vigilancia, y ni siquiera las de control, se entienden como la posibilidad para que éstas puedan tener injerencias en las decisiones que debe tomar una entidad. Si bien la jurisprudencia ha hablado en algún momento de actos de habilitación por parte de algunas Superintendencias, lo ha hecho para referirse -especialmente- a aquel control de advertencia, nunca a una permisión para aprobar previamente materias propias de los órganos administrativos de las entidades controladas, como negociación de inmuebles y planes de inversión.

La noción de inspección y vigilancia en la jurisprudencia constitucional. El caso de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR)

El alcance de qué se entiende por inspección, vigilancia y control, ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional a partir de lo establecido en la Carta. Los casos más relevantes para identificar su contenido

conceptual se encuentran en aquellas decisiones relacionadas con las Corporaciones Autónomas Regionales que, en sus propios ámbitos de competencia, también ejercen esas facultades. Por ejemplo, en la Sentencia C-570 de 2012, esa corporación señaló lo siguiente:

“Las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones. Como se puede apreciar, la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control.”

Como se observa, en ningún caso las nociones de inspección, vigilancia y control, tal y como las ha definido la Corte a partir de su labor de interpretación de la Constitución, implican funciones de aprobación o improbación previa de asuntos propios del giro ordinario de los negocios de las entidades sometidas a las funciones de las superintendencias o corporaciones autónomas.

La inspección y vigilancia se refieren al seguimiento de las actuaciones de las entidades, e incluso la función de control, que es la que permite tener una mayor injerencia en las entidades, significa un poder de revertir las decisiones. Sin embargo, ninguna de estas potestades implica una facultad para aprobar o improbar previamente las decisiones que deben tomar los órganos de administración de una sociedad en cumplimiento de su objeto, a manera de coestión o coadministración. De hecho, en esa misma decisión, la Corte precisó que “las funciones de inspección y vigilancia no otorgan poder a quien las ejerce, para modificar las decisiones de la autoridad sujeta a dichos controles”.

Las facultades de ‘inspección y vigilancia’ en el marco del principio de imparcialidad

El principal motivo por el cual las facultades constitucionales de inspección y vigilancia no contienen las funciones de aprobación o improbación previa de negociación de inmuebles e inversiones es el respeto a la autonomía de administración. Pero además, una correcta interpretación de las competencias de las superintendencias para ejercer las funciones de inspección y vigilancia debe tener presente los límites que impone el principio de imparcialidad. Con fundamento en ese principio, las superintendencias no pueden ejercer sus funciones sobre actos en cuya producción participaron.

El derecho al debido proceso administrativo – que se consagra directamente en el artículo 29 superior y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos¹⁷ - contiene la garantía de imparcialidad, que no es otra cosa que la garantía de que los asuntos sometidos a las funciones de alguna autoridad administrativa no revistan interés directo o indirecto para la misma¹⁸.

Sobre la noción de imparcialidad general, la Corte ha definido que es aquella que “exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto”. La imparcialidad consiste en que el juzgador “no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer” (Sentencia C-762 de 2009). Destacó sobre la noción de imparcialidad lo siguiente:

“Se encuentra asegurada desde su dimensión **subjetiva** con ‘la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto’. Con todo, junto a ella, se debe asegurar la **imparcialidad objetiva**, esto es, sin contacto anterior con el *thema decidendi*, ‘de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto’ ”. No se pone con ella en duda la ‘rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción’ sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelante una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea este mismo quien lo juzgue”.

De igual forma, en el auto A-345a de 2016, la Corte expreso:

“En cuanto al concepto de imparcialidad, la Corte ha explicado que ‘se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial”.

“Dentro de este contexto, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad una dimensión subjetiva y otra objetiva. La

¹⁷ Señala expresamente la Carta que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.”

¹⁸ Sobre la imparcialidad como contenido del derecho al debido proceso administrativo pueden verse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-762 de 2009, C-012 de 2013 y C-032 de 2017. En esta última se dijo: “La Corte ha considerado que el debido proceso tiene como caracteres básicos los siguientes: se trata de un derecho de rango constitucional; involucra las características propias del debido proceso general; existe y es operativo no sólo para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación responde por la integridad de las garantías procesales y por la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, **imparcialidad** y publicidad); tiene entre sus componentes fundamentales los principios de publicidad y celeridad de la función administrativa; y determina que las actuaciones administrativas se rijan por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la concurrencia de procedimientos administrativos especiales”

primera, busca erradicar cualquier posibilidad de inclinación intencional o inconsciente del juez para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate. La segunda no pone en duda la rectitud de los jueces, sin embargo, evita, por ejemplo, que un juez que anteriormente se pronunció sobre el asunto sea quien adopte una decisión acerca del mismo.”

Todos los anteriores pronunciamientos los ha realizado la Corte para explicar el principio de imparcialidad de forma general y con un énfasis para el caso de los procesos judiciales. Estos criterios jurisprudenciales son plenamente aplicables a los procesos administrativos, sancionadores o no, tal como lo reiteró la Sentencia C-762 de 2009 y C-450 de 2015. Como lo dijo la Corte, “la imparcialidad representa, pues, el principio más depurado de la independencia y la autonomía judiciales o de quien, conforme la Constitución y la ley, le ha sido reconocido un poder de juzgar a otros individuos, pues no sólo lo hace independiente frente a los poderes públicos, sino también, frente a sí mismo.”

Igualmente en el auto A-188A de 2005, la Corte señaló que “se trata de la fórmula con que se recoge la tradición jurídica de la humanidad, desde la cual se ha considerado universalmente como forma de resolver conflictos ‘la intervención de un tercero, ajeno al conflicto’; pero también se trata de que –aunque con algunas excepciones– los conflictos se resuelvan a través de la manera ofrecida por el Estado, ‘esto es, mediante la implementación de un proceso adelantado por un juez y con la potestad de hacer cumplir la solución que se impartió al conflicto’ ”.

En esta última decisión la Corte fue enfática en advertir que la noción de imparcialidad es completamente extrapolable al procedimiento administrativo. En este sentido, es exigible desde un punto de vista constitucional, que quienes adelantan estos procesos garanticen la imparcialidad. En este caso se vulnera la imparcialidad, cuando se es juez y parte en un mismo proceso. Por esta razón, en la Sentencia C-762 de 2009 y C-450 de 2015, la corte dijo lo siguiente: “Estas consideraciones, es evidente, son perfectamente extrapolables a la noción de imparcialidad que debe animar el ejercicio del poder disciplinario, en donde también resulta indispensable evitar que el juzgador sea ‘juez y parte’, así como que sea ‘juez de la propia causa’”.

De igual forma, en la Sentencia C-095 de 2003, la Corte explicó:

“Precisamente, los artículos 209, 228 y 230 de la Constitución Política contemplan como característica de la propia esencia y sustantividad de la administración de justicia y, en general, de la función pública, la sujeción en la adopción de sus decisiones al principio de imparcialidad. En este orden de ideas, (...) cualquier decisión judicial o administrativa, es la concreción de un orden normativo abstracto a una situación particular y específica, lo que impone que el juez o servidor público, sea que actúe en primera o segunda instancia, intervenga con la más absoluta imparcialidad, despojado de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico, ya sea por haber emitido concepto previo sobre el asunto sometido a su consideración, o por la presencia de alguna de las causales de impedimento

previstas en la ley, como la existencia de vínculos de parentesco o amistad íntima con una de las partes, o de un marcado interés personal en la decisión, etc.

“En esta medida, la legitimidad de la decisión judicial o administrativa, descansa en la imparcialidad del órgano encargado de aplicar la ley, lo que significa que dicha garantía se convierte en el atributo que por excelencia debe tener un servidor público para que pueda considerarse como juez en un Estado de Derecho. Lo contrario es propio de los regímenes despóticos y arbitrarios, en donde no impera el reino de las leyes sino el dominio de los príncipes representados en las sociedades modernas por servidores públicos prepotentes que sólo siguen los dictados de su voluntad o capricho”.

Más recientemente, en la Sentencia T-445 de 2015, se pronunció sobre la imparcialidad, de la siguiente manera:

“Este Tribunal dentro de la Sentencia C-089 de 2011, ahondó en algunas características del derecho fundamental al debido proceso administrativo, distinguiendo su proyección y alcance en los momentos previos y posteriores de toda actuación:

“Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contencioso administrativa.”

Las nociones de inspección y vigilancia, entonces, no contienen la facultad de aprobar previamente asuntos del giro ordinario de los negocios de las vigiladas, no solo para respetar su autonomía, sino especialmente con el fin de que las superintendencias ejerzan sus competencias con apego al principio de imparcialidad.

El principio de imparcialidad administrativa exige que las competencias de las autoridades se ejerzan sin que medien intereses directos o indirectos, para irradiar confianza en la comunidad de que las decisiones están desprovistas de cualquier compromiso o atadura que desvíe el correcto ejercicio de las funciones. Se rompe ese principio, por ejemplo, cuando una autoridad participa en la producción de un acto que luego debe investigar, pues se crea en ella un interés directo y un motivo de duda sobre el correcto sentido de su decisión.

Por eso si una superintendencia aprueba previamente determinada acción, esta luego no puede ser objeto de estudio por la misma autoridad en ejercicio de las funciones

de inspección y vigilancia, toda vez que concurre un interés directo en tanto estaría evaluando si un acto que ella misma aprobó se ajusta al ordenamiento jurídico.

