



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIV - Nº 702

Bogotá, D. C., lunes, 14 de septiembre de 2015

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

CÁMARA DE REPRESENTANTES

LEYES SANCIONADAS

LEY 1767 DE 2015

(septiembre 7)

por medio de la cual se declara patrimonio cultural inmaterial de la Nación la celebración de la Semana Santa en Tunja, Boyacá, y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia
DECRETA:

Artículo 1º. Declárese como patrimonio cultural inmaterial de la Nación la celebración de la Semana Santa en la ciudad de Tunja, departamento de Boyacá.

Artículo 2º. Exhórtese al Gobierno nacional a través del Ministerio de Cultura, para que incluya en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial (LRPCI) del ámbito nacional, la celebración de la Semana Santa en Tunja, Boyacá.

Artículo 3º. Autorícese al Gobierno nacional, a través del Ministerio de Cultura, incluir en el Banco de Proyectos del Ministerio de Cultura, la celebración de la Semana Santa en Tunja, Boyacá.

Artículo 4º. Reconózcase a la ciudad de Tunja, a la Curia Arzobispal y a la Sociedad de Nazarenos de Tunja, como gestores y garantes del rescate de la tradición cultural y religiosa de la Semana Santa de la ciudad de Tunja, siendo el presente un instrumento de homenaje y exaltación a su invaluable labor.

Artículo 5º. La Sociedad de Nazarenos de Tunja y el Consejo Municipal de Cultura de Tunja con el apoyo del Gobierno Municipal de Tunja, el Concejo Municipal de Tunja, el Gobierno Departamental de Boyacá, la Asamblea Departamental de Boyacá, en el marco de su autonomía podrán elaborar la postulación de la celebración de la Semana Santa en Tunja a la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial y el Plan Especial de Salvaguardia (PES).

Artículo 6º. El Gobierno nacional a través del Ministerio de Cultura, podrá incorporar al presupuesto general de la Nación las apropiaciones requeridas para contribuir al fomento, promoción, difusión, internacionalización, conservación, protección y desarrollo del patrimonio

cultural inmaterial de la celebración de la Semana Santa en la ciudad de Tunja, departamento de Boyacá.

Artículo 7º. A partir de la vigencia de la presente ley, la administración municipal de Tunja y la Administración Departamental de Boyacá estarán autorizadas para asignar partidas presupuestales de su respectivo presupuesto anual, para el cumplimiento de las disposiciones consagradas en la presente ley.

Artículo 8º. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

El Presidente del honorable Senado de la República,
Luis Fernando Velasco Chaves.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

Alfredo Rafael Deluque Zuleta.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

Jorge Humberto Mantilla Serrano.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 7 de septiembre de 2015.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro del Interior,

Juan Fernando Cristo Bustos.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Mauricio Cárdenas Santamaría.

La Ministra de Cultura,

Mariana Garcés Córdoba.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 110 DE 2015 CÁMARA

por medio de la cual se modifica la edad máxima de retiro de algunos servidores públicos del orden nacional y de los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. La edad máxima de retiro del cargo para los servidores públicos del nivel directivo o decisorio de las Ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial del Poder Público, de los organismos de control, la organización electoral, los organismos especiales, los jueces y magistrados de la República y sus equivalentes, y de los particulares que ejerzan funciones públicas de modo permanente, será de setenta años.

Artículo 2°. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Sin embargo, las personas que a partir de su entrada en vigencia accedan o se encuentren en ejercicio de cualquiera de los cargos a los que hace referencia el artículo primero, podrán permanecer en los mismos, pero con la obligación de seguir cotizando al régimen de seguridad social, tanto en salud como en pensión, aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

Artículo 3°. Esta ley no modifica el régimen de acceso a ninguno de los cargos a los que se hace referencia en el artículo primero, ni el de permanencia y retiro de los mismos, salvo en la edad máxima de retiro aquí fijada. Tampoco modifica las condiciones, requisitos, circunstancias y demás situaciones establecidas en el régimen general y los regímenes especiales que regulan el acceso al derecho a la pensión de jubilación.

Artículo 4°. La presente ley rige a partir de su publicación en el **Diario Oficial** y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial las contenidas en la Ley 909 de 2004, en los Decretos-ley 2400 de 1968 (artículo 31), 3074 de 1968 (artículo 29) y 250 de 1970 y en los Decretos números 1950 de 1973, 1660 de 1978, 3047 de 1989, 564 de 2006, 1469 de 2010 y 1069 de 2015.

Nombre	Firma
1. Margarita María Restrepo Arango	
2. Santiago Velasco G.	
3. Juan Paredes Bernal	
4. Ana Zamora	
5. F. Jiménez	
6. Reilson Comada	
7. Fernando Arango	
8. Ramiro Buitrago	
9. ALIBIZO	
10. Montoya	
11. Fco. Rafael	

12.	
13.	
14.	
15. ESTANEDO SERRA II	
16.	
17.	
18.	
19.	Alvaro H. Prado
20.	
21.	
22. Samuel Rojas M.	Nicolás Rojas M.
23. Tatiana Cabello	Tatiana Cabello F.
24.	Federico Hojas
25.	MIRIAM FERNANDA AGUIAR
26.	Hugo Hernán González

27.	
28.	Nicolás Guzmán
29.	Hector Sumbria
30. RAFAEL ROMERO	

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El proyecto de ley que ahora se presenta a consideración del Congreso de la República tiene como finalidad ampliar en cinco años la edad de retiro forzoso de algunos servidores del Estado, especialmente cualificados, por cuanto las circunstancias de la vida contemporánea dan cuenta de la desuetud de la norma vigente sobre retiro forzoso, diseñada hace ya casi medio siglo. Para exponer las características del proyecto, se presentará, en primer término, el panorama de la legislación actual sobre retiro forzoso y la atribución exclusiva del Congreso de la República para regular el tema. En segundo lugar se aludirá a los cambios demográficos y profesionales que han tenido lugar en los últimos cincuenta años, y que ameritan la reconsideración sobre las edades máximas de retiro. En tercer lugar se analizarán las bondades de la norma que se propone para la sostenibilidad del régimen pensio-

nal. Por último, se harán algunas conclusiones sobre las características y alcances del proyecto.

