

6051

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Radicación número 110010324000200500077 00  
Acción: Nulidad.  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

El ciudadano, IVÁN RESTREPO LINCE obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del anterior C.C.A., presentó una demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de algunos apartes del Decreto 4105 de 2004 por el cual se reglamenta la entrega y retiro

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Radicación número 110010324000200500077 00  
Acción: Nulidad.  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

El ciudadano, IVÁN RESTREPO LINCE obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del anterior C.C.A., presentó una demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de algunos apartes del Decreto 4105 de 2004 por el cual se reglamenta la entrega y retiro

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

de recursos del Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales FONPET.

*I-.FUNDAMENTOS DE DERECHO*

1.- Antes de proceder a señalar el concepto de violación, expone como antecedente fáctico el hecho de que en Colombia ha sido lamentable el manejo de la seguridad social, y concretamente, de sus reservas, dependientes de un Fisco que debe pagar el faltante sin saber de dónde lo hará.

Aun cuando el escrito del demandante se aprecia considerablemente confuso en el señalamiento de su inconformidad, es posible inferir que este sugiere que la técnica de ubicar los recursos donde no son útiles y el no poder usarlos mientras no se tenga el 100% de los pasivos cubiertos, ha quebrado a muchos en el sector privado y ese es un error que viene de tiempo atrás, habiendo persistido el yerro con la ley 549 de 1999 en sus artículos 5 y 6.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

Sostiene que aunque la ley dice que no se pueden usar las reservas mientras no lleguen al 100%, finge que se permite usarlas, en la forma de un préstamo garantizado por medio de activos líquidos, ajustados a su valor comercial y libres de otro gravamen, que servirían de garantía de un préstamo máximo a dos (2) años. Si a los dos (2) años no se hubiera reintegrado la suma al FONPET, procedería la venta del activo.

No se cubriría así el pasivo prestacional con recursos del Fondo, porque todo lo que se use deberá ser reintegrado al Fondo, fuera mediante otros recursos o fuera mediante el activo hecho líquido. Esa opción permaneció sin uso por inútil.

Posteriormente, se expidió la ley 769 de 2003, que adiciona el artículo 115 de la ley 100 de 1993, al señalar "Para el cubrimiento de estas obligaciones los entes territoriales podrán utilizar hasta el 50% del saldo disponible en la cuenta del Fondo de Pensiones de las entidades territoriales creado por la ley 549 de 1999 cuando no esté constituida la reserva correspondiente al 100%..."

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

Esa adición a la ley 100 de 1993 fue ignorada por el Gobierno en la reglamentación demandada, pero argumenta la conformidad con el artículo 51 de la ley 863 de 2004, que dice exactamente lo mismo.

2.- Las normas violadas y el concepto de la violación fue expuesto por el accionante en los siguientes términos:

2.1. Señala que la primera violación es la jerarquía de las normas, al intentar torpemente, por un decreto reglamentario, deshacer la derogatoria ordenada dos veces por el legislador: si el uso de reservas para pagar no es tal sino un préstamo que hay que reembolsar antes de 2 años, según el artículo 9, el uso es efímero y engañoso y los pagos tendrán que hacerse con recursos diferentes o entregando el activo, la misma ineficaz oferta de los artículos 5 y 6 de la Ley 546 de 1999. Agrega que si el legislador deroga lo hace para algo, no para que por decreto se regrese a lo derogado, y donde las nuevas normas hablan de hasta el 50% del saldo se regresa al 30%.

Pero peor aún que lo derogado por el legislativo porque el decreto hace aún más estéril el fondo: en efecto, el

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

artículo 1 en su párrafo 1° trae una nueva y extraña definición del saldo, donde dice "para vigencias fiscales posteriores (a la del primer retiro) el saldo se establecerá teniendo en cuenta únicamente los nuevos recursos", o sea que el 70% anterior queda esterilizado por una limitante que no aparece en ninguna de las leyes, ni en la anterior ni en las que derogan (SIC).

Sostiene que, además, en el numeral 5 del artículo 7, todo retiro tiene que ser aprobado por el Ministro de Hacienda o su representante, lo que no brinda seguridad.

Finalmente, indica que la potestad reglamentaria es una colegislación para la gestión, orientada a hacer eficaz la voluntad del legislador, no a aponérsele y a hacerla estéril.

## II-. TRAMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

**2.1-. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Entidad demandada, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, se abstuvo de contestar la demanda.

**2.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término para presentar alegaciones, el demandante guardó silencio.

La Entidad demandada, presentó alegatos de conclusión en los que manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, con fundamento, en esencia, en lo siguiente:

2.2.1. En primer lugar, estima que el actor no especificó las normas que considera vulneradas en los términos del artículo 137 del C.C.A.

Igualmente, y a manera de antecedente, indica que la Ley 549 de 1999 creó un ahorro de las entidades territoriales a través del FONPET, debido a la crisis que estaba atravesando por la mora en el pago de las obligaciones pensionales.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

Explica que la Ley contiene una serie de medidas destinadas a cubrir los pasivos pensionales de las entidades territoriales, objetivo que debe cumplirse en un máximo de 30 años. Igualmente, dispone que tanto la Nación como las entidades territoriales habrán de destinar distintos recursos para ese propósito, los que serán administrados por un Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, FONPET, creado a través de la misma ley. En este Fondo cada entidad territorial contará con una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales, alimentada con sus propios recursos y con la porción que le corresponda de los recursos que suministre la Nación.