Así, es correcto interpretar que las nociones de inspección y vigilancia no entregan a las superintendencias la facultad de aprobar o improbar previamente asuntos propios de los órganos de administración de sus vigiladas, por respeto a la autonomía y el principio de imparcialidad.

Inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas por no ajustarse a la función de inspección, vigilancia y control que corresponde a las Superintendencias

Las funciones constitucionales del Presidente de la República de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común (como las CCF), contenidas en los artículos 115 y 189.26 de la Constitución Política, no contienen la facultad de aprobar o improbar previamente la negociación de inmuebles y los planes de inversión en obras y servicios sociales, como lo disponen las normas demandadas.

La jurisprudencia constitucional autorizada ha delimitado las competencias de inspección y vigilancia a advertencias, señalamientos o correcciones, pero no a aprobaciones e improbaciones previas de asuntos en los que los órganos de administración ejercen sus funciones autónomamente, como la negociación de inmuebles y la determinación de planes de inversión. Y esto es así porque la inspección y vigilancia no conllevan a la interferencia previa en las actividades de las vigiladas a manera de cogestión o coadministración, y no se ajusta al principio de imparcialidad que las superintendencias evalúen posteriormente la legalidad de actos en cuya producción tuvo injerencia.

Debido a la especial naturaleza de los recursos que administran las CCF, la Ley 25 de 1981 creó la Superintendencia de Subsidio Familiar, para “ejercer la inspección y vigilancia” de estas, lo cual implicó, entre otras cosas, la posibilidad de verificar que su constitución y funcionamiento se realice conforme a lo dispuesto en la ley (art. 3, Ley 25 de 1981). Obsérvese que en sentido estricto, la función de control ni siquiera fue prevista por el constituyente para estos eventos. En el caso específico de la Superintendencia de Subsidio Familiar las facultades de inspección y vigilancia –no de control– se derivan especialmente del artículo 189.26 Superior¹⁹.

Estas facultades, que ejercen por delegación presidencial, significan la posibilidad de la Superintendencia para que, de conformidad con lo establecido en la ley, pueda hacer seguimiento, monitoreo o evaluación (en los casos de inspección), recomiende, advierta, prevenga, oriente, asista y conmine al cumplimiento de los deberes de las entidades que son objeto de sus actuaciones (en los casos de vigilancia). Incluso, si tuviera las funciones de control –que de acuerdo con una interpretación del artículo 189.26 no serían funciones de la superintendencia de subsidio familiar– este debería reducirse al señalamiento de advertencias correctivas, o a la imposición de sanciones por violaciones a la ley.

¹⁹ Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.

Es evidente que en ningún caso las funciones de inspección, vigilancia y control, como puede inferirse de la jurisprudencia constitucional, significan la posibilidad de que la Constitución habilite la facultad para aprobar o improbar previamente la negociación de inmuebles, o planes y programas de inversión en obras o servicios sociales. Pero además, esto es así, porque tales competencias no facultan la interferencia en las actividades de gestión de las vigiladas, y no se ajusta al principio de imparcialidad que las superintendencias evalúen posteriormente la legalidad de actos en cuya producción tuvo injerencia

Autonomía de las vigiladas. En efecto, las funciones de administración de una entidad privada son autónomas, por lo que sus órganos tienen plena libertad para realizar labores de disposición y manejo de sus bienes e intereses, relativos a inversiones de sus activos. Así lo entendió la Corte, por ejemplo, cuando se refirió a los administradores de las sociedades comerciales (Sentencia C-384 de 2008). Allí indico que, “del catálogo de facultades y deberes de los administradores se infiere que la naturaleza de la vinculación jurídica que se establece entre la sociedad y sus administradores comporta un amplio poder de disposición y manejo sobre los bienes e intereses de la sociedad, que genera a su vez una especial relación de confianza que ha sido destacada por la jurisprudencia de esta Corporación.”

Tampoco existe una facultad constitucional del Presidente que lo habilite para tener una injerencia previa, directa o indirecta, en las decisiones que debe tomar una sociedad o una institución, sobre la forma como se ejecuta su objeto social, o sobre la disposición que haga de sus bienes. Cualquier incidencia en el curso de acción de una entidad, o impedir que realice determinada actuación o ejecute una de sus decisiones para el desarrollo de su objeto es coadministrarla. Y la Constitución no permite que quien inspecciona o vigila coadministre.

En la Sentencia C-189 de 1998, la Corte Constitucional dijo: “En otros términos: en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediamente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.” De igual forma lo destacó la Corte, cuando en la citada Sentencia C-103 de 2015, afirmó lo siguiente:

“Fue clara la intención del constituyente de evitar la interferencia de los organismos de control fiscal en la actividad administrativa de las entidades sometidas a control. En tal sentido, en uno de los informes de ponencia sobre la estructura del Estado se advertía que:

“(E)n ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediamente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de

cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito. Por ello, y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan una determinación tajante entre la capacidad ordenadora del gasto y la competencia supervisora del mismo.

(...)

los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera pueden llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediamente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.”

Las competencias constitucionales de inspección y vigilancia de la Superintendencia de Subsidio sobre las CCF no incluyen la posibilidad de aprobar previamente asuntos propios de los órganos sociales de las vigiladas, porque la Constitución reconoce que las entidades cuentan con plena autonomía para determinar el destino de sus activos en desarrollo de su objeto social y es preciso evitar escenarios de cogestión y coadministración.

No obstante, las normas demandadas le otorgan poder de decisión previo a la Superintendencia de Subsidio sobre asuntos propios de los órganos de administración. Dichas normas establecen que las CCF pueden negociar los inmuebles de su propiedad y llevar a cabo los planes de inversión en obras y servicios sociales, solo si antes cuentan con la aprobación de la Superintendencia. La facultad de aprobar o improbar previamente dichas actuaciones incide de manera directa en las determinaciones de los órganos de administración de las CCF, a manera de cogestión, pues solo aparecen viables si la Superintendencia les entrega su visto bueno. En este sentido es que se desbordan las facultades de inspección y vigilancia.

Respeto al principio de imparcialidad. De otra parte, las nociones de inspección y vigilancia, contenidas en los artículos 115 y 189.26 de la Constitución Política, no facultan a la Superintendencia de Subsidio para aprobar o improbar previamente la negociación de inmuebles o planes de inversión para obras o servicios sociales por respeto al principio de imparcialidad.

El principio de imparcialidad enseña que las autoridades públicas deben ejercer sus funciones desprovistas de intereses directos o indirectos, para otorgar legitimidad a sus decisiones e irradiar confianza en los asociados. Esto aplica, por supuesto, tanto a las autoridades judiciales como administrativas que tienen como función verificar que las actuaciones de los administrados se ajusten al ordenamiento jurídico.

La Superintendencia de Subsidio tiene amplias funciones de inspección y vigilancia sobre las CCF, en donde le es posible imponer sanciones administrativas, incluso la extinción de la persona jurídica. Entre muchas otras funciones, puede (i) adelantar

investigaciones que tienen la virtualidad de culminar en la suspensión de la personería jurídica de las CCF (art. 2.2 Dcto. 2595/12); (ii) ordenar que se suspendan prácticas ilegales o no autorizadas (art. 2.6 Dcto. 2595/12); (iii) practicar visitas de inspección, pruebas y adelantar investigaciones para verificar el manejo de los negocios de las CCF (art. 2.13 Dcto. 2595/12); (iv) imponer multas (art. 2.16 Dcto. 2595/12); (v) imponer sanciones por violaciones legales, reglamentarias o estatutarias (art. 2.17 Dcto 2595/12 y art. 21 de la Ley 789 de 2002) y liquidar (art. 17 Ley 789 de 2002) e intervenir las CCF (art. 2.23 Dcto. 2595/12).

Para interpretar el marco de competencias de inspección y vigilancia de la Superintendencia de Subsidio, es necesario comprender los límites que impone el principio de imparcialidad. Por ejemplo, en virtud de ese principio, no cabría dentro de ese marco competencial aquellas funciones que agregan una dosis de parcialidad al ejercicio de sus funciones.

Y justamente eso es lo que hacen las normas demandadas: agregan la posibilidad de que la Superintendencia de Subsidio ejerza sus funciones sin observar que tiene intereses directos en el direccionamiento de las mismas.

Según las normas acusadas, la Superintendencia de Subsidio debe ejercer su función de inspección y vigilancia sobre actos en cuya producción participó activamente. Las normas demandadas facultan a la Superintendencia de Subsidio para que apruebe de forma previa aspectos relacionados con (i) planes y programas de inversión para obras o servicios sociales,²⁰ y (ii) la negociación de los bienes inmuebles de las CCF²¹. Sobre esas actividades de aprobar los planes y programas y sobre negociar bienes, la Superintendencia tiene también la facultad para imponer sanciones cuando constate que existieron irregularidades. La cuestión que surge es que esas irregularidades pudieron ser cometidas por la misma Superintendencia al momento de dar esas aprobaciones, con lo cual se ve comprometida la imparcialidad de la investigación de esos casos y las posteriores sanciones. En efecto, el sujeto de la investigación y la sanción deberá ser la misma Superintendencia que participó en la decisión sobre los planes y programas de inversión, y en la negociación de inmuebles.

Esa dosis de parcialidad que las normas demandadas le agregan al ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Subsidio hace que se desborden las competencias constitucionales de inspección y vigilancia.