1. La legislación actual sobre retiro forzoso y la atribución exclusiva del Congreso para regular el tema

El Congreso de la República tiene la atribución, en exclusiva, para determinar la edad de retiro forzoso de los servidores públicos y de los particulares que ejercen funciones públicas. Así se desprende, para los primeros, del artículo 125 de la Constitución, y para los segundos, de los artículos 123 y 210 de la misma, que señalan que sólo la Constitución o la ley pueden establecer causales para el retiro de los servidores públicos y establecer el régimen de los particulares que ejercen funciones públicas. De hecho, la regulación actual sobre retiro por edad, que se refiere sólo a los servidores públicos, tiene fundamento legal, aunque fue expedido con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución, cuando el régimen de concesión de facultades extraordinarias al Presidente de la República era mucho menos restringido que en la actualidad.

En efecto, el Congreso de la República, mediante la Ley 65 de 1967, le otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para modificar el régimen del personal civil de la rama ejecutiva. En cumplimiento de este mandato el gobierno profirió el Decreto-ley 2400 de 1968, cuyo 31 estableció la edad de retiro forzoso en sesenta y cinco años para todos los empleados públicos, así:

Artículo 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. [...]. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2° del artículo 29 de este decreto.

Las excepciones del artículo 29 fueron luego modificadas por el Decreto-ley 3074 de 1968, para quedar en los siguientes términos:

Artículo 29. Modificado por el artículo 1° del Decreto-ley 3074 de 1968. (...). La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el Gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.

Posteriormente el Gobierno nacional, mediante el Decreto Reglamentario número 1950 de 1973, estableció lo siguiente:

Artículo 122. La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso 2° del artículo 29 del Decreto Nacional número 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año.

Ya bajo la vigencia de la Constitución actual, la Ley 909 de 2004 estableció la edad de retiro forzoso como causal de retiro de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, en los siguientes términos:

Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

[...]

g) Por edad de retiro forzoso;

Por otra parte, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-351 de 1995, declaró exequible el artículo 31 del Decreto-ley 2400 de 1968 y señaló que i) la edad de retiro consagrada en esta norma solo es aplicable a los servidores públicos; y que, ii) la edad de retiro es una limitante al derecho al trabajo, la cual, en cualquier caso, incluso para los particulares que prestan funciones públicas, puede ser impuesta por el constituyente o por el legislador. En tal ocasión la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“El tema que en esta oportunidad ocupa la atención de la Corte es el de si, en virtud de la cláusula general de competencia, puede el Congreso señalar una edad de retiro forzoso, y si puede fijarla en 65 años. Sobre este particular debe, en primer término, recordarse que las Ramas del Poder Público, al tenor del artículo 113, son autónomas e independientes para el cumplimiento de las funciones del Estado y, que concretamente, la legislativa, –cuyo órgano es el Congreso–, lo es para hacer la ley.

[...]

Ahora bien, la Constitución dispone en su artículo 125 que el retiro de los empleos en los órganos y entidades del Estado se hará “*por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley*”. Resulta pues claro que, además de las dos primeras causales antes señaladas, la ley puede establecer otras, y además la Constitución puede señalar otras. Es el caso de la causal establecida en el artículo 233 Superior en forma expresa para los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del

Consejo de Estado, esto es, la de haber llegado a edad de retiro forzoso.

¿A quién corresponde determinar la edad de retiro forzoso? Obviamente si el constituyente no lo ha hecho, dicha potestad queda deferida al legislador, quien, además, dentro de las facultades asignadas en el artículo 125, puede determinarla para los demás servidores públicos. Así lo ha hecho a través del otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que este, a su vez, la determine, como lo hizo mediante el artículo 31 del Decreto-ley 2400 de 1968.

No se le puede impedir al legislador cumplir con su función natural, bajo el argumento de que es la norma constitucional la que debe consagrar exhaustivamente lo referente a la edad del retiro forzoso. Argumentar que sólo la Carta puede determinarla es un despropósito, pues una Constitución no puede prever todos los asuntos susceptibles de ser regulados. Hay que recordar que lo que una Constitución debe contener, en esencia, son las normas fundamentales para la organización del Estado, las reglas generales para el funcionamiento y distribución de competencias entre los Órganos del Poder Público, los principios básicos para el ejercicio y garantía de los derechos, tanto individuales como colectivos, dentro del Estado.

Ahora bien, la aptitud general sobre una regulación, que es la cláusula general de competencia, está abierta hacia las necesidades de la vida en sociedad, que son las que exigen una regulación determinada. Así las cosas, se tiene el siguiente razonamiento: La Carta Política establece el criterio del factor edad como causal de retiro forzoso; las necesidades de la vida social exigen que se determine cuál es esa edad, luego es al legislador a quien corresponde hacerlo de acuerdo con su naturaleza ordenadora”.

Adicionalmente, cabe mencionar que la Corte Constitucional en diferentes decisiones de tutela se ha pronunciado sobre la edad de retiro. Así en la Sentencia T-254 de 2002 reiteró que las disposiciones sobre retiro forzoso de los servidores públicos no se aplican a los cargos de elección popular, y en las Sentencias T-628 de 2006 y T-668 de 2012 ha reiterado que la edad de sesenta y cinco años consagrada en el artículo 31 del Decreto-ley 2400 de 1968, así como la causal de impedimento consagrada en los mismos términos en el artículo 122 del Decreto Reglamentario número 1950 de 1973, sólo aplica para los servidores públicos.