De esta manera, la Ley 549 de 1999 determinó que no se podrán retirar recursos de la cuenta de cada entidad territorial hasta tanto no se haya cubierto el 100% del pasivo pensional en los términos de su artículo 6°.

Sin embargo, el legislador estableció excepciones para el ahorro dando la posibilidad de hacer retiros en los casos del artículo 5° de la misma Ley, es decir, cuando se encuentra cancelada la totalidad de las obligaciones pensionales.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

A su vez, la Ley 863 creó otra excepción a dicho ahorro pero esta vez en los casos de pago de bonos pensionales, permitiendo utilizar hasta el 50% del saldo disponible en la cuenta del Fondo Nacional de Pensiones FONPET.

Ahora, el artículo 7 del decreto 4105 de 2004 reglamenta la transferencia de activos fijos establecida en el artículo 5 de la Ley 549 de 1999, norma en la cual se autoriza al Gobierno Nacional, para fijar los parámetros dentro de los cuales el FONPET, puede entregar recursos líquidos a las entidades territoriales, no superiores al 30% del saldo de la cuenta de la entidad y no el artículo 51 de la ley 863. Además, el decreto especifica la fuente de las obligaciones pensionales para poder acceder a dicho retiro, haciendo una remisión expresa a la Ley 549 de 1999.

2.2.2. Señala que el fundamento del actor es el artículo 51 de la ley 863 de 2003, la cual expresa que para el cubrimiento de las obligaciones por concepto de bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales, los entes territoriales podrán utilizar hasta el 50% del saldo disponible de la cuenta del FONPET.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

De lo anterior se desprende que el Gobierno está limitado para autorizar dicho porcentaje en los casos mencionados en la norma.

Frente a la afirmación del demandante consistente en que el artículo 51 de la ley 863 de 2003 establece como límite para el retiro de recursos del FONPET, el 50% de saldo y no el 30%, como lo menciona el artículo 7 del decreto 4105 de 2004, habiéndose excedido en sus facultades reglamentarias, explica que ese artículo 7 está regulando un supuesto fáctico diferente al regulado por el artículo 51 de la ley 863 de 2003. Observa que esta norma establece un límite del 30% para las obligaciones pensionales, provenientes de las fuentes de recurso previstas en los numerales 1,2,3,8,9 y 11 del artículo 2 de la ley 549 de 1999 y las entidades territoriales podrán acceder a dichos recursos solo para esos eventos.

Por su parte, el artículo 51 de la ley 863 de 2003, establece otro límite del 50% para un evento distinto, es decir, para el cubrimiento de las obligaciones por concepto de bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

Así, el Gobierno no se excedió en su facultad reglamentaria, pues la norma considerada vulnerada regula un supuesto de hecho diferente de aquel supuesto que establece la norma demandada. Cada norma desarrolla un caso diferente por lo que no existe modificación alguna por parte del decreto 4105.

2.2.3. En cuanto a la autorización del retiro por parte del Ministro de Hacienda y Crédito Público y su delegado en el Comité Directivo del FONPET, resalta que la mencionada norma se encuentra ubicada en el capítulo segundo del decreto 4105 de 2004, referido a los "retiros de recursos para el pago de las obligaciones pensionales", lo cual circunscribe el requisito de la aprobación por parte del Ministro, a los retiros contemplados en el artículo 5 de la ley 549 de 1999.

Para el accionante el voto favorable señalado en la norma es una violación de la autonomía de las entidades territoriales, toda vez que se trata de fondos del ente territorial, que el Alcalde o el Gobernador puede usar cuando se cumplan condiciones objetivas.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

Señala la demandada que la finalidad de la norma radica en no gastar dichos recursos de los entes territoriales, hasta tanto no se complete el 100% del pasivo pensional.

Agrega que el Ministro o su delegado, realizan dicha aprobación de acuerdo con los parámetros establecidos en la misma ley mediante un acto administrativo motivado, luego esa aprobación no obedece al capricho del funcionario público sino a criterios objetivos.

También señala que de acuerdo con el artículo 3° de la ley 549 de 1999, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el administrador del fondo, lo cual implica que es este el que debe velar por la integridad de los recursos.

2.2.4. En lo que respecta a las alegaciones referidas al concepto de saldo que dispone el parágrafo 1° del artículo 1 del decreto 4105 de 2004, advierte que este tiene un propósito atado a la finalidad del fondo de las entidades territoriales, cual es mantener un ahorro de dichos entes para cancelar el pasivo pensional. El saldo se aplica de dicha manera para mantener los objetivos de constitución de reservas a largo plazo y garantizar el derecho a la pensión.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

El sistema señalado en la norma se explica mediante una lógica matemática, ya que si se permitiese para efectos del retiro que se aplicara una vigencia fiscal diferente a la primera vigencia fiscal en la cual sea autorizado el retiro de recursos de la entidad territorial, los retiros que se realicen por parte de los entes terminarían por acabar con los recursos del fondo. En efecto, la imposibilidad de poder retirar dinero de vigencias fiscales anteriores a la primera implica que ese dinero se mantenga para efectos del ahorro para el cual fue creado el fondo.