Como se dijo, el marco las facultades de inspección y vigilancia está delimitado por el principio de imparcialidad, que garantiza que las determinaciones de la administración estén desprovistas de intereses directos o indirectos. Al exigir las normas demandadas que la Superintendencia de Subsidio desarrolle esas funciones sobre actos en cuya producción participó activamente (autorizándolos), se le obliga a que defina la adecuación de sus propias determinaciones al ordenamiento jurídico. Esa actuación rompe el límite que el principio de imparcialidad le impone a las nociones de inspección y vigilancia, porque permite que la Superintendencia ejerza

²⁰ Artículos 54.2 y 63 de la Ley 21 de 1982.

²¹ Artículo 6, literal g de la Ley 25 de 1981.

sus facultades sobre actos en los que tiene un interés directo, y despoja las decisiones de legitimidad y confianza.

En síntesis, las funciones constitucionales de inspección y vigilancia que ejercen la Superintendencia de Subsidio sobre instituciones de utilidad común (como las CCF), integradas en los artículos 115 y 189.26 de la Constitución Política, no contienen la facultad de aprobar o improbar previamente la negociación de inmuebles y los planes de inversión en obras y servicios sociales, como lo disponen las normas demandadas. Esas facultades desbordan notoriamente las nociones de inspección y vigilancia, por cuanto permiten que la Superintendencia interfiera en las decisiones administrativas de sus vigiladas a manera de cogestión, y que evalúen posteriormente la legalidad de actos en cuya producción participan de manera directa. Por esta razón, las normas acusadas desbordan el marco del concepto de “inspección y vigilancia” contenido en las normas superiores y, en ese sentido, son inconstitucionales.

III. SEGUNDO CARGO

AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y DE LA AUTONOMÍA DE LAS ORGANIZACIONES PRIVADAS

Violación de los artículos 83, 333 y 334 de la Constitución

Los artículos 6 literal g (parcial), de la Ley 25 de 1981, el artículo 54, numeral 2 (parcial) y 63 de la Ley 21 de 1982 violan los artículos 83, 333 y 334 de la Constitución, que contienen la presunción de buena fe y el derecho al libre ejercicio de la iniciativa privada.

El sistema de aprobaciones previas de las normas acusadas interfiere injustificadamente con la presunción de buena fe y el libre ejercicio de la iniciativa privada. Ese sistema no supera un test de proporcionalidad, pues ni siquiera logra demostrar que es idóneo para cumplir un fin constitucionalmente legítimo.

Las Cajas de Compensación son organizaciones de carácter privado que tienen como finalidad la prestación de servicios de seguridad social a los trabajadores. En el ejercicio de esas actuaciones, las CCF actúan bajo los criterios de iniciativa privada, consagrados en los artículos 333 y 334 constitucionales, y amparados bajo el principio de buena fe consagrado constitucionalmente en el artículo 83 de la Carta. Veamos a continuación cada uno de estos puntos.

La libre iniciativa privada

La iniciativa privada tiene una fuente constitucional directa en los artículos 333 y 334 superiores, y una íntima relación con el derecho a la libertad de empresa. Este derecho impone prohibiciones, para que por ejemplo, el Estado exija permisos previos y sin autorización legal. La iniciativa privada también implica el ejercicio de la libre competencia, y obliga al Estado a “impedir la obstrucción de la libertad económica y evitar el abuso de la posición dominante” (SC-077 de 2017).

La jurisprudencia también ha destacado que la iniciativa privada no es un derecho absoluto. Debe interpretarse en el margen del bien común, y, por tanto, bajo ciertas y precisas circunstancias es posible que exista una intervención por parte del Estado a fin de garantizar el interés colectivo (C-178/16, C-620/2012). Como se desprende de la jurisprudencia constitucional, “el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia”²². Todo lo anterior, bajo el entendido que “dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta.”²³

Esto quiere decir que la intervención del Estado debe ser proporcionada, a fin de no limitar irrazonablemente el derecho a la libertad de empresa y la iniciativa privada (C-981/10, 352/09). En otras palabras, dado que el exceso en que incurre el legislador no puede determinarse en abstracto, y es necesario un ejercicio argumentativo en el que cada uno de los derechos y principios sea tenido en cuenta, es a través del test de proporcionalidad como podrá establecerse si una injerencia se ajusta o no a la Constitución. A través de este mecanismo, como lo ha dicho insistentemente la Corte, puede obtenerse una claridad analítica y argumentativa para la protección de los derechos (SC-093 de 2001).

Aplicación del test de proporcionalidad para verificar afectaciones a la iniciativa privada

Por citar algunos casos, en la Sentencia C-615 de 2002, la Corte consideró inexecutable ciertas injerencias del Estado en la iniciativa privada, porque afectaba la libertad de empresa. Al respecto, la Corte insistió en la necesidad de acudir a un test completo de proporcionalidad, y retiró del ordenamiento aquellas disposiciones que irrazonablemente afectaban a los privados. Sobre el punto dijo lo siguiente:

“Más allá de esta tensión entre el interés público y el privado, es preciso recordar que la libertad de empresa es reconocida a los particulares por motivos de interés público. Al margen de lo que las distintas escuelas económicas pregonan sobre la incidencia de la competencia libre en la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, lo cierto es que la Carta, como se dijo, admite que la empresa es motor de desarrollo. Por ello, a la hora de evaluar la tensión entre el interés público y el privado presente en las normas de intervención económica, el juez constitucional debe acudir a criterios de proporcionalidad y razonabilidad que, dando prevalencia al interés general y la vigencia del principio de solidaridad, no desconozcan el núcleo esencial de las libertades económicas, cuyo reconocimiento, en últimas, también se establece por motivos de interés colectivo.

...

²² Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

²³ Ibíd.

De esta manera, si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general. Al respecto, ha indicado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía;²⁴ iv) debe obedecer al principio de solidaridad²⁵; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad²⁶.

...

No obstante, el artículo acusado, en los apartes concretamente demandados no supera un examen de proporcionalidad de la medida adoptada. La proporcionalidad o ponderación de una norma que introduce límites a derechos constitucionales consiste en que el sacrificio que produce en los mencionados derechos, en aras de la obtención de un fin legítimo, no sea superior al beneficio conseguido. Este paso del escrutinio que debe adelantar el juez constitucional se orienta entonces a “evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional.”²⁷

El sistema de aprobaciones previas contenido en las normas demandadas no supera un juicio de adecuación o idoneidad

Las disposiciones acusadas realizan una injerencia intensa en el derecho a la libertad de empresa y la iniciativa privada, que no es proporcionada. Además, por esta vía afecta otro principio constitucional importante como es el de la buena fe.

Como se ha explicado a lo largo de esta demanda, las normas acusadas exigen aprobaciones previas por parte de la Superintendencia de Subsidio Familiar, de (i) los planes y programas de inversión adelantados por las CCF para obras o servicios sociales que requieren “aprobación oficial” de la Superintendencia²⁸, (ii) los planes

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶ Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁷ Sentencia C-448 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre este tema también pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997 y C-741 de 1999.

²⁸ Artículo 63 de la Ley 21 de 1982. Especialmente el párrafo establece que “Las inversiones en obras y programas sociales y las que se hagan con los recursos destinados a atender gastos de instalación,

y programas de inversión y la organización de los servicios sociales de las CCF, que requieren el estudio y aprobación de la Superintendencia²⁹, y, (iii) la aprobación o improbación previa de la negociación que realicen las CCF sobre todos sus bienes inmuebles³⁰.

Puede decirse que el sistema de aprobaciones previas descrito tiene por objeto un fin constitucionalmente valioso: la protección de los recursos de naturaleza parafiscal de los trabajadores. Sin embargo, la protección de esos recursos no se logra a través del ejercicio de aprobaciones previas sobre asuntos propios de las vigiladas. Se consigue a través de sistemas sólidos de inspección y vigilancia.

Las normas demandadas imponen un sistema de aprobaciones previas como reflejo de la desconfianza del Estado en los particulares –en este caso las CCF–. Es decir, el Estado impone obstáculos a la gestión de las CCF, porque presume la mala fe en sus acciones y en la administración de sus recursos. El legislador, al establecer aprobaciones previas frente a los planes y programas de inversión y obras sociales, y respecto de las negociaciones de los bienes inmuebles de propiedad de las CCF, parte del supuesto de la mala fe de estas entidades. En efecto, supone que necesitan un control mayor que cualquier otra entidad, con lo cual termina por reducir su margen de acción en la toma de decisiones de carácter fundamental para el desarrollo de su objeto social.

El sistema de aprobaciones previas que se hace a manera de cogestión genera, igualmente, un altísimo riesgo de corrupción. Así lo señaló el mismo constituyente cuando eliminó esa figura del control previo de cogestión que tenía la Contraloría. En efecto, la misma Corte Constitucional ha destacado cómo las figuras de la coadministración han sido eliminadas del ordenamiento jurídico, porque se considera que favorecen la corrupción. En las sentencias C-967/12 y C-189/98, la Corte sostuvo sobre el control previo de las contralorías lo siguiente:

“A pesar de las virtudes que este mecanismo cautelar prometía para evitar detrimentos injustificados del tesoro, lo cierto es que su implementación resultó bastante compleja desde la óptica de la separación de funciones, al punto de convertirse en un instrumento de administración compartida que incluso mereció reproches ligados a prácticas de corrupción.”