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial se deduce que la edad de retiro forzoso es una limitante tanto para el ejercicio de un empleo público como para el ejercicio de una función pública, y que dicha edad de retiro forzoso puede ser establecida por el Constituyente o por el Legislador tanto para los servidores públicos

como para los particulares que a través de la descentralización por colaboración ejercen funciones públicas. Sobre estos últimos, cabe agregar que no existe regulación legal sobre edad de retiro forzoso, y que la regulación puramente reglamentaria que ha venido aplicándose está siendo enjuiciada por el Honorable Consejo de Estado, que recientemente declaró la suspensión provisional, como medida cautelar, de la edad de retiro forzoso de los curadores urbanos, por cuanto su regulación no proviene de una ley sino de unos decretos presidenciales.

Existe también una situación no resuelta, referida a los Magistrados de las Cortes y otros altos funcionarios del Estado, respecto de los cuales la Constitución estableció períodos fijos, y se ha planteado desde entonces si en tales casos, cuando el funcionario arriba a los 65 años en medio del período para el cual fue elegido, prevalece tal elección o se impone la edad de retiro forzoso, asunto que ha dado lugar a disparidad de criterios jurisprudenciales, disparidad que el Congreso puede zanjar y unificar mediante ley.

2. Cambios demográficos y profesionales que han tenido lugar en los últimos cincuenta años y que ameritan la reconsideración sobre las edades máximas de retiro

En los años sesenta del siglo pasado, es decir, cuando se fijó con carácter general la edad de retiro forzoso en 65 años, la esperanza promedio de vida de los colombianos era de 58 años para las mujeres y de 55 para los varones. Ante esa situación fáctica, el retiro a los 65 años tenía como efecto una limitada aplicación práctica, pero con ella el Estado colombiano reconocía que los cargos públicos no deben ejercerse a perpetuidad y entraba a la tendencia legislativa que hacía carrera en otras naciones al señalar límites de edad para el ejercicio de funciones públicas.

Por supuesto, las condiciones y expectativas de vida han cambiado notablemente desde 1968 en Colombia. En ese entonces la edad de retiro forzoso que se fijó era mayor a la expectativa de vida –en siete años para las mujeres y en diez para los hombres–, lo cual podría incluso señalarse como injusto con los funcionarios públicos, pues a pocos les permitía el disfrute de la jubilación. Por contrapartida, ello traía consigo poca presión para el Sistema Pensional Colombiano.

Hoy son otras las realidades, como se puede apreciar en el siguiente cuadro de la División de Población de la CEPAL, que coincide con cifras del Banco Mundial, según las cuales la expectativa de vida en Colombia para los hombres en 2013 fue de 70 años y 4 meses, y para las mujeres de 77 años y 7 meses. El DANE calcula que para el año 2020 el 8,5% de la población colombiana estará por encima de la actual edad de retiro forzoso.

COLOMBIA
INDICADORES DEL CRECIMIENTO DEMOGRÁFICO ESTIMADOS Y PROYECTADOS POR QUINQUENIOS
(Período / Period 1950-2100)

Indicadores demográficos/ Demographic indicators	Quinquenio / Quinquennia													
	1950-1955	1955-1960	1960-1965	1965-1970	1970-1975	1975-1980	1980-1985	1985-1990	1990-1995	1995-2000	2000-2005	2005-2010	2010-2015	2015-2020
Esperanza de vida / Life expectancy al nacer/ at birth														
Ambos sexos / Both sexes	50,6	55,2	57,9	60,1	61,8	64,0	66,9	68,0	68,7	70,3	71,7	72,9	73,8	74,6
Hombres / Males	49,0	53,5	56,2	58,3	59,7	61,8	63,6	64,5	64,5	66,5	68,0	69,2	70,2	71,1
Mujeres / Females	52,3	56,9	59,7	61,8	63,9	66,3	70,2	71,7	73,0	74,2	75,4	76,6	77,4	78,1

Fuente: CELADE - División de Población de la CEPAL, Revisión 2013.
 Source: CELADE - Population division of ECLAC, 2013 Revision.

Por fortuna, en el país han disminuido las cifras de mortalidad prematura, tanto por enfermedades como por infecciones crónicas, y se ha incrementado la calidad de las condiciones médicas, nutricionales, de vacunación y habitacionales de los ciudadanos, lo cual ha ampliado notoriamente las expectativas de vida de los colombianos. Igualmente, y a pesar de cualquier dificultad, hoy Colombia tiene más personas amparadas por los distintos regímenes de seguridad social.

A pesar de lo anterior, la legislación sigue inmutable. El límite de edad para los funcionarios públicos no se ha movido a pesar de la evidencia de que es hora de ajustar la legislación para que responda de manera eficiente a las condiciones actuales y permita la sostenibilidad del sistema pensional.

Por eso se propone la ampliación en cinco años de la edad de retiro forzoso para aquellos cargos en los que tiene especial relieve la experiencia, los conocimientos adquiridos y la ponderación propia de la madurez, esto es, aquellos centrados en la actividad intelectual, directiva o creativa, por la evidencia de que a los 65 años todavía hay mucho que pueden aportar estas personas a la sociedad. Resulta un tanto arbitrario y un desperdicio de recursos humanos e intelectuales desaprovechar tal experiencia y conocimientos adquiridos con el ejercicio mismo de las funciones.

En el mundo hay un cierto consenso sobre la necesidad de aprovechar la experiencia para el beneficio de la sociedad. En el año 2002 Colombia suscribió con otros 159 países el llamado Plan de Acción de Madrid, una iniciativa mundial para encarar el reto del envejecimiento en el siglo XXI. En él se establecen políticas para estimular la participación eficaz y plena de las personas mayores en la vida económica, política, social y cultural de las naciones. En ese pacto, nuestro país se comprometió a promover actitudes favorables a los trabajadores de mayor edad de manera que puedan seguir en sus empleos y promover la conciencia de su valor en el mercado laboral. Una ley que modifique la edad de retiro forzoso para ciertos profesionales, para que puedan seguir aportando su saber intelectual estaría en consonancia con este compromiso internacional.