Igualmente el mecanismo regula lo concerniente a las vigencias fiscales posteriores en las cuales se solicite el retiro de recursos, y plantea que el saldo en cuenta se establecerá teniendo en cuenta únicamente los nuevos recursos que por concepto de aportes y rendimientos financieros hubieren ingresado a la cuenta de la entidad territorial a partir de la fecha de autorización del anterior retiro. Este sistema de nuevos retiros obedece a la misma lógica del concepto de saldo, pues lo que se busca es que el retiro se realice sobre esos nuevos dineros (con el tope del 50%) y no se confunda con los

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

dineros de vigencias fiscales anteriores ya que esto permitiría a los entes territoriales realizar un retiro mucho mayor que con el esquema propuesto en el párrafo 1° del artículo 1 del decreto 4105 de 2004.

La misma lógica se encuentra en la obligación de reintegrar el dinero que se obtiene por parte de los entes territoriales, por concepto de los retiros regulados en la Ley 549 de 1999, Ley 863 de 2003 y en el decreto 4105 de 2004. Para el accionante esta es una norma inútil pero no se debe olvidar que la finalidad del fondo es que las entidades territoriales ahorren hasta completar el 100% de su pasivo pensional.

### **III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

3.1. En primer lugar, el Agente del Ministerio Público, enfatiza en la confusión que impera en el libelo de la demanda, y realizando una interpretación de él, considera que el problema jurídico que se plantea es el determinar si con la expedición de los artículos 1°, 7° y 9° del Decreto 4105 de 1999, el Gobierno Nacional violó el artículo 51 de la Ley 863 de 2003, así como el artículo

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

115 de la Ley 100 de 1993, extralimitándose en su potestad reglamentaria, al reducir del 50% al 30% el tope de las entidades territoriales para realizar retiros del Fondo de pensiones; al incluir una definición de saldo que es extraña a las normas reglamentadas limitándolo a los nuevos recursos e igualmente por establecer que el retiro debe ser aprobado por el Ministro de Hacienda o su representante.

Señala que de los confusos cargos formulados, es necesario consultar el contenido y alcance de todas las disposiciones que se indican en el epígrafe del decreto cuestionado como sustento de su expedición, verbigracia, los artículos 5 y 6 de la Ley 549 de 1999; el parágrafo 3 del artículo 42 de la Ley 643 de 2001, 18 de la Ley 715 de 2001 y 51 de la Ley 863 de 2003, los cuales en su mayoría, no se mencionan en la demanda como contrariados.

Una vez transcritas las normas arriba señaladas, el Ministerio Público procede a realizar la confrontación respectiva con las disposiciones que les dan sustento.

En cuanto al parágrafo 1° del artículo 1° del Decreto 4105 del 9 de diciembre de 2004, se tiene que la norma

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

demandada establece la forma en que deben determinarse el saldo en cuenta o de la cuenta para efectos de los retiros regulados en los artículos 5° y 6° de la Ley 546 de 1999, indicando el aparte demandado que con posterioridad al primer retiro de recursos del FONPET, el cálculo de los recursos disponibles o el saldo para retiros cambia, para tener en cuenta únicamente los aportes y rendimientos financieros que hubieren ingresado a la cuenta de la entidad territorial a partir de la fecha de autorización del anterior retiro.

El mencionado artículo 5° de la Ley 549 de 1999, estableció una modalidad de retiro de recursos del FONPET, contra la entrega de activos por parte de los entes territoriales, retiro que no puede superar el 30% del saldo de la cuenta de la entidad. El artículo 6° regula una modalidad de retiro de recursos bajo el supuesto de que las entidades territoriales tienen cubierto la totalidad de su pasivo pensional y a su turno el artículo 51 de la Ley 863 de 2003, establece una excepción a la norma anterior, habilitándose a las entidades a retirar recursos del FONPET, sin que tuvieren los recursos para cubrir en su totalidad su pasivo pensional, con la finalidad de cubrir obligaciones por

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

concepto de bonos pensionales y cuotas partes pensionales, en un porcentaje hasta del 50% del saldo disponible en la cuenta del FONPET.

Si bien la Ley no estableció lo que debe entenderse como "saldo en cuenta o de la cuenta", el Decreto 4105 de 2004 sí lo indicó en el artículo 1°, numeral 1.3., al señalar que "...el saldo en cuenta será igual al total de los ingresos de cada sector a la fecha de corte, calculados en unidades del FONPET..." por lo que habiéndose dado sentido al citado concepto de "saldo en cuenta o de la cuenta", el parágrafo 1° de la norma enjuiciada, al establecer un criterio distinto para determinar tal concepto para las vigencias fiscales posteriores en las cuales se solicite el retiro de recursos, viola el artículo 5° de la Ley 549 de 1999 y 51 de la Ley 863 de 2003, pues para estas el "saldo en cuenta o de la cuenta", corresponde únicamente a los nuevos recursos que por concepto de aportes y rendimientos financieros hubieren ingresado a la cuenta de la entidad territorial con posterioridad a la fecha de autorización del anterior retiro y no a la totalidad de los ingresos, razón por la cual el cargo formulado por el actor, en el sentido de que se está introduciendo un concepto de saldo no acorde

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

con las normas señaladas, tiene vocación de prosperidad por lo que el aparte de la disposición acusada, párrafo 1° del artículo 1° del Decreto 4105 de 2004, debe desaparecer del ordenamiento jurídico.