Fue por lo anterior que en los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente se hizo expresa la intención de evitar el control previo de la Contraloría y con ello una suerte de coadministración[10], de modo que en el nuevo diseño institucional previsto en la Carta Política de 1991 se acogieron las sugerencias formuladas. Así, el artículo 119 mantuvo la decisión de contar con un órgano autónomo e independiente a cargo de la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”

En el mismo sentido, la Corte en la Sentencia C-623/99 precisó:

administración y funcionamiento, realizadas o que se realicen por las Cajas de Compensación Familiar sin la debida aprobación oficial (...)”

²⁹ Artículo 54, numeral 2, de la Ley 21 de 1982.

³⁰ Artículo 6, literal g de la Ley 25 de 1981.

“Ante la demostrada ineficiencia e ineficacia del control fiscal que con carácter previo y perceptivo venían realizando tanto la Contraloría General de la República como las contralorías regionales, el constituyente de 1991 decidió introducir algunos cambios sustanciales en esta materia, los que además de estar acordes con la concepción del Estado social de derecho tenía que cumplir los objetivos de interés general para los cuales fue creado, que no son otros que la protección de los bienes del Estado y del patrimonio público, la transparencia, moralidad, eficiencia y eficacia de la gestión pública y el cumplimiento de los fines del Estado .

“Incluso se llegó a afirmar que dicho control se había convertido en una forma de coadministración y, por ende, en foco de corrupción: ‘El sistema de control previo actualmente existente ha demostrado ser absolutamente ineficaz a la hora de preservar el patrimonio público y, por el contrario, se ha convertido en un nocivo sistema de coadministración al que puede atribuirse gran parte de responsabilidad en la extendida corrupción que hoy azota al Estado colombiano’. *Gaceta Constitucional*, n.º 27, 53, 77 y 109”.

Y así lo había señalado en la Sentencia C-113 de 1999, sobre las razones del constituyente para eliminar los modelos de coadministración. En esa sentencia la Corte indicó lo siguiente:

“(L)as posibilidades de cogestión por parte de delegados de los entes fiscalizadores, tal como se daba con anterioridad a la Carta Política de 1991, no solamente resultaba ineficaz para lograr una verdadera transparencia de los procesos administrativos, en especial los de contratación, sino que se había constituido en oportunidad y motivo de corrupción, en cuanto se prestaba para ilícitos pactos entre funcionarios administrativos y los encargados de su vigilancia. Eso, además de la injustificada dilación que en los trámites correspondientes implicaba la permanente consulta de las decisiones con los órganos de control, especialmente las auditorías, cuyos titulares creían gozar de autoridad suficiente para obstaculizar y para desviar las actuaciones previas a la contratación, imponiendo no pocas veces sus criterios a las autoridades competentes, con ostensible vulneración del principio de separación funcional y distorsionando el verdadero papel que se atribuye a quienes ejercen el control fiscal.

En otras palabras, los sistemas que a manera de coadministración interfieren intensamente en la gestión de entidades particulares, sobre todo cuando la entidad pública que lo aplica es la misma que mantiene en su cabeza las competencias de inspección, vigilancia y control, no garantizan que se cumpla la finalidad de proteger los recursos de tales entidades. Por ejemplo, en el caso de las EPS, que también administran recursos parafiscales originados en las cotizaciones de los trabajadores, no existen controles previos a la ejecución del gasto. De existir estos bajo el argumento de proteger los recursos parafiscales, se pondrían en riesgo la salud de los afiliados ante la falta de agilidad que tendrían esas entidades para ejecutar sus actividades.

El control previo de asuntos propios de las entidades vigiladas se ha mostrado como una fuente de prácticas corruptas que deben ser evitadas. En este sentido, la medida no supera un juicio de idoneidad, porque la finalidad constitucional que se busca no se obtiene con la medida diseñada; por el contrario, ante el riesgo de corrupción, con el sistema de aprobaciones previas se pone en riesgo los recursos de los trabajadores. En este caso, no se logra la garantía de los recursos de los trabajadores que administran las CCF.

La coadministración de la Superintendencia de Subsidio Familiar de las Cajas de Compensación no supera un juicio de necesidad

La evidencia de que la medida no supera un juicio de adecuación o idoneidad sería suficiente para mostrar su falta de proporcionalidad. Sin embargo, incluso si la superara, es claro que tampoco satisface el criterio de necesidad, ni el de proporcionalidad en sentido estricto. El sistema de aprobaciones previas no es la única herramienta posible para cumplir el objetivo de proteger los recursos de naturaleza parafiscal de los trabajadores (criterio de necesidad).

En efecto, es posible pensar en otras alternativas igualmente efectivas o incluso mejores que no afecten tan intensamente el derecho. Dentro de estas se encuentran, precisamente, las facultades de vigilancia de las Superintendencias. A través de estas se pueden revisar, de forma continua, permanente y selectiva, las actuaciones de sus vigiladas para garantizar la adecuada administración de los recursos.

Como lo señala la misma jurisprudencia constitucional, las Superintendencias pueden dirigir mensajes de advertencia –en el marco establecido por la misma jurisprudencia– con los cuales evitan que las entidades incurran en prácticas ilegales o irregulares. Los dos mecanismos juntos: la inspección y vigilancia, junto con las posibilidades de advertir a las entidades acerca de sus actuaciones, cumplen de mejor manera la finalidad constitucional de asegurar los recursos que administran las CCF. Estas herramientas permiten un equilibrio entre la seguridad de los recursos de los trabajadores y el principio de autonomía.

Pero, además, este sistema es mucho mejor porque libera a la Superintendencia de la responsabilidad estatal que surge cuando toma decisiones en las gestiones de las CCF. El sistema de aprobaciones previas necesariamente comporta una responsabilidad de la Superintendencia de Subsidio en las decisiones que se toman. Esa responsabilidad podrá ser exigida al Estado y a la Superintendencia, si estas inciden eficaz y directamente en la administración o ejecución de una entidad privada.

El Consejo de Estado ha señalado, por ejemplo, en la Sentencia 28 de agosto de 2017 (ref. 20140137600), en relación con la Superintendencia Financiera, que sus funciones de inspección, vigilancia y control impiden que se le atribuya al Estado “evitar resultados negativos en las inversiones que los mismos ciudadanos deciden hacer”, precisamente porque no existe la posibilidad de realizar autorizaciones previas sobre estos. Pero esta circunstancia no ocurre con el caso de la Superintendencia de Subsidio Familiar y las CCF. En sentido contrario, dado que la

Superintendencia injiere directamente en el destino de las CCF, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado es responsable de las decisiones que adopten y en las autorizaciones que deben dar previamente a las CCF.

Es claro que la medida tampoco supera un juicio de necesidad, en tanto existen herramientas más eficaces para proteger los recursos parafiscales de los trabajadores, que incluso son menos lesivas con el derecho a la iniciativa privada de las CCF. El ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia en el marco de la Constitución se adecúa de mejor manera al fin perseguido, ya que liberan a la Superintendencia de Subsidio de la responsabilidad estatal sobre decisiones en la gestión administrativa de las CCF.

El sistema de aprobaciones previas no supera un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Ponderación de los bienes constitucionales en conflicto: buena fe y autonomía vs garantía de los recursos

Así mismo, el sistema de aprobaciones previas tampoco satisface un criterio de proporcionalidad en sentido estricto, porque la injerencia intensa que ocurre en el principio de buena fe y en el derecho a la libertad de empresa no está justificada en comparación con el supuesto beneficio que se producen.

El presente caso enfrenta diversos derechos y finalidades constitucionales que deben ser ponderadas. Por un lado, se encuentra la protección de los recursos de los trabajadores, que es un fin constitucionalmente importante. Por el otro, está la autonomía de las CFF, su libertad de empresa y su derecho a que todas sus actuaciones estén regidas por la buena fe.

Sobre este último principio constitucional vale la pena hacer algunas consideraciones. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que el principio de la buena fe es una presunción general de derecho de carácter constitucional. Esto significa que las actuaciones de los particulares, sean personas jurídicas o naturales, y de las autoridades, deben

“... conducirse bajo parámetros de honestidad en las relaciones jurídicas, es decir bajo el convencimiento de actuar legítimamente, válidamente y por medios exentos de fraude, es de presunción general.”³¹

Recientemente, la Corte explicó en la Sentencia T-058 de 2017, que la buena fe se define como “el valor ético de la confianza”. En ese mismo sentido, en las Sentencias C-840 de 2001 y C-205 de 2003, la Corte explicó:

“De acuerdo con la doctrina, el principio de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones

³¹ Sentencia C- 349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

sociales, no como creación del derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento normativo. La buena fe se refiere exclusivamente a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones.”

La buena fe, como lo ha precisado la Corte, no es en todo caso un derecho absoluto. En ciertos eventos se ha considerado, por la jurisprudencia constitucional, que las presunciones sobre el dolo o la culpa grave³², o el establecimiento de la prueba en contra³³, se ajustan a la Carta y no afectan el principio de buena fe. Y en igual sentido lo ha señalado en relación con la imposición de ciertos requisitos para el ejercicio de derechos o actividades³⁴.