Efectivamente, una ventaja con la edad de retiro ampliada y por tanto la jubilación flexible es la de retener el conocimiento de los empleados dentro de las entidades, especialmente el conocimiento

tácito y no explícito, que sólo se obtiene con la experiencia y que hoy en día es una necesidad apremiante de las instituciones. Según la gerontología cognitiva, los mayores aventajan a los jóvenes en un saber derivado de la experiencia, que se conoce con el nombre de “inteligencia depurada”, el cual determina que al envejecer no se atrofian todas las funciones cerebrales, por el contrario, se refuerzan determinados procesos (Giraldo Ocampo & Cardona Arango, 2010).

Adicionalmente la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha hecho énfasis en el componente de equidad al hacer un llamado para que se reduzca la tasa de reemplazo y se incrementen los periodos para acceder a la pensión.

Así mismo, un vistazo al derecho comparado permite apreciar que algunos países han considerado válido que personas de altos cargos permanezcan de manera indefinida y sin límite de edad, como el caso de los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica; otras legislaciones optaron por límites como Chile, donde los jueces y magistrados cesan sus actividades a los 75 años, o como en Uruguay y Ecuador donde la edad de retiro forzoso para los funcionarios públicos es de 70 años. En España, aunque en general la edad de retiro es a los 65 años, los profesores universitarios, los magistrados, jueces, fiscales, secretarios judiciales y registradores de la propiedad, tienen señalada la edad de retiro y jubilación a los 70 años. Se concluye con estos ejemplos, que Colombia, al introducir esta modificación, estaría en consonancia con la tendencia y realidad que acepta el resto del mundo en este aspecto.

Debe dejarse en claro, eso sí, que la edad de retiro forzoso, tal como está establecida hoy en día, ha traído beneficios para algunos servidores públicos cuyos oficios exigen de esfuerzo físico o les someten a riesgos especiales. Es claro, por ejemplo, que los trabajadores oficiales o los vinculados en régimen de carrera administrativa, o los miembros de la Fuerza Pública, por poner algunos ejemplos, deben seguir amparados bien con el régimen actual, o con sus regímenes especiales. En ese sentido, es procedente resaltar que este proyecto para nada toca los regímenes especiales ya consagrados en nuestra legislación, por considerarse que ese no es el tema que ocupa esta enmienda propuesta.

3. Bondades de la norma que se propone para la sostenibilidad del régimen pensional

De acuerdo con el estudio de la OCDE, “Pensions at a Glance 2013 OECD AND G20 Indicators”¹, el panorama de las pensiones en los países miembros ha cambiado de manera asombrosa en los últimos años, y han adelantado reformas que incluyen aumentos en la edad de jubilación, cambios en la forma en que se calculan los derechos y otras medidas para introducir el ahorro en sus sistemas de pensión, teniendo como meta cómo hacer que estos sistemas sean financieramente sostenibles y, al tiempo, garantizarle a los ciudadanos un ingreso adecuado al momento de su retiro.

Así, por ejemplo, en Australia se eliminó el límite de edad de 70 años en las contribuciones obligatorias a los planes privados de pensiones. En Francia, desde 2012, se aumentaron los años de contribución del sector público para obtener una pensión plena. En Alemania, la edad normal de pensión se incrementó a 67 años para los nacidos después de 1964. En Hungría, la edad se incrementará gradualmente a 65 años entre 2012 y 2017, y en Irlanda, a 68 años entre 2014 y 2018. En Noruega, se estableció una edad flexible de retiro entre los 62 y los 75 años.

Así, pues, la tendencia mundial se dirige hacia el aumento de las edades normales de pensión por razones de sostenibilidad financiera y búsqueda de un mejor ingreso en la vejez.

En el proyecto de ley que se propone al Congreso de la República, los empleados continúan aportando durante un periodo adicional de hasta cinco años, contribuciones que incrementan el fondo general de pensiones y, adicionalmente, el retorno de la pensión disminuye por la sencilla razón que ese tiempo en la expectativa de vida proyectada del pensionado disminuye, quedando un saldo no retornado, ni pagado en el fondo pensional. A manera de ejemplo, sencillo y elocuente, miremos el caso de un empleado que a los 65 años tiene derecho a su pensión y que por la media de la expectativa de vida, tendría un retorno de la misma por 10 años, mientras que si la misma persona continúa aportando por cinco años más, el retorno del beneficio pensional, solamente sería por 5 años. En otras palabras, el fondo pensional recibe aportes adicionales por 5 años y retorna beneficios pensionales o mesadas por 5 años menos.

Este ejemplo grafica de manera sencilla la conveniencia del proyecto de ley que indudablemente tiene un gran sentido social de equilibrio y justicia.

El proyecto de ley deja una herramienta de la mayor trascendencia para el interesado, al acogerse al periodo adicional de trabajo, y es de entender que, esta decisión es absolutamente autónoma y

voluntaria, dando así una alternativa que le permite acogerse o no, a esta nueva figura del denominado retiro laboral o retiro forzoso del empleo.

La propuesta legislativa preserva y observa la Constitución y garantiza el derecho de igualdad, pero sobre todo, el derecho de llegar a una edad madura con dignidad y una vida con alto porcentaje de calidad.

Independientemente de esta breve exposición entregamos los estudios estadísticos financieros y económicos que hacen viable la propuesta y sobre todo, que desahoga al Estado de esta grave crisis que diariamente aumenta el referido “hueco pensional”, que puede llevarnos a un conflicto social de efectos demoledores para la estabilidad de nuestra democracia y sus instituciones.