3.2. En cuanto a la nulidad del artículo 7° del Decreto 4105 de 2004, en lo que tiene que ver con el aparte "30% del saldo de la cuenta de la entidad", respecto del cual considera el actor que las normas vigentes hablan de hasta un 50% haciendo referencia al artículo 23 de la Ley 797 de 2003 que adicionó un párrafo al artículo 115 de la Ley 100, recuerda que este último, adicionado por la Ley 797 de 2003, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1056 de 2003.

En segundo lugar, el Decreto 4105 de 2004, en su artículo 1°, numeral 1.4., señala que se está regulando una modalidad de retiros cuyo porcentaje máximo es el 30% (Capítulo II), y otra cuyo porcentaje será como máximo del 50% (Capítulo V). La norma demandada pertenece al Capítulo II, por lo que el cargo no está llamado a prosperar, toda vez que el supuesto regulado en el decreto es distinto del señalado en el artículo 51 de la

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

Ley 863 de 2003, cuya regulación se encuentra en otros artículos de la mencionada normatividad.

3.3. También acusa el demandante el numeral 7.5 del artículo 7 del Decreto 4105 de 2004, que trata sobre el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado ante el FONPET. Sobre el punto considera el Agente del Ministerio Público que no se evidencia contradicción alguna entre la norma acusada y la Ley 549 de 1999, toda vez que ella le entregó al Gobierno Nacional la facultad de regular los parámetros generales conforme los cuales el Consejo Directivo del Fondo puede autorizar retiros de recursos del FONPET a los que se refiere el artículo 5°, los cuales fueron establecidos en el Capítulo II del Decreto 4105 de 2004.

3.4. Finalmente, la acusación contra un aparte del artículo 9 del Decreto 4105 de 2004, tampoco evidencia contradicción alguna entre la norma acusada y la Ley 549 de 1999, siendo una mera especulación el que el actor señale que el reintegrar los retiros realizados al fondo en un plazo de dos años sea una figura inútil.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

Concluye el Agente del Ministerio Público que los cargos esbozados por el actor tienen, parcialmente, vocación de prosperidad y por ello solicita que el aparte del parágrafo 1° del artículo 1 del Decreto 4105 de 2004 sea declarado nulo y que se denieguen las demás súplicas de la demanda.

#### IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Aun cuando el actor no es preciso en la identificación de las normas a enjuiciar, es posible suponer, de las quejas vagamente presentadas frente a la normativa acusada, que los apartes del Decreto 4105 de 2004 demandados son los siguientes en lo subrayado:

*Artículo 1°. Determinación del saldo en cuenta para retiros. Para los efectos de la entrega de retiro de recursos del Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, de que tratan los artículos 5° y 6° de la Ley 549 de 1999 y 51 de la Ley 863 de 2003, se establecerá anualmente como saldo en cuenta de las entidades territoriales en el Fonpet el valor acumulado a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la solicitud de retiro, de acuerdo con el siguiente procedimiento:*

(...)

Parágrafo 1°. El procedimiento para establecer el saldo en cuenta de que trata el presente artículo se aplicará en la primera vigencia

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

fiscal en la cual sea autorizado el retiro de recursos a la entidad territorial. Para las vigencias fiscales posteriores en las cuales se solicite el retiro de recursos, el saldo en cuenta se establecerá teniendo en cuenta únicamente los nuevos recursos que por concepto de aportes y rendimientos financieros hubieren ingresado a la cuenta de la entidad territorial a partir de la fecha de autorización del anterior retiro. Lo anterior, con el propósito de mantener los objetivos de constitución de reservas de largo plazo previstos en la Ley 549 de 1999 y garantizar el derecho a la pensión de todos los servidores públicos incluidos en los cálculos actuariales.

Artículo 7°. Parámetros para la autorización de retiros: De conformidad con el artículo 5° de la Ley 549 de 1999, el Comité Directivo de Fonpet podrá autorizar que se entregue a las entidades territoriales un monto de recursos líquidos no superior al treinta por ciento (30%) del saldo de la cuenta de la entidad, con destino al pago de las obligaciones pensionales, proveniente de las fuentes de recursos previstas en los numerales 1, 2, 3, 8, 9 y 11 del artículo 2° de la Ley 549 de 1999, de acuerdo con los siguientes parámetros:

(...)

7.5 Para la aprobación de los retiros será necesario el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado en el Comité Directivo del Fonpet"

Artículo 9°. Constitución de encargo fiduciario:

Una vez autorizado el retiro de recursos por el Comité Directivo de Fonpet, y en todo caso como condición previa al desembolso, la entidad territorial deberá constituir un encargo fiduciario en favor de Fonpet, en entidades legalmente autorizadas para este efecto. Para estos efectos, el plazo de treinta (30) días establecido en el inciso tercero del artículo 2°

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

del presente decreto se contará a partir de la entrega del contrato de encargo fiduciario, debidamente legalizado, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social.