Pero las presunciones de culpa o dolo son excepcionales y deben estar constitucionalmente justificadas. Por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que se afecta la buena fe cuando se imponen obstáculos y trabas, como si se presumiera que sus actuaciones van a ser incorrectas. Así lo precisó en la Sentencia C-374 de 2002, donde dijo lo siguiente:

“Como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional la presunción de buena fe está orientada a proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él en todas sus *gestiones*, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe.[40]”

En este orden de ideas, puede observarse que la restricción que producen las normas acusadas en la buena fe y en la autonomía de las CCF es tan intensa, que no existe ningún tipo de compensación en la protección del otro derecho: los recursos de los trabajadores. La restricción a la buena fe, la autonomía y la libertad de empresa de las CCF no se justifica, porque los beneficios que se obtienen a favor de la protección de los recursos de los trabajadores son pocos –leves– o incluso nulos, comparados con la afectación grave –intensa– de los otros derechos constitucionales en conflicto (autonomía y buena fe). De hecho, lo que puede observarse es que, de hecho, se pone en riesgo la misma protección de tales recursos de los trabajadores.

El legislador, a la luz de las normas aquí demandadas, desconoce la presunción de carácter constitucional del principio de la buena fe, porque la exigencia de aprobaciones previas respecto de los planes y programas de las inversiones y obras

³² C-512 de 2013.

³³ Sentencia C-1194/08, de 3 de diciembre de 2008. “... Si bien el ordenamiento jurídico por regla general presume la buena fe de los particulares en sus relaciones, y en las actuaciones que adelanten ante las autoridades públicas, este es un principio que no es por esencia absoluto, de tal manera que en situaciones concretas admite prueba en contrario, y en este sentido es viable que el legislador excepcionalmente, establezca presunciones de mala fe, señalando las circunstancias ante las cuales ella procede”.

³⁴ Cf. Sentencia C-305 de 2013.

de carácter social, y de la negociación de inmuebles, es una profunda injerencia que presupone que las CCF actúan de forma fraudulenta, ilegítimamente.

Esa restricción y afectación del principio de buena fe no se ve compensada con la mayor satisfacción de algún otro principio o derecho constitucional. Por el contrario, el sistema de aprobaciones previas hace menos ágil y eficiente a las CCF, que tienen que esperar las decisiones de la Superintendencia para adoptar sus propias determinaciones.

Es decir, las CCF tienen restringida su facultad para ejecutar los planes y vender sus bienes hasta que la Superintendencia decida. En consecuencia, los programas sufren retrasos y la función de las CCF se paraliza, con evidente desmedro de los derechos de los trabajadores. Estas demoras, en la práctica, se calculan en no menos de cuatro meses, en los que las CCF ven menguada la celeridad y eficiencia que las debe caracterizar, lo cual significa en cada vigencia una pérdida de 1/3 del año en la adopción de esas decisiones.

Pero, además, como hemos insistido a partir de la jurisprudencia constitucional, la coadministración o cogestión es una fuente de prácticas corruptas. En este sentido la presunta utilidad que tendría establecer un sistema de cogestión o coadministración para garantizar los recursos de los trabajadores no es tal. Por el contrario, estos se ponen en riesgo. En consecuencia, ninguna utilidad existe en la restricción al principio constitucional de buena fe, a la autonomía de las CCF y a la restricción de su libertad de empresa, con las normas antes acusadas. Por lo tanto, no se justifica ni se supera el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Por todas las anteriores razones, es claro que las normas acusadas, en donde se impone un sistema de aprobaciones previas de las Superintendencias sobre asuntos propios de gestión de las CCF, vulneran los artículos 83, 333 y 334 de la Constitución, que consagran la buena fe, la libre iniciativa privada y la autonomía de los privados.

CUARTA PARTE INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA

Sobre algunos de los contenidos normativos de rango legal que aquí se demandan, en los que se obliga a una aprobación previa por parte de la Superintendencia en relación con la adopción de los planes de inversión o la negociación de bienes, existen varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia cuando esta ejercía el control constitucional. La línea jurisprudencial que siguió la Corte Suprema de Justicia fue variable y compleja, porque sobre ese mismo punto existieron decisiones distintas y contradictorias que fueron consecuencia de cambios jurisprudenciales expresos. Veamos:

Primera posición jurisprudencial: constitucionalidad del literal g del artículo 6 de la Ley 25 de 1981

Algunas disposiciones contenidas en la Ley 25 de 1981, especialmente algunos numerales del artículo 6, fueron demandadas ante la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia del 27 de mayo de 1982 esa Corporación resolvió declarar la constitucionalidad de literal g) del artículo 6³⁵, bajo el siguiente entendido:

“c) En relación con el ordinal g), que dispone la facultad del Superintendente de estatuir las normas y procedimientos a que ha de someterse el régimen de contratación de obras, servicios y suministros en las entidades vigiladas y la de aprobar o improbar las negociaciones sobre inmuebles que éstas hagan, tiene por mira dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 17 armonizado con el del 32, según los cuales el trabajo gozará de la especial protección del Estado y el intervencionismo estatal tiene como una de sus finalidades esenciales de lograr el mejoramiento armónico de la sociedad y de las clases proletarias en particular.”

En otras palabras, la primera jurisprudencia de la Corte avaló la constitucionalidad de disposiciones que obligaban el control previo de la Superintendencia, sobre la venta de bienes de las Cajas de Compensación. Sin embargo, esa posición jurisprudencial tuvo una primera variación, tan solo algunos meses después.

Cambio de jurisprudencia: inconstitucionalidad del literal f) del artículo 6 de la Ley 25 de 1981

En efecto, las razones por las cuales la Corte Suprema declaró la constitucionalidad del literal g) del artículo 6 de la Ley 25 de 1981, cambió en septiembre de ese mismo año. En esa decisión esa Corporación examinó la constitucionalidad del literal f) del artículo 6 y lo declaró inexecutable, para lo cual la Corte precisó lo siguiente:

“La inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común que el artículo 120 ordinal 19 de la Constitución le atribuye al Presidente de la República, no lo faculta para administrarlas, desplazando a sus directores, pues a ello equivale el aprobar o improbar planes y programas de inversión para obras y servicios sociales de las Cajas de Compensación Familiar.

Inspeccionar y vigilar no es lo mismo que dirigir. Solo en desarrollo del artículo 32 de la Constitución Nacional, podría el Estado intervenir ciertas clases de entidades, para los fines previstos en esa norma.”³⁶

Con base en lo anterior, el Consejo de Estado, por ejemplo, admitió una demanda contra varias disposiciones del Decreto 341 de 1988, que reproducían contenidos normativos similares a los establecidos en el ordinal 2 del artículo 54 de la Ley 21

³⁵ Dice este numeral: “El Superintendente del subsidio familiar es un funcionario de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y tendrá las siguientes atribuciones: (...) g. Con el objeto de propender por la más eficiente administración y control, estatuir las normas y procedimientos a que debe someterse el régimen de contratación de obras, servicios y suministros en las entidades sometidas a su vigilancia y aprobar o improbar toda clase de negociaciones de bienes inmuebles de su propiedad”.

³⁶ Fuente: decisión del Consejo de Estado del 17 de febrero de 1989, auto de admisión de la demanda presentada contra varias normas del decreto reglamentario 341 de 1988.

de 1982. Para el Consejo de Estado este último artículo citado era idéntico, normativamente, al literal f) del artículo 6 de la Ley 25 de 1981, que fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia.

Segundo cambio de jurisprudencia. Constitucionalidad del literal numeral 2 del artículo y el párrafo del artículo 63 de la Ley 21 de 1982

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 19 de marzo de 1987 nuevamente varió su jurisprudencia de forma expresa, y, en consecuencia, declaró la constitucionalidad de varias disposiciones, con contenidos normativos similares. Fue manifiesto el cambio de criterio por parte de esa Corporación y así lo señaló diciendo lo siguiente:

“la Corte considera ahora executable esta última norma por el nuevo entendimiento que tiene sobre la naturaleza especialísima de las cajas de compensación familiar y sobre las facultades de la ley de intervención económica que se han analizado en los puntos anteriores.

Las normas que ahora consideró ajustadas a la Carta, pero que tenían contenidos normativos similares a otros que ya había declarado inconstitucionales, fueron el numeral 2 del artículo 54³⁷ y el párrafo del artículo 63 de la Ley 21 de 1982. Sobre la primera, la Corte dijo lo siguiente, que por su importancia nos permitimos citar in extenso:

“Dispone esta norma que sean los planes y programas de inversión y de organización de los servicios sociales, no la inversión ni la ejecución de estos planes y programas, los que deban someterse, adoptados previamente por los Consejos Directivos de cada caja, a la aprobación de la Superintendencia de Subsidio Familiar, en acatamiento de la ley que ordena la intervención. La Superintendencia debe estudiar, de conformidad con esta norma, los planes y programas que se señalan, en lo concerniente al cumplimiento estricto del orden de prioridades que indica el mismo artículo 62, también demandado, y que se estudia más adelante. Entender de otra manera la voluntad del legislador tuerce el sentido de la norma que se analiza; la facultad de la Superintendencia para aprobar o improbar los planes y programas a que se refiere el numeral 2 del artículo 54, es exclusivamente de control del uso y destino de la prestación y a este punto debe ceñirse la interpretación que de él se haga.