Ciertamente, la propuesta que contiene este proyecto de ley trae consigo un importante beneficio cuantitativo para el sistema pensional, como quiera que disminuye a cero el subsidio estatal a las pensiones de quienes opten por permanecer en sus cargos hasta la edad de 70 años.

En efecto, en el régimen actual de prima media, en el que la pensión se puede obtener desde los 57 o los 62 años (dependiendo del sexo del trabajador) y la obligatoriedad de retirarse del cargo como máximo al cumplir los 65 años, se tiene que, dado el promedio de vida actual de los pensionados, cada funcionario pensionado recibirá por concepto de pensión una cifra que superará en alrededor de mil millones de pesos, lo que cotizó en su vida laboral. Esto es lo que se llama subsidio estatal a las pensiones, que castiga fuertemente la sostenibilidad económica del sistema pensional, especialmente a medida que los promedios de vida van aumentando.

En cifras más precisas, por cada hombre de alto rango salarial que se retire forzosamente a los 65 años, debe calcularse un subsidio pensional de \$815.848.169, y por cada mujer, en las mismas condiciones, el subsidio es de \$1.044.167.199, subsidios que cubre actualmente el Estado con dineros del Tesoro General de la Nación.

Un estudio actuarial (cuyos resultados se anejan a esta exposición de motivos), permite apreciar que la permanencia en el cargo de estos servidores públicos con remuneraciones altas durante cinco años más, manteniendo sus cotizaciones al régimen de seguridad social aunque ya hayan completado los requisitos de jubilación, disminuye a cero ese subsidio, en razón del mayor número de cotizaciones y el menor período en que se disfrutará de la pensión de jubilación.

Es por ello que el proyecto de ley establece que todas las personas amparadas por la nueva edad de retiro forzoso deberán seguir cotizando al régimen de seguridad social hasta el día de su retiro efectivo del cargo, aunque hayan consolidado previamente su derecho a gozar de una pensión de jubilación.

¹ <http://www.oecd.org/pensions/public-pensions/OECD-PensionsAtAGlance2013.pdf>

Así mismo, en cuanto al sistema de salud, los recursos adicionales que recibirá el sistema de seguridad social en salud le permitirá disponer de recursos adicionales en la cuenta de compensación dedicada a la solidaridad que permite generar un mejor nivel de atención y una mayor cobertura en el régimen subsidiado.

4. Conclusiones

Son numerosas las bondades del proyecto de ley de ampliación de la edad máxima de retiro de determinados cargos a setenta años. Por una parte, se capitaliza el conocimiento y la experiencia de población adulta que cuenta con una importante experiencia y madurez para el manejo de funciones públicas siempre delicadas y, por otra, se alivia de modo significativo la carga financiera del sistema pensional a cargo del Estado, como quiera que se elimina el subsidio pensional que en la actualidad existe para cada pensionado que se retira como máximo a los 65 años de edad.

La propuesta, por lo demás, le apunta a la autonomía de los trabajadores, como quiera que la permanencia en el cargo después de haber completado los requisitos para la pensión de jubilación, y hasta el límite de 70 años, es voluntaria, pero quien decida continuar en el ejercicio de su cargo, debe seguir cotizando a la seguridad social del mismo modo y en la misma cuantía que lo venía haciendo con antelación.

Así las cosas, entre las diferentes opciones que se pueden buscar para enfrentar el tema de la ampliación de las expectativas de edad, el envejecimiento de la población, el aprovechamiento de la experiencia y la sostenibilidad del régimen pensional, esta propuesta es benéfica y definitiva a mediano y largo plazo, a la vez que se aleja de toda consideración sobre distinciones políticas, raciales, religiosas, sociales o de género.

Por lo anterior, con el presente proyecto de ley, ajeno a exclusiones o protagonismo político, hacemos una propuesta al Congreso de la República para que sin vacilación alguna la estudie, analice y acoja, ya que ella se fundamenta, entre otras, en estas consideraciones:

- Se mantienen los aportes pensionales en los porcentajes que actualmente señala la ley.
- Se mantiene la edad que actualmente se tiene como requisito para acceder a la pensión de jubilación.
- Se mantiene el número de semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez.
- Se facilita y da la **opción voluntaria** a todos los servidores públicos del ámbito directivo y a los particulares que cumplan funciones públicas, para que una vez cumplidos los requisitos del número de semanas cotizadas y edad, puedan suspender el beneficio del reconocimiento pensional y continuar laborando por un tiempo máximo de 5 años,

bajo la condición de no recibir la mesada pensional y seguir aportando por el periodo adicional de esos mismos 5 años, teniendo la opción de renunciar a este reconocimiento y hacer efectiva su pensión.

Nombre	Firma
2. Margarita María Restrepo Arango	<i>Margarita</i>
2. TOR CAROLLO GARCIA	<i>J. P. G.</i>
3. Ciro Ramirez	<i>C. Ramirez</i>
4. F. Serrano	Federico P. Serrano
5. Restrepo Carolo de	<i>Restrepo</i>
6. Fernando Arango	<i>F. Arango</i>
7. CARLOS ALBERTO USIBO	<i>Carlo</i>
8. Ivan Dige	<i>Ivan Dige</i>
9. Ricardo Holguin	<i>Ricardo</i>
10. Alvaro Ramirez Maya	<i>Alvaro</i>
11. J. Mantilla Serrano	<i>J. Mantilla</i>

12. EDUARDO RESTREPO	<i>E. Restrepo</i>
13. José María Sánchez	<i>J. Sánchez</i>
14. Alvaro Uribe Plata	<i>Alvaro</i>
15. Wilson Torres Valencia	<i>Wilson</i>
16. Samuel Higos M.	<i>S. Higos</i>
17. Tatiana Caballo	<i>Tatiana Caballo</i>
18. FERNANDO SIERRA T.	<i>F. Sierra</i>
19. J. Mantilla	<i>J. Mantilla</i>
20. J. Mantilla	MARIA FERNANDA ORAL
21. Hugo Herrero Valencia	<i>Hugo Herrero</i>
22. Alvaro Uribe Plata	<i>Alvaro Uribe</i>
23. Alvaro Uribe Plata	<i>Alvaro Uribe</i>
24. RAFAEL POHON	<i>Rafael</i>
25.	
26.	