Para los efectos del artículo 5° de la Ley 549 de 1999, se entiende que se requiere la enajenación de los activos si dentro de los dos (2) años siguientes al desembolso de los recursos la entidad territorial no ha restituido al Fonpet el valor de los recursos entregados de acuerdo con este capítulo, actualizados con la rentabilidad promedio obtenida por los patrimonios autónomos del Fonpet, para lo cual el contrato de administración que se celebre deberá establecer las previsiones necesarias. Los recursos obtenidos de la enajenación de los activos deberán entregarse a Fonpet ingresarán a la cuenta de la entidad territorial. Si los activos no fueren enajenados dentro de dicho plazo, o el valor de la venta no fuese suficiente para cubrir el valor actualizado de los recursos entregados, la entidad territorial deberá reembolsar al Fonpet el valor actualizado de los recursos o la diferencia resultante, dentro de la vigencia fiscal siguiente, sin perjuicio de la facultad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de hacer efectiva la garantía de liquidez de que trata el artículo anterior..."

2.- Para la Sala es pertinente llamar la atención en la ambigüedad expositiva de que es objeto la demanda, pues es menester no sólo inferir las normas que pretende enjuiciar el actor, sino además, los cargos de violación y las normas que estima transgredidas, a fin de abordar el estudio de legalidad por aquel solicitado. Tal circunstancia, sin duda, obstaculiza la labor de

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

identificar con precisión lo que efectivamente pretendió acusar el actor ante esta Jurisdicción, sin embargo, y con miras a garantizar el acceso a la justicia, es imperioso efectuar un ejercicio intelectual que permita aproximarse a los cuestionamientos de legalidad por él aducidos<sup>1</sup>.

Así las cosas, la Sala vislumbra que el actor cuestiona las normas arriba identificadas, por los siguientes aspectos esenciales: i) La imposibilidad de utilizar los recursos del Fonpet por parte de los entes territoriales hasta tanto sea cubierto el 100% del pasivo pensional, contraría la Ley 769 de 2003 que en su artículo 23 derogó tal requisito, según adición que esta efectuó al parágrafo 2° del artículo 115 de la Ley 100 de 1993 e igualmente viola el artículo 51 de la Ley 863 de 2004; ii) El concepto de saldo en cuenta para retiros previsto en el decreto, no se halla establecido en ninguna de las disposiciones superiores que regulan la materia, por lo que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desbordó sus facultades reglamentarias al señalar su definición;

---

<sup>1</sup> Esta Sección ha señalado que no es menester la citación expresa de los cargos para que la Jurisdicción proceda al estudio de fondo si estos son descifrables de lo expuesto por el demandante en su libelo. Sobre el tema, léase la Sentencia de 24 de septiembre de 2009, Expediente 2006-00198-00, M.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Sentencia de 11 de febrero de 2010, Expediente 2004-00380-01, M.P. Dra. Maria Claudia Rojas Lasso

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

iii) La aprobación por parte del Ministro o su representante ante el FONPET, para efectos de los retiros, no brinda seguridad alguna al sistema.

3.- A fin de identificar con mayor claridad el asunto materia de litis, es del caso anotar que el Decreto 4105 de 2004 fue emitido en respuesta a una evidente crisis pensional en los entes territoriales, respecto de la cual se expidió inicialmente la Ley 549 de 1999, pretendiendo que aquellos ahorraran recursos mediante la creación del Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet para garantizar el neurálgico pasivo pensional existente.

El artículo 3° de la mencionada Ley dispone lo siguiente sobre la naturaleza y el objeto del Fondo:

"Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet. Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley.

En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.

En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes". (Subrayado fuera de texto).

Nótese, entonces, que el propósito del aludido Fondo es fundamentalmente garantista de las obligaciones pensionales de las entidades territoriales, erigiéndose en un mecanismo de ahorro a largo plazo, que respalde la disponibilidad de fondos para esos efectos.

Pues bien, de las varias críticas sugeridas por el actor, se destaca la relativa a que el no permitir el uso de los recursos del Fonpet por parte de las entidades

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

territoriales, hasta que se halle cubierto el 100% del pasivo pensional es un despropósito que fue derogado por el artículo 23 de la Ley 796 de 2003 y por el artículo 51 de la Ley 863 de 2004, de modo que el Decreto 4105 de 2004 revivió la cuestionada figura.

Para la Sala, no es cierto el anterior planteamiento pues en lo que se refiere a la disposición contenida en el artículo 23 de la Ley 796 de 2003, esta hace alusión, en exclusiva, a la posibilidad de utilizar dichos recursos para cubrir obligaciones por concepto de bonos pensionales. En efecto, la norma adiciona el parágrafo 2 del artículo 115 de la ley 100 de 1993, disponiendo lo siguiente en su aparte pertinente:

*Artículo 115. Bonos pensionales. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.*

(...)

*Parágrafo 2°. Adicionado por la Ley 797 de 2003. Para el cubrimiento de estas obligaciones los entes territoriales podrán utilizar hasta el 50% del saldo disponible en la cuenta del Fondo de Pensiones de las entidades territoriales creado por la ley 549 de 1999 aun cuando no esté constituida la reserva correspondiente al 100% del pasivo pensional. Conforme a las reglas que establezca el Gobierno, estos recursos podrán*

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

*transferirse directamente a las entidades administradoras en nombre de los entes territoriales emisores con la previa autorización.*  
(Subrayado fuera de texto).