En consecuencia, se entiende que esta facultad no desplaza de la administración a los directores de las Cajas de Compensación Familiar, pues estos conservan la iniciativa, el impulso y el manejo de la entidad, sólo que en materia de planes y programas de inversión y en la organización de los servicios sociales, deben someterse a la aprobación de la Superintendencia en

³⁷ Artículo 54.2 “Son funciones de los Consejos Directivos: (...) 2°. Aprobar, en consonancia con el orden de prioridades fijadas por la presente ley, los planes y programas a que deban ceñirse las inversiones y la organización de los servicios sociales. Los planes y programas antedichos serán sometidos al estudio y aprobación de la Superintendencia del Subsidio Familiar.”

el preciso punto del acatamiento del orden de actividades generales establecido. Las funciones de seguridad social, laboral y familiar que cumplen las cajas de compensación familiar son autorizadas e intervenidas por el Estado, para asegurar que éstas se desarrollen por unos caminos y hacia unos fines predeterminados por la misma ley de intervención, siempre en procura de la protección al trabajo de la justicia social y del mejoramiento armónico de la comunidad y de los trabajadores en particular.

El someter al estudio y aprobación de la Superintendencia de Subsidio Familiar los planes y programas a que deben ceñirse las inversiones y la organización de los servicios sociales, que previamente hayan adoptado los Consejos Directivos de las Cajas en consonancia con el orden de prioridades que fija la misma ley, no convierte al ente público que ejecuta la intervención, en coadministrador; sólo ejerce funciones de rectoría o tutoría social la Superintendencia, cuando aprueba o imprueba los planes y programas adoptados.”

La decisión anterior es importante, porque interpretó que la autonomía de las Cajas de Compensación debería salvaguardarse. Pero en todo caso mantuvo las intervenciones previas de la Superintendencia. Por esta razón, como lo señalamos, la Corte también declaró la constitucionalidad del parágrafo del artículo 63 de esa normatividad.

A pesar de lo anterior, sobre esas disposiciones no existe cosa juzgada constitucional material y la Corte está habilitada para realizar un nuevo examen de constitucionalidad, esta vez a la luz de lo previsto en la Carta de 1991. Evidentemente, tales normas deberán ser declaradas inexecutable, porque contrarían diversas cláusulas constitucionales. Consideramos que debe volverse al criterio jurisprudencial sostenido por la Corte Suprema de Justicia en su momento, en donde consideró que las funciones de inspección y vigilancia claramente no incluyen funciones de administración, coadministración y/o cogestión: “Inspeccionar y vigilar no es lo mismo que dirigir”³⁸, especialmente cuando se trata de entidades privadas no estatales.

Aspecto procesal. La cosa juzgada constitucional

La Corte Constitucional, en varias oportunidades, ha tenido que conocer casos en los cuales se demandaron normas proferidas antes de la Constitución de 1991. En esas situaciones señaló que su competencia para examinar disposiciones preconstitucionales se realiza con base en lo previsto en la Constitución de 1991 y no en la de 1886. Desde sus primeros pronunciamientos la Corte precisó en la Sentencia C-004 de 1993 que:

“Estudiada una norma bajo la vigencia de un ordenamiento constitucional y declarada executable, nada impide que con la entrada en vigencia de una nueva

³⁸ Fuente: decisión del Consejo de Estado del 17 de febrero de 1989 auto de admisión de la demanda presentada contra varias normas del decreto reglamentario 341 de 1988.

Carta dicha norma resulte inconstitucional, lo cual hace procedente un nuevo juicio, sin que pueda hablarse de cosa juzgada. Ahora bien, los pronunciamientos relativos a vicios formales de la norma acusada, quedan cobijados por los efectos de la cosa juzgada, pues estos debieron ajustarse a la normatividad constitucional existente al momento de su promulgación, sin que sea viable un juicio de constitucionalidad respecto de formalidades o trámites que no existían al momento de la promulgación de la norma.”

Recientemente la Corte Constitucional, reiterando una decisión de 1993, señaló en la Sentencia C-348 de 2017 lo siguiente:

“Esta Corporación ha sostenido que si la demanda de inconstitucionalidad recae sobre una norma promulgada durante la vigencia de la Constitución de 1886, tal disposición debe ser analizada a la luz del nuevo diseño constitucional con el fin de establecer si existe una incompatibilidad material o sustancial entre esta y los principios que orientan el modelo fijado por el Constituyente de 1991. En otras palabras, la previsión normativa no es inexecutable por el simple hecho de hacer tránsito de un régimen constitucional a otro, sino que lo es cuando se evidencia que existe una discordancia sustancial entre dicho precepto y el reciente ordenamiento constitucional.[4]

En este sentido, la Corte ha manifestado que (a) los aspectos formales relacionados con disposiciones en vigencia de la Constitución de 1886 deben ser analizados a la luz de la Carta aplicable al momento de su expedición; y (b) los aspectos materiales se estudian conforme a la norma superior de 1991 siempre que las disposiciones acusadas estén vigentes, o de estar derogadas se encuentren produciendo efectos jurídicos. Sobre este aspecto, en la Sentencia C-467 de 1993 se estableció que ‘(...) dicha jurisprudencia fue modificada en el sentido de precisar que si la demanda versa sobre preceptos legales derogados antes de entrar a regir la Constitución de 1991, pero que aún continúan produciendo efectos, la Corte tiene el deber de emitir pronunciamiento de fondo y en el evento de que la norma ya no los esté produciendo, la decisión ineludiblemente ha de ser inhibitoria por carencia actual de objeto’.”

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho varias precisiones acerca del alcance de la cosa juzgada constitucional en relación con el pronunciamiento que realizó en su momento la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Por un lado, ha señalado que existe cosa juzgada sobre esos pronunciamientos, pero únicamente en aquellos casos en los cuales la Corte Suprema de Justicia falló teniendo como parámetro de control constitucional la Constitución de 1991³⁹. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso analizado en la Sentencia C-336 de 1999, en donde la Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto a lo fallado por la Corte Suprema de Justicia, pero por haber realizado el control con base en la actual Carta política. De igual forma, en la Sentencia C-986 de 2005 ha también declarado la existencia

³⁹ Recuérdese que el artículo 24 transitorio de la Constitución de 1991 extendió la Competencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia sobre las acciones de control de constitucionalidad que fueran instauradas antes del 1 de junio de 1991.

de cosa juzgada constitucional, sobre normas que la Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles en su momento.

Efectos de los pronunciamientos de constitucionalidad anteriores a la Carta de 1991

Lo anterior solo quiere decir que la norma declarada inexequible no revivió con el tránsito constitucional entre las Cartas de 1886 y 1991, sin que pueda interpretarse que existe una cosa juzgada material que impida reproducir ese contenido normativo. Esto nos lleva a un tercer punto consistente en que, de acuerdo con la Corte Constitucional, los pronunciamientos realizados por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no son vinculantes para la Corte Constitucional.

En efecto, en la Sentencia C-720 de 2007 la Corte estudió el caso de una sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, en donde declaró la exequibilidad de una disposición. Sobre el punto la Corte señaló:

“La norma actualmente demandada fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 67 de julio 2 de 1987. Sin embargo, tal decisión no vincula a la Corte Constitucional dado que el presente juicio se realiza respecto de las normas de la Carta de 1991, mientras que el control adelantado por la Corte Suprema tuvo como referente las disposiciones constitucionales vigentes hasta la entrada en vigor de la actual Constitución.”

De forma más clara lo dijo en la Sentencia C-394 de 2017, en donde indicó:

“Ahora bien, es necesario precisar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el cambio de parámetro de control que se causó con la expedición de la Constitución Política de 1991, conlleva diversos efectos en cuanto a la institución de la cosa juzgada constitucional, a saber:

(i) cuando la Corte Suprema de Justicia adelantó el estudio material y declaró exequible una norma **con base en los lineamientos trazados por la derogada Constitución de 1886**, no es posible predicar la existencia de cosa juzgada constitucional frente a los preceptos de la Carta Política de 1991 y, por consiguiente, se habilita la competencia de la Corte Constitucional para emitir un nuevo pronunciamiento de mérito;

(ii) cuando la Corte Suprema de Justicia, actuando como juez constitucional transitorio, declaró exequibles normas preconstitucionales **con base en los preceptos de la Constitución Política de 1991**, se entiende que existe cosa juzgada sobre los puntos objeto de análisis, por lo cual se ha concluido con fallos de “estarse a lo resuelto”⁴⁰; y

⁴⁰ Sentencias C-159 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-336 de 1999. M. P. Fabio Morón Díaz; Auto 173 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño; y C-043 de 2006. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

(iii) cuando la Corte Suprema de Justicia declaró **inexequibles normas preconstitucionales con base en los lineamientos fijados por la Constitución de 1886**, se ha entendido que dicha inexequibilidad trasciende al mundo jurídico, retirando la norma del ordenamiento legal⁴¹”

Y debe recordarse que la cosa juzgada constitucional material implica que se mantengan en la Constitución los mismos contenidos normativos. Así lo señaló, por ejemplo, la Sentencia C-311 de 2002, que al respecto dijo lo siguiente:

“Para determinar si se está en presencia del fenómeno de la cosa juzgada material, es preciso examinar cuatro elementos: 1) Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexequible. 2) Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexequible. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción. 3) Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la “reproducción” haya sido declarado inconstitucional por “razones de fondo”, lo cual significa que la *ratio decidendi* de la inexequibilidad no debe haber reposado en un vicio de forma. 4) Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexequibilidad. Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexequible por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental.”