**CÁMARA DE REPRESENTANTES
SECRETARÍA GENERAL**

El día 11 de septiembre de 2015 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 110 con su correspondiente exposición de motivos, por la honorable Representante *Margarita Restrepo*; honorables Senadores *Paola Holguín*, *Álvaro Uribe*; honorable Representante *Santiago Valencia*.

El Secretario General,
Jorge Humberto Mantilla Serrano.

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 058 DE 2015 CÁMARA

por el cual se modifica el artículo 90 de la Constitución Política.

Bogotá, D. C., 10 de septiembre de 2015

Honorable Representante

MIGUEL ÁNGEL PINTO HERNÁNDEZ

Presidente

Comisión Primera Constitucional

Cámara de Representantes

Ciudad

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 5ª de 1992, me permito presentar informe de ponencia para primer debate al **Proyecto de Acto Legislativo número 058 de 2015 Cámara, por el cual se modifica el artículo 90 de la Constitución Política**, para lo cual fui designado como ponente por la Honorable Mesa Directiva de la Comisión Primera, ponencia que se sustenta en los siguientes términos:

I. Trámite de la Iniciativa

El día cinco (5) de agosto del presente año, el suscrito radicó ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes el Proyecto de Acto Legislativo número 058 de 2015 Cámara, *por el cual se modifica el artículo 90 de la Constitución Política*. Este Proyecto de Acto Legislativo también fue apoyado y firmado por otros veinticuatro (24) honorables Representantes. La iniciativa fue publicada en la *Gaceta del Congreso* número 577 de 2015.

Por designación de la Honorable Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, Acta número 002, fui nombrado para rendir informe de ponencia en primer debate conforme al Oficio C.P.C.3.1-0066-2015 de fecha 12 de agosto de 2015.

II. Objeto y Contenido del Proyecto de Acto Legislativo

El presente Proyecto de Acto Legislativo tiene por objeto reformar el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia con el fin de que sea posible reglamentar en virtud de la ley, las diferentes tipologías del daño causado por el Estado, cuando estas sean objeto de fijación *arbitrio iuris*, así como sus montos, condiciones y límites para la responsabilidad estatal.

La idea es que, una vez aprobado el Acto Legislativo, se proceda por vía legal no solo a reglamentar aquellos eventos en los cuales la responsabilidad del Estado pueda estar limitada, condicionada, o excluida, sino también, a fortalecer la Acción de

Repetición para hacerla mucho más efectiva, y a consolidar la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado dotándola de mejores herramientas para su cabal funcionamiento. Solo con esta visión integral se puede detener el desangre de las finanzas públicas. Tal como están las cosas, los fallos en contra del Estado significan una vena abierta, en detrimento de los recursos públicos, es decir, en perjuicio de los recursos que nos pertenecen a todos.

La propuesta constitucional, que supone el primer gran paso en el propósito global, se puede apreciar en el siguiente cuadro comparativo:

Texto vigente en la Constitución, y texto propuesto en el Proyecto de Acto Legislativo

TEXTO CONSTITUCIONAL	TEXTO PROPUESTO EN PROYECTO
<p>Artículo 90 de la Constitución Política.</p> <p>“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.</p>	<p>Artículo 1º. El artículo 90 de la Constitución quedará así: “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este. <i>La ley podrá establecer los eventos en que la responsabilidad del Estado esté limitada, condicionada o excluida”.</i></p>

III. Consideraciones

• Marco Jurídico

Es contundente la potestad que tiene el Legislador para fijar reglas especiales relacionadas con la cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez, reafirmada entre otras en las Sentencias C-916 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-1008 de 2010 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva de la Corte Constitucional, en la que precisan que el legislador:

C-916 de 2002.

“Al definir el alcance de la ‘reparación integral’ puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pue-

den consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados”.

En el mismo sentido, y repitiendo algunos apartes, esta alta Corte a través de la Sentencia C-1008 de 2010 manifiesta:

C-1008 de 2010.

“La Carta Política no precisa cuáles daños deben ser reparados, ni la forma en que deben ser cuantificados, para que se entienda que ha habido una indemnización integral. Tampoco prohíbe que se indemnice cierto tipo de daños. Se limita a reconocer que las víctimas y perjudicados por un hecho punible tienen derecho a la reparación, mediante “la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito” (artículo 250, numeral 1, C. P.).

Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la “reparación integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados”.

Este criterio fue reiterado, también en materia extracontractual, a propósito de una sentencia proferida en relación con la expresión “reparación integral” contenida en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, respecto de la responsabilidad estatal. No obstante que sobre esta específica acusación se produjo fallo inhibitorio, la Corte ratificó que:

“(…) Si como lo ha sostenido la Corte, el derecho a la reparación es un derecho regulable y materia de configuración legislativa, el escenario adecuado para debatir sobre la forma como tiene que aplicarse el sistema de reparación a favor de las víctimas y afectados es el Congreso de la República y no la Corte Constitucional. (…)

Con base en las anteriores providencias, autores como el doctor Juan Carlos Henao y el doctor Esguerra, han concluido, (luego de realizar extensos diagnósticos sobre la evolución y la constante ampliación que en materia jurisprudencial ha tenido este tema tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Suprema de Justicia y hasta la misma Corte Constitucional, y que dejan entrever **la imperio-**

sa necesidad de establecer, determinar y unificar criterios), que podría presentarse, de manera directa, un proyecto de ley para reglamentar el artículo 90, incluyendo en él, las categorías de daños, los eventuales condicionamientos o limitaciones o exclusiones, la definición y diferenciación clara entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva, (y en qué caso aplicaría una o la otra), el concepto de reparación integral, etc., etc.