De la disposición transcrita es colegible, sin mayor esfuerzo, que la norma percibida por el actor como derogatoria de la exigencia que él debate, regula un aspecto excepcional frente a la regla general de disposición de los recursos del Fondo cuando el pasivo pensional se halle cubierto en el 100%, cual es, se reitera, el que aquellos pudieren ser destinados, en la proporción señalada por la norma, al pago de bonos pensionales.

De otro lado, es de anotar que el artículo 23 de la ley 796 de 2003 fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-1056 de 2003, esto es, con anterioridad a la expedición del Decreto 4105 de 9 de diciembre de 2004, por lo que si la norma hubiere efectivamente derogado el requerimiento anotado, tampoco prosperaría el cargo de ilegalidad, habida cuenta de que aquella cesó sus efectos legales a partir del 11 de noviembre de 2003<sup>2</sup>, de forma tal que no

---

<sup>2</sup> Esta es la fecha de la Sentencia que declaró la inexecutable del artículo 23 de la Ley 796 de 2003. Además, conviene recordar que en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, las sentencias proferidas en ejercicio del control de constitucionalidad tienen efectos hacia el futuro, salvo que en ellas se indique lo contrario.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

era posible inferir transgresión alguna de normas posteriores con respecto a una disposición ya excluida del ordenamiento jurídico.

Bajo el mismo planteamiento de ilegalidad expuesto anteriormente, esto es, revivir una figura jurídica derogada, el actor invoca como norma transgredida, el artículo 51 de la Ley 863 de 2003, frente a lo cual se responde mutatis mutandis que la disposición de la Ley 863 de 2003 alude también a una situación excepcional cual es el pago de bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales, por lo que se trata de regulaciones que derivándose de la Ley 549 de 1999, contemplan un régimen excepcional a esta. Al efecto, la última disposición comentada de la Ley 863 de 2004 dispone:

*"Artículo 51. Para el cubrimiento de las obligaciones por concepto de bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales, los entes territoriales podrán utilizar hasta el cincuenta por ciento (50%) del saldo disponible en la cuenta del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, creado por la Ley 549 de 1999, aun cuando la reserva constituida no haya alcanzado el ciento por ciento (100%) del pasivo pensional. Conforme al reglamento que establezca el Gobierno Nacional, estos recursos podrán transferirse directamente a las entidades administradoras en nombre de los entes territoriales emisores, previa autorización del representante legal respectivo".*

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

Es de advertir, además, que el requisito relativo a que las entidades territoriales dispongan de los recursos del Fonpet cuando hubieren cubierto el 100% de su pasivo pensional, se halla en el artículo 6° de la Ley 549 de 1999, por lo que en modo alguno podría el Decreto cuestionado revivir una figura jurídica, que no ha sido derogada por ninguna disposición normativa posterior a aquella. Así, las normas legales que el demandante ha interpretado como derogatorias, revisten simples tratamientos exceptivos de la Ley 549 de 1999, adoptados por normas con rango de ley.

La Sala no observa, entonces, que el Decreto reviva requisitos o disposiciones que una norma con jerarquía de ley hubiere derogado, por lo que, se recalca, no es de recibo el cargo así formulado.

4.- En lo que respecta al concepto de saldo previsto en el artículo 1°, parágrafo 1° del Decreto 4105 de 2004, sugiere el actor que éste no se aviene a ninguna norma superior que regule el tema, por lo que dicha definición resulta ilegal.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

El demandante cuestiona específicamente el aparte en el que se señala "para las vigencias fiscales posteriores (a la del primer retiro) el saldo se establecerá teniendo en cuenta únicamente los nuevos recursos", o sea que el 70% anterior queda esterilizado por una limitante que no aparece en ninguna de las leyes, ni en la anterior ni en las que la derogan. (SIC) (Las subrayas son del texto del actor).

Es de anotar que la disposición normativa acusada es aplicable frente a los retiros de recursos del Fondo de que tratan los artículos 5° y 6° de la Ley 549 de 1999, según indica el artículo 1° del Decreto 4105 de 2004 arriba transcrito.

Así, el artículo 5° de la mencionada ley señala:

"Artículo 5°. Transferencia de activos fijos. El Gobierno podrá fijar los parámetros generales conforme a los cuales el Consejo Directivo del Fondo podrá autorizar que se entregue a las entidades territoriales un monto de recursos líquidos no superior al treinta por ciento (30%) del saldo de la cuenta de la entidad, con destino al pago de las obligaciones pensionales, proveniente de las fuentes de recursos previstas en los numerales 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11 del artículo 2° de la presente ley. A cambio de estos recursos, se deberán entregar por las entidades territoriales activos fijos que podrán ser

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

administrados en encargos fiduciarios. Dichos activos serán enajenados, en la medida en que se requiera, y los recursos allí obtenidos se transferirán al Fonpet.