Es por esa razón que la misma Constitución consagra en el artículo 243 Superior que no podrá reproducirse el contenido material de una norma que haya sido declarada inexequible por razones de fondo “mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

Esto quiere decir que normas declaradas inexequibles a la luz de la Constitución de 1886 pueden ser exequibles –si son reproducidas materialmente en otras disposiciones- cuando son confrontadas nuevamente con la Constitución de 1991. Y también en sentido contrario: normas que fueron declaradas exequibles bajo el régimen de la Constitución de 1886 pueden ser inexequibles, si son confrontadas con la Constitución de 1991. Un caso de un contenido normativo que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, pero que es declarado exequible con posterioridad por la actual Corte Constitucional, puede encontrarse en la Sentencia C-320 de 1997.

⁴¹ Sentencia C-986 de 2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño. En esa ocasión se declaró la existencia de cosa juzgada constitucional respecto de una decisión de la Corte Suprema de Justicia que había declarado inexequible la Ley 36 de 1973. Lo anterior por cuanto dicha ley había sido retirada del ordenamiento jurídico.

Reglas generales de tratamiento de las normas preconstitucionales

En síntesis, a pesar de existir pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre varios de los contenidos normativos analizados en este documento, esta circunstancia no impide que pueda volver a interponerse acciones de constitucionalidad, pues en sentido estricto:

- (i) No hay cosa juzgada material sino simplemente formal, debido al tránsito constitucional, y
- (ii) Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía control constitucional, no son *prima facie* vinculantes para la Corte Constitucional, precisamente por el mismo tránsito constitucional.
- (iii) Todos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia fueron realizados con base en la anterior Constitución. En efecto, las sentencias en las que analizó estos casos fueron proferidas (i) el 27 de mayo de 1982, (ii) en septiembre de 1982 y (iii) el 19 de marzo de 1987.

QUINTA PARTE

SOLICITUD ESPECIAL DE INTEGRACIÓN NORMATIVA DEL ARTICULO 20 DE LA LEY 789 DE 2002, SI LA CORTE CONSIDERA QUE, DE ESTA DISPOSICION, SE INFIERE UN CONTROL PREVIO DE LA SUPERINTENDENCIA SOBRE EL GIRO ADMINISTRATIVO NORMAL DE LAS CCF.

Anotación Preliminar

En la hipótesis de que la Corte Constitucional comparta la interpretación que realizó el Consejo de Estado (20 de noviembre de 2014) sobre el artículo 20 de la ley 789 de 2002, solicitamos una integración normativa sobre el contenido de esta disposición. En efecto, en esta sentencia, el Consejo de Estado interpretó equivocadamente que del artículo 20 se deriva una potestad de control previo de la Superintendencia sobre las CCF.

En esta demanda no se ha formulado cargo contra esta norma, porque entendemos que, de la lectura de la misma, no se desprende un control previo por parte de la SSF sobre el giro administrativo normal de las CCF, en lo que respecta a programas y proyectos específicos de inversión. Es decir, no estamos de acuerdo con la interpretación realizada por el Consejo de Estado. En consecuencia, en aras de evitar un rechazo de la demanda por falta de certeza en la construcción del cargo, no procedemos a demandar directamente esta norma; sin embargo, elevamos de forma respetuosa la solicitud de integración normativa, en el hipotético caso de que la Corte

comparta la interpretación del Consejo, o le dé una lectura similar que implique una facultad de coadministración para la SSF.

La Ley 789 de 2002 consagró en el artículo 20 el régimen de inspección y vigilancia de las CCF. Al respecto señaló que, aquellas “autorizaciones que corresponda expedir a la autoridad de inspección, vigilancia y control, se definirán sobre los principios de celeridad, transparencia y oportunidad”. Así mismo, la ley previó que “las autorizaciones a las Cajas se regularán conforme los regímenes de autorización general o particular que se expidan al efecto”. A renglón seguido, también señaló que “el control, se ejercerá de manera posterior sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia”.

A continuación, procedo a exponer la situación:

A. El significado de las autorizaciones generales y particulares.

La noción de autorización general o particular, ha sido utilizada en otras normatividades, y, en relación con otras superintendencias, para distinguir aquellas situaciones en las cuales un ente de inspección y vigilancia da una autorización a todas sus vigiladas (autorización general), o, a una entidad específica (autorización particular). Así se infiere, por ejemplo, de lo establecido en el artículo 86.7 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 151 del Decreto 19 de 2012, en donde se faculta a la Superintendencia de sociedades, para autorizar “la disminución del capital en cualquier sociedad cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes”. La disposición establece que tales autorizaciones “podrá ser conferida mediante autorización de carácter general en los términos establecidos por la Superintendencia de Sociedades”.

En el ejemplo anterior, encontramos el sentido natural y obvio de las nociones de “autorización general” y “autorización particular”. Estas significan, una decisión del Estado de permitir una actividad a un grupo de entidades (general), o, a una sola de ellas (particular). Este sentido y significado de la noción de autorización, hace referencia al termino “habilitación”, que se da en el marco del Estado regulador de la economía. Esa posibilidad de habilitación, que se permite para el caso específico de ciertas Superintendencias, tiene una fuente constitucional directa.

En efecto, el artículo 335 establece que, “Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”. Esta es la razón constitucional, para que la Ley establezca autorizaciones previas de las Superintendencias -en el sentido de habilitaciones-; por ejemplo, en el caso en el cual una entidad financiera cede sus activos o se convierte o escinde (cf. Art. 71.4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

La Superintendencia de Sociedades también ha dado la misma interpretación, al realizar en sus circulares conjuntas la distinción entre “autorizaciones generales y particulares”. A partir de estas autorizaciones, procede a establecer lineamientos en que autoriza de forma general la disminución de capital para todas las entidades, lo cual significa que no es necesario que las sociedades informen de esa situación a la Superintendencia. En otras autorizaciones, establece los casos en que las entidades deberán obtener individualmente la autorización de la Superintendencia para realizar tal disminución.

B. Diferencias entre autorización particular y aprobación previa.

La autorización general o particular para el ejercicio de una actividad por una persona jurídica privada, es una habilitación. Situación distinta a la aprobación previa de las decisiones de una entidad vigilada, en el sentido de administrar y tomar decisiones conjuntas con el ente privado, como ocurre con las normas demandadas. Y para mostrar esa distinción, vale la pena citar un ejemplo.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-948 de 2001, estudió la constitucionalidad de una disposición que establecía lo siguiente: para poder convertir una institución financiera de naturaleza cooperativa en una sociedad anónima, debe pedirse “autorización previa” de la Superintendencia Bancaria. El demandante, en esa oportunidad, alegó que la norma era inconstitucional, porque “es contrario a la Carta obligar a las entidades cooperativas a cambiar su naturaleza”.

La Corte consideró constitucional este tipo de autorizaciones (C-948 de 2001). Entendió que no se trataba de decisiones unilaterales de la Superintendencia, sino que correspondían a decisiones de particulares que “voluntariamente” ponían en consideración de la entidad esa determinación. Dijo la Corte: “son los asociados de la cooperativa los que en desarrollo del derecho de asociación y en presencia de circunstancias excepcionales vinculadas con la situación de la entidad, voluntaria y libremente someten a consideración de la Superintendencia Bancaria el deseo de convertirse en sociedad anónima como una medida preventiva a la toma de posesión, y por ello no se presenta por parte de lo acusado violación alguna del núcleo esencial de ese derecho fundamental.”

Por esta razón, la Corte consideró que no existía violación del derecho de asociación. En la práctica, no era la Superintendencia la que realizaba la orden de conversión o establecía una injerencia sobre su vigilada. Esta se producía por la simple voluntad de los asociados o por la configuración de razones objetivas establecidas en la ley (como ocurre con lo consagrado en el artículo 113 de la Ley 510 de 1999, también examinado en esa sentencia).

Además, resulta evidente que sobre esas decisiones de autorización previa – habilitaciones- no podrá existir un control posterior de la misma Superintendencia. Es decir: una vez que la Superintendencia bancaria (hoy financiera) realice tales autorizaciones previas, no puede, posteriormente, volver a examinar esas mismas actuaciones en donde ella intervino. Cuestión que es distinta a lo que se demanda en el presente caso.

Esta circunstancia, pone en evidencia que la autorización previa de la superintendencia financiera para el ejercicio de una actividad, es distinta a la aprobación o no, de las negociaciones o programas de las CCF. Autorización, que no se refiere al ejercicio de una actividad (v.gr, pasar del objeto cooperativo al financiero), sino a las decisiones del giro normal de la administración de una entidad. Esto ocurre, por ejemplo, con la decisión sobre los programas que desarrollará o sobre los bienes inmuebles que negociará.

En síntesis: la noción de autorización general o particular utilizada en el ordenamiento jurídico colombiano en general, y en el artículo 20 de la Ley 789 de 2002 en particular, no es semánticamente igual a la noción de aprobación previa de que hablan las normas demandadas. La primera, se insiste, se refiere a autorizaciones o habilitaciones a todo un grupo de entidades (generales) o a una persona específica (particular), para el desarrollo de una actividad regulada por el Estado (por ejemplo, las actividades financieras). La segunda -la de las normas acusadas- se refiere a aprobaciones sobre decisiones administrativas de particulares. Aprobaciones que se refieren al giro regular de sus negocios. Es decir, son iguales al establecimiento de un sistema de administración conjunta (coadministración).