Precisamente, en su documento “Diagnóstico del Sistema de Reparación de Daños Originados en la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia”, el doctor Juan Carlos Henao plantea:

“... puede válidamente [el Congreso de la República] legislar precisando el alcance del mismo y puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas [...] Puede el legislador también fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez...”.

Y en similares términos, el doctor Esguerra en su informe “Diagnóstico del Régimen Jurídico de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia” manifiesta:

“Bien se señaló en la Asamblea Nacional Constituyente el efecto que tendría dicha norma dicha norma, cuando se dijo, en medio de la discusión sobre la adopción del hoy artículo 90 del texto constitucional, que con él:

“[S]e desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”.

Hoy cabría decir, más aún, que el sentido y alcance del artículo 90 constitucional, que en ocasiones sigue generando discusión entre teóricos del derecho y operadores jurídicos, se puede encontrar en detalle y con claridad en su exposición de motivos. Tal sentido es, según entonces se dijo:

[...]

“Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que, para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para el efecto quedará, naturalmente, en manos de la

ley y la jurisprudencia” (Subrayado y negrillas del suscrito).

No obstante lo anterior, para blindar por completo cualquier modificación legal, es preciso y absolutamente pertinente modificar primero el artículo 90 de nuestra Carta Política, con un inciso que no permita que se filtre duda alguna sobre la plena facultad del legislador para que sea vía legal que, posteriormente, se reglamente toda la materia.

Y es necesario porque de no hacerse así, eventualmente podría ocurrir, que una interpretación de la Corte Constitucional termine estableciendo que el legislador ha excedido sus facultades y que el artículo 90 no le permitía entrar en esa reglamentación.

Con base en este Proyecto de Acto Legislativo, este artículo señalaría **un régimen objetivo de la responsabilidad del Estado, dándole la potestad al legislador para limitarla y, por ende, regímenes subjetivos que abarcan principios abiertos de reparación integral no tendrían cabida**, debido a que no tendría justificación.

El legislador quedaría habilitado para establecer que como daños de carácter extra patrimonial, se pague un solo valor que incluya todos los daños no susceptibles de cuantificación en dinero, evitando la duplicidad de las indemnizaciones.

Ya habrá tiempo suficiente para la discusión y debate del proyecto de ley que atienda la reglamentación de esta materia. Pero se esperaría que la indemnización estuviere dirigida hacia las víctimas directas cuando se afectare su integridad física y síquica, y respecto de las indirectas a los eventos de muerte de una persona y de incapacidad total y permanente de la víctima directa. Lo que suprimiría la posibilidad de reclamar daños morales por transmisión o *iure hereditario*.

Con una ley basada en la defensa del Estado Social de Derecho y en el principio rector del Interés General, las personas que tendrían derecho a esta indemnización serían solo: i) la víctima directa del daño; ii) sus padres; iii) sus hijos; iv) su cónyuge o compañera (o) permanente. De este modo, se restringiría la posibilidad de reclamar daños para otros parientes, como es el caso de los hermanos, abuelos, suegros y otros familiares o amigos de la víctima.

Si observamos lo que ocurre en el Derecho Laboral Privado, encontramos que existen límites precisos a las indemnizaciones por casos como el **despido sin justa causa**, tal como se ha establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que fue reformado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, en relación con la indemnización de perjuicios causados con la terminación del contrato, lo que eventualmente comprende el lucro cesante (ingresos dejados de percibir por la terminación del contrato) y el daño emergente (perjuicio ocasionado por la terminación del contrato).

Por ejemplo, si una persona lleva más de diez años trabajando en la compañía con contrato a término indefinido, se seguirá aplicando lo previsto en el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y que versa sobre la Terminación Unilateral del Contrato.

Si la persona lleva nueve años de servicio, devenga menos de diez salarios mínimos y es despedido sin justa causa, le deben pagar 30 días por el primer año y 20 por los ocho siguientes. En total, 190 días se le pagarían al trabajador.

Y si usted lleva nueve años de servicio, devenga más de diez salarios mínimos y es despedido sin justa causa, le deben pagar 20 días por el primer año y 15 por los ocho siguientes. En total, se le pagarían al despedido 140 días de trabajo.

Para ilustrar lo anterior, obsérvese la siguiente tabla de indemnizaciones por despidos sin justa causa, propias del Derecho Laboral Privado:

TABLA DE INDEMNIZACIÓN A CARGO DEL EMPLEADOR POR TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA EN EL DERECHO LABORAL PRIVADO

(Artículo 64 C.S.T. Reformado por la Ley 789 de 2002 artículo 28)

Trabajadores que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes	1. Hasta un (1) año de servicio = 30 días de salario.
	2. Más de un año de servicio = treinta (30) días de salario por el primer año y veinte (20) adicionales por cada año y proporcionalmente por fracción.
Trabajadores con diez (10) o más smmlv	1. Hasta un (1) año de servicio = 20 días de salario
	2. Más de un (1) año = veinte (20) días de salario por el primer año y quince (15) adicionales por cada año y proporcionalmente por fracción de año.
En los contratos a término fijo,	El valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato.
En los Contratos por la duración del término de la labor contratada	La indemnización corresponderá al tiempo que falte para la finalización de la obra o labor, sin que en ningún caso sea inferior a 15 días.
Trabajadores con más de (10) años de servicio el 27 de diciembre/02, se rigen por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990.	