Los activos que se entreguen deberán ser enajenables, no se podrán recibir por un monto superior a su valor en libros y, en todo caso, la entidad territorial deberá obligarse a garantizar la liquidez de los mismos en el evento en que ello sea necesario. Además, periódicamente deberá determinarse el valor de mercado de dichos activos y en el evento en que el mismo sea inferior a aquel por el cual se recibió el bien, la entidad territorial quedará obligada a aportar la diferencia en la medida en que ello sea necesario para que los recursos en su cuenta cubran el valor del pasivo pensional de acuerdo con el cálculo actuarial". (Subrayado fuera de texto).

Por su parte el artículo 6° dispone en su parte pertinente:

"Artículo 6°. Retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, no se podrán retirar recursos de la cuenta de cada entidad territorial en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales hasta tanto sumado el monto acumulado en la cuenta territorial en el Fondo Nacional de Pasivos de las Entidades Territoriales con los recursos que tengan en sus Fondos Territoriales de Pensiones o en sus Patrimonios Autónomos o en las reservas legalmente constituidas por las entidades descentralizadas o demás entidades del nivel territorial, se haya cubierto el cien por ciento (100%) del pasivo pensional, de conformidad con el respectivo cálculo actuarial.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

C  
umplido dicho monto, la entidad podrá destinar los recursos del Fondo al pago de pasivos pensionales, siempre y cuando, en todo caso el saldo de la cuenta en el Fonpet, en los Fondos Territoriales de Pensiones, en los Patrimonios Autónomos que tengan constituidos o las reservas constituidas por las entidades descentralizadas u otras entidades del nivel territorial, cubra el cálculo del pasivo pensional total de la entidad.

Mientras la suma de estos saldos, no cubra dicho cálculo, la entidad deberá cubrir sus pasivos pensionales exigibles con los recursos del Fondo Territorial de Pensiones, el Patrimonio Autónomo constituido, las reservas constituidas con ese fin, o con otros recursos."

Del artículo 5° transcrito es posible colegir dos premisas que permiten responder al cuestionamiento del actor, pues por un lado, es clara la facultad otorgada al Ejecutivo para que fije los parámetros conforme a los cuales es posible que se giren recursos del Fondo a las entidades territoriales, sólo que esos recursos no pueden ser superiores al 30% del saldo de la cuenta, según la disposición legal; y, por el otro, la destinación de recursos prevista en la norma, debe servir exclusivamente al pago de obligaciones pensionales cuyos recursos provengan de las fuentes de que trata el artículo 2°, en

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

sus numerales 1, 2, 3, 8, 9, 10 y 11<sup>3</sup>. Lo señalado implica que el giro de fondos así permitido obedece a un tratamiento excepcional, que no rige para todo retiro que

<sup>3</sup> Artículo 2°. Recursos para el pago de los pasivos pensionales. Se destinarán a cubrir los pasivos pensionales los siguientes recursos:

1. Los nuevos recursos que sean transferidos a los departamentos y distritos por concepto de situado fiscal originado en los recursos recaudados por razón del impuesto a las transacciones financieras a que se refiere el artículo 117 de la ley del Plan de Desarrollo, los cuales se destinarán a atender pasivos pensionales territoriales de las áreas de salud y educación, y se repartirán entre dichas áreas y entre departamentos y distritos, en la misma proporción en que se distribuya entre los sectores y entidades mencionadas el situado fiscal en el respectivo año.

2. Los que se produzcan por razón del incremento porcentual en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, que se realice a partir del año 2000, incluido este último, de acuerdo con el parágrafo del artículo 357 de la Constitución Política, que se distribuirá entre las cuentas de las entidades territoriales en la misma forma en que se distribuyan las participaciones en los ingresos de la Nación.

3. Para el año 2000 y siguientes un porcentaje no superior al siete por ciento (7%) de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, y que no comprometan los recursos de destinación específica de las entidades territoriales. Estos recursos se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales con los mismos criterios que se aplican para la distribución de los recursos de inversión del Fondo Nacional de Regalías.

(...)

8. A partir del 1° de enero del año 2001, el 20% del producto del impuesto de registro.

9. A partir del año 2001, el 5% de los ingresos corrientes de libre destinación del respectivo departamento. Dicho porcentaje se incrementará anualmente en un punto porcentual, de tal manera que a partir del año 2006, inclusive, se destine al Fondo el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial.

10. Los ingresos que se obtengan por la explotación del Loto Único Nacional, el cual organizará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Dichos recursos se destinarán a atender el pasivo pensional del sector salud en las entidades territoriales. Inicialmente los recursos tendrán por objeto cubrir la responsabilidad de financiamiento de dicho pasivo prevista en la Ley 60 de 1993, para lo cual la asignación de los recursos se distribuirá entre la Nación y las entidades territoriales en la misma proporción en que deben financiarse estos pasivos pensionales, prevista por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y las disposiciones que la adicionen o reformen. Una vez cubierta la responsabilidad de financiamiento compartida de acuerdo con la mencionada ley, el producto del Loto se destinará a financiar el resto del pasivo pensional del sector salud, de las entidades territoriales

11. A partir del año 2001, el 70% del producto del impuesto de timbre nacional.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

en un momento dado requiera efectuar el ente territorial para el cubrimiento de sus obligaciones pensionales, pues para esto último, los recursos de la cuenta respectiva deben equivaler al 100% del pasivo pensional de acuerdo con el artículo 6° de la misma Ley.