Lo anterior es tan cierto que, incluso, en la exposición de motivos de la Ley 789/02, se señaló lo siguiente:

“Para completar nuestro marco de protección social, es necesario modernizar a las cajas de compensación familiar, liberándolas de costosos procedimientos de autorización previa, que han carecido de sentido y efectividad y que se han terminado por convertir en una costosa carga que en últimas se paga con los recursos de bienestar de los trabajadores. No se trata de ser más flexibles o tolerantes, se trata de modernizarnos con una inspección que se concentre en lo esencial. Pero la modernización es aún más ambiciosa, al reconocer en el proyecto la verdadera naturaleza de las Cajas como corporaciones privadas sin ánimo de lucro a las cuales se les permitirá asociarse en sus diferentes actividades, potenciando su capacidad en las áreas de mercadeo, microcrédito, educación, recreación, seguridad social, etc.”

Habría sido contradictorio, que expresamente se quisieran eliminar las autorizaciones previas de decisiones administrativas de las entidades y, a la vez, se hubiera consagrado la noción de “autorizaciones generales o particulares”. Lo anterior significa lo siguiente: cuando la ley habla de autorizaciones generales o particulares, no se refiere a injerencias en la administración y en la decisión que toman las entidades (la coadministración o cogestión de la que se ha hablado en la presente demanda). Se trata de otro tipo de autorización: de una habilitación en el ejercicio de ciertas actividades, sobre las cuales el constituyente considero necesario un sistema estricto de regulación. Una cosa es la habilitación previa para el ejercicio de una actividad (pasar del sector agropecuario al financiero), y otra bien distinta, las autorizaciones previas sobre el giro normal de la administración y gestión de una entidad privada (coadministración).

C. La interpretación del Consejo de Estado sobre este punto.

El Consejo de Estado, en sentencia de 2014, a la que hemos hecho referencia⁴², examinó la legalidad del Decreto⁴³ que estableció las autorizaciones previas por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar en relación con las CCF. Uno de los argumentos del demandante, consistió en señalar que las normas demandadas no se ajustaban a la normatividad superior, porque violaban lo previsto en el artículo 20 de la Ley 789 de 2002. Esa normatividad, en efecto, establece que el control que ejerce la Superintendencia sobre las CCF es posterior. La norma señala literalmente lo siguiente: “el control, se ejercerá de manera posterior sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia”.

Sin embargo, el Consejo de Estado consideró que el artículo 20 de la Ley 789 de 2002 no es “incompatible con una autorización previa y vinculante de los planes, programas y proyectos de inversión para obras o servicios sociales”. En este sentido, esa Corporación decidió que la fuente normativa de las autorizaciones previas, se encontraba en otras normas. El Consejo de Estado dijo que, “los artículos 6 literal f), 9 literal d) y, 10 literal a) de la Ley 25 de 1981, lo mismo que el artículo 54 numeral 2 de la Ley 21 de 1982, ofrecen una cobertura legal adecuada y suficiente a lo previsto por las disposiciones objeto de revisión en relación con la autorización previa y vinculante de planes, programas y proyectos de inversión para obras o servicios sociales. (...) en consecuencia no resulta cierto lo afirmado por el demandante, según lo cual la Ley 789 de 2002 dejó atrás el modelo de autorizaciones previas para estatuir únicamente formas de control posterior”.

El Consejo de Estado fue más allá e interpretó que las autorizaciones particulares, de las que habla la norma, se refieren a autorizaciones previas. Al respecto, el Consejo de Estado afirmó que, “no resulta cierto lo afirmado por el demandante, según lo cual la Ley 789 de 2002 dejó atrás el modelo de autorizaciones previas para estatuir únicamente formas de control posterior”. Para el Consejo de Estado, la diferenciación entre autorizaciones generales y particulares implica que éstas, son siempre *ex ante*. Y en este orden de ideas, consideró que dentro del rango de las autorizaciones particulares se encontraban las aprobaciones previas, establecidas en el ordenamiento jurídico en las disposiciones que actualmente se demandan.

⁴² Consejo de Estado, sentencia del 20 de noviembre de 2014, Radicación Núm.: 11001 03 24 000 2013 00252 00. Demandante: Asocajas. Disposición demandada: Decreto 2592 de 2012.

⁴³ Decreto 2595 de 2012 artículo 5 numeral 7 (parcial), decreto 2595 de 2012 artículo 12 numeral 1 (parcial).

D. Discrepancia acerca de esa interpretación.

Con el mayor respeto por las decisiones del Consejo de Estado, debe decirse que esa interpretación es equivocada y no se deriva de lo señalado en la Ley 789/02. La noción “autorizar” no significa necesaria y exclusivamente que debe ser previa. Si fuera así, la misma expresión “autorización previa” sería redundante y configuraría un pleonismo.

Pero lo cierto es, que tanto las expresiones “autorización previa” como “autorización posterior”, tienen sentido porque se refieren, en el uso común del lenguaje, a la confirmación, comprobación, aprobación o permisión de una actividad. La normatividad colombiana utiliza la expresión “autorización previa”, sin incurrir en pleonismo o redundancia; por ejemplo, en el artículo 71.4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para el caso de conversión de entidades financieras.

Adicionalmente, como se dijo, las autorizaciones generales y particulares, en un sentido jurídico se refieren a habilitaciones para el ejercicio de actividades. Las aprobaciones de que hablan las leyes que actualmente se demandan, son facultades para que la Superintendencia intervenga en calidad de administrador en las decisiones de las CFF. Si el legislador hubiera querido utilizar en la Ley 789 de 2002 la figura de las autorizaciones previas, lo habría dicho expresamente. Pero lo cierto, es que utilizó la expresión “autorizaciones particulares”, que no es sinónima de “autorizaciones previas”.

En este orden de ideas, la presente demanda enfrenta un dilema en relación con la interpretación realizada en la sentencia del Consejo de Estado. De un lado, demandar la interpretación que esa Corporación ha hecho de esa disposición (del artículo 20 de la Ley 789 de 2002). Situación que la misma jurisprudencia ha aceptado en otros casos. Sin embargo, se corre el riesgo de que exista un rechazo de la demanda contra ese apartado normativo, por no existir una interpretación “cierta” de esa norma.

De otro lado, y es la posición que acogemos, el dilema es no demandar esa norma. Mejor, solicitar de forma respetuosa y deferente a la Corte Constitucional, la integración normativa-en aplicación del principio pro-actione- del artículo 20 de la Ley 789 de 2002. Integración que se daría, si la Corte considera que “autorización particular” tiene el mismo significado que “autorización previa” en el giro ordinario de la administración de las Cajas (coadministración).

Síntesis sobre la integración normativa: se solicitará declarar la constitucionalidad condicionada de la palabra “particular”- contenida en el artículo 20 de la Ley 789 de 2002- en el entendido de que esa expresión se refiere a la habilitación para el ejercicio de actividades de personas determinadas; no se refiere a la posibilidad de que las Superintendencias puedan exigir autorizaciones previas a las CCF sobre el giro normal y común de sus negocios.

Los argumentos que se expusieron-in extenso- en los cargos primero y segundo de esta demanda son aplicables, en lo pertinente, para sustentar la constitucionalidad condicionada en caso de que la Corte opte por la interpretación-o similar-del Consejo de Estado.

SOLICITUD

Por todo lo anteriormente expuesto, de la manera más respetuosa, solicito a ustedes Honorables Magistrados:

- A. Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión “y aprobar o improbar toda clase de negociaciones de bienes inmuebles de su propiedad” contenida en el literal (g) del artículo 6 de la Ley 25 de 1981.
- B. Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión “los planes y programas antedichos serán sometidos al estudio y aprobación de la Superintendencia del Subsidio Familiar” consagrada en el numeral 2 del artículo 54 de la Ley 21 de 1982
- C. Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** del artículo 63 de la Ley 21 de 1982.
- D. Si la Corte lo considera necesario, realice la **INTEGRACIÓN NORMATIVA** del artículo 20 de la Ley 789 de 2002, especialmente de la expresión “particular”. En consecuencia, declarar la constitucionalidad condicionada de esa palabra, en el entendido de que esa expresión se refiere a la habilitación para el ejercicio de actividades de personas determinadas; no se refiere a la posibilidad de que las Superintendencias puedan realizar labores de coadministración sobre el giro normal y común de los negocios de las CCF, sometidas a su vigilancia.

NOTIFICACIONES

Para todos los efectos, las notificaciones podrán realizarse en la siguiente dirección:

Calle 80 No 11-42. Of. 702. Torre sur. Bogotá.
Correo electrónico: edys.asesores@gmail.com
Tel: (317)3691079

De los Honorables Magistrados



TANIA MARCELA HERNANDEZ GUZMAN

c.c No 52.152.307 de Bogotá

T.P No 102221 Consejo Superior Judicatura

COLEGIO NACIONAL DE ABOGADOS
DEPARTAMENTO DE BOGOTÁ
**INLICENCIA DE PRESENTACION PERSONAL Y
RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO DE FIRMA**

El anterior escrito fue presentado personalmente en

La Secretaría General de la Corte Constitucional,

por Tania Marcela Malely Hernández Guzmán quien se

Identificó con la C.C. No. 52152307 de Bogotá
y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 22 de agosto de 2018

Tania Marcela Malely Hernández Guzmán
Quien Firma

Quien recibe: Secretaría General