En este orden, la Sala no vislumbra una posible violación del artículo 5° transcrito mediante la adopción del cuestionado concepto de saldo, habida cuenta de la expresa facultad otorgada al Gobierno Nacional para determinar los lineamientos con arreglo a los cuales esos recursos serán entregados a la entidad territorial, de forma tal, que dicha potestad reguladora fue desplegada adecuadamente al establecer que es viable el retiro frente a la utilización de las fuentes de recursos de que trata el mencionado artículo 5°, pero calculando el saldo de la cuenta de una manera que propenda por evitar el agotamiento de los respectivos dineros. De hecho, el objetivo de la creación del Fonpet es precisamente velar por un ahorro que garantice el pasivo pensional advertido en las entidades territoriales, por lo que de permitirse el uso desregulado de los saldos de sus cuentas, indefectiblemente se generaría el riesgo de que las mismas devengan ilíquidas,

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

lo que sí contravendría los objetivos propuestos en la Ley 549 de 1999.

Tampoco se observa violación alguna al artículo 6° de la misma Ley mediante la definición de saldo anotada, por cuanto al regular esta disposición legal el tratamiento general que se le debe proporcionar a las cuentas del Fonpet, corresponde, igualmente, al Gobierno Nacional implementar los mecanismos pertinentes para salvaguardar los correspondientes recursos líquidos y evitar que una vez se cuente con los dineros que cubran el pasivo pensional, los mismos sean utilizados al arbitrio de las entidades territoriales generando un repetitivo colapso en el cubrimiento de las obligaciones pensionales, máxime cuando se trata de instituir un mecanismo de garantía a largo plazo.

De este modo, y para las situaciones señaladas en los artículos 5° y 6° de la mencionada Ley, la norma cuestionada preceptúa que los saldos de los que ha de disponer el ente territorial están conformados por los recursos que ingresen con posterioridad a la última autorización de desembolso, lo que en modo alguno representa vulneración de disposiciones superiores ni un

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

uso excesivo de las facultades reglamentarias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues por un lado, se reitera, este cuenta con la potestad para regular los parámetros tendientes a autorizar el giro de recursos del Fonpet a las entidades territoriales, y es este Ministerio, además, el administrador del Fondo según indica el artículo 3° de la Ley 549 de 1999, lo que corrobora sus facultades para establecer las condiciones para el uso de los recursos, las cuales, al consagrarse en las disposiciones cuestionadas, se aprecian coherentes con el fin último de preservar una liquidez que garantice las obligaciones pensionales de las entidades.

5.- Por otro lado, el artículo 5° hace referencia a un procedimiento especial para la entrega de recursos bajo las condiciones allí previstas, requiriendo a manera de garantía, el que la entidad territorial entregue activos fijos en encargo fiduciario, según los señalamientos indicados para el efecto.

Ante este condicionamiento, el actor debate que el artículo 9° del Decreto 4105 de 2004 estipule que la enajenación de los activos entregados deba efectuarse al cabo de dos (2) años si la entidad territorial no ha

**REF: Radicación número 110010324000200500077 01**  
**Actor: IVAN RESTREPO LINCE**

restituido al Fonpet el valor de los recursos entregados, pues en su entender, no se cubriría el pasivo prestacional con recursos del Fondo, dado el reintegro de que trata la norma.

Para la Sala este planteamiento no configura en sí mismo un cargo de violación a disposiciones superiores, puesto que el demandante tilda esta figura de inútil, sin que efectúe un juicio de legalidad más profundo que el calificativo así otorgado a la misma. No obstante, es de anotar que la Sala no encuentra vicio alguno de legalidad en la regulación prevista en el artículo 9 del Decreto 4105 de 2004, que desarrolla la entrega de recursos en los términos dispuestos por el pluricitado artículo 5° de la ley 549 de 1999, pues precisamente lo que permite es ejecutar dicho desembolso, asegurando el propósito de conservar recursos líquidos en las respectivas cuentas, que es el fin último del sistema en comento.

6.- Finalmente, la Sala no halla reparo de legalidad alguno en que el retiro de los fondos requieran de la autorización del Ministro de Hacienda y Crédito Público o su representante ante el Fonpet, pues como órgano

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

administrador de este, resulta razonable que se prevea su  
anuencia para la disposición de los recursos.

Así las cosas, las disposiciones que acusó el demandante  
se consideran dirigidas a la observancia de los propósitos  
expuestos en la Ley 549 de 1999 y ajustadas a las  
facultades regulatorias del Ejecutivo en la materia, por  
lo que el demandante no logró desvirtuar la presunción de  
legalidad que las ampara, debiéndose denegar las  
pretensiones de la demandada como en efecto se dispondrá  
en la parte resolutive de la presente providencia.

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

**F A L L A:**

**DENIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda.

REF: Radicación número 110010324000200500077 01  
Actor: IVAN RESTREPO LINCE

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

*Marco Antonio Velilla M*  
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO  
PRESIDENTE

*María Elizabeth García González*  
MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

*M. Claudia Rojas Lasso*  
MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

*Guillermo Vargas Ayala*  
GUILLERMO VARGAS AYALA