Como se aprecia claramente, **existen límites y tarifas preestablecidas en el derecho laboral privado**. No ocurre así en el Derecho Laboral Público, como quiera que si un trabajador es declarado insubsistente y presenta una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual se demora en resolver varios años y resulta vencedor del pleito, el Estado tiene la obligación de pagarle la totalidad de los salarios dejados de percibir hasta el momento de su reintegro, por lo que resulta cancelando los salarios de la persona que reemplazó al despedido, así como los de este, causándose un evidente detrimento patrimonial a pesar de lo reglado en la Ley 909 de 2004 (**regula**

el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública).

Por otro lado, tenemos que recordar lo que establece la Ley 1448 de 2011 en relación con la reparación a las víctimas del conflicto armado, como quiera que se ordena al Consejo de Estado que las indemnizaciones que se les otorgue, deben atenderse a la responsabilidad fiscal y al carácter transicional de las medidas.

Si a las víctimas del conflicto, sujetos en extrema vulnerabilidad, se les imponen límites en las reclamaciones que hagan al Estado, **no se entendería que los demás ciudadanos pudieren “aprovecharse” sin limitación alguna de los recursos menguados del Estado, los cuales pertenecen a todos los colombianos.**

Otro aspecto que llama la atención, está relacionado con las inversiones extranjeras, toda vez que hay una sobreprotección en la que no existen límites indemnizatorios, sino por el contrario, se les dan todas las ventajas sobre el Estado, como ocurre en el capítulo de solución de controversias del TLC firmado con EE.UU. Así también, si revisamos las estipulaciones contempladas en casos de daños a la propiedad intelectual, que son extremadamente generosas con esas compañías y/o particulares extranjeros (Capítulo titulado ‘Solución de Controversias’).

• Justificación de la Iniciativa

Es notoria la necesidad de establecer criterios reguladores que le permitan al Estado colombiano controlar deficiencias institucionales y problemas concretos de la cotidianidad. Se trata de ajustar el artículo 90 a las características propias del Estado Social de Derecho, en el cual el interés general constituye la razón de ser del funcionamiento del Estado y, por lo mismo, de todas sus políticas públicas.

En la actualidad, son miles los casos en los cuales, con base en demandas contra el Estado, se obtienen inmensos beneficios individuales, desproporcionados e injustos. Aún en los casos en los cuales el daño producido por el Estado y sus agentes es real, y la indemnización debe operar, la manera como vía jurisprudencial se regulan las tipologías de daño y sus montos, resulta en extremo onerosa y perjudicial para las arcas públicas, evidentemente en contra del interés general del Estado, o de la inmensa mayoría del cuerpo ciudadano.

La responsabilidad del Estado está regulada por el artículo 90 de la actual Constitución Política que optó por el concepto de daño antijurídico y acogió un fundamento objetivo.

La doctrina establece un vínculo estrecho entre la culpa y la extensión de la reparación y considera que en los regímenes objetivos (como el previsto en el artículo 90 de la Constitución Política) no debería tener cabida la indemnización del daño extrapatrimonial.

Yves Laquette, en la presentación del Libro de Clothilde Grare titulado “*Investigación de la coherencia del agravio*” destaca:

“Con la consagración de la responsabilidad puramente objetiva, la función de la responsabilidad se transformó totalmente. Se trata ahora de desplazar el peso de la fatalidad de la cabeza de la víctima sobre una persona cuyo comportamiento puede ser irreprochable. La injusticia aparece flagrante si no se pudiera contar con el aseguramiento del daño y trasladar la reparación a una comunidad (la de los asegurados) imponiendo al responsable sólo la obligación de pagar la prima.

Para tomar consciencia de la relación entre el fundamento de la responsabilidad y la extensión de la reparación hay que tener en cuenta que el derecho antiguo (anterior al Código de Napoleón) consagraba una graduación de culpas y modulaba, con base en ellas, la extensión de la reparación (graduación que se introdujo en nuestro código gracias a Andrés Bello). De acuerdo con el artículo 1.384 del C.C. la imprudencia y la negligencia comprometen la responsabilidad de su autor en los mismos términos que se compromete la del autor de un delito civil.

La modulación se abandona (la culpa, cualquier culpa es suficiente) y la reparación integral se justifica plenamente porque corresponde a los dos objetivos de la indemnización (reparación y sanción). Del lado del autor no había ningún inconveniente en prever la reparación de la totalidad del perjuicio, desde luego que él había obrado con culpa. ¿Pero, así fundado, el principio de reparación integral, tenía vocación de aplicación cuando aparecieron las hipótesis de responsabilidad sin falta? Podíamos suponer, teniendo en cuenta la ley de accidentes de trabajo que vincula una reparación tarifada a una responsabilidad objetiva, que esa era la vía a seguir: responsabilidad objetiva o de pleno derecho, reparación limitada.

Los jueces, guiados por la ideología de la reparación retuvieron sin embargo el sistema de la mayor indemnización; y el legislador optó por regular una multiplicidad de regímenes de indemnización, (objetivos y tarifados), en vez de refundar el derecho de la responsabilidad civil. De este modo tenemos un sistema de responsabilidad donde la coherencia no es la principal de sus cualidades, el cual parece actualmente llegar a sus límites. Conjugado con un principio de reparación integral sistemáticamente practicado, la demanda de indemnizaciones sobrepasa los imperativos presupuestales y la capacidad económica de las aseguradoras....

Adicionalmente a lo anterior, la ausencia de reglamentación de la indemnización, la cual queda abandonada a la apreciación soberana de los jueces de fondo, da lugar a enormes desigualdades...

La falta no es más condición de la responsabilidad y la prueba de ausencia de falta no exonera al

responsable. Sin embargo, esa fue la única reforma que se introdujo al sistema. Para todas las demás reglas, como la apreciación de las condiciones del perjuicio y de la causalidad o las relativas a la reparación, la existencia de responsabilidad sin falta no tuvo consecuencias.

La autora propone restablecer la coherencia con el objeto de establecer límites financieros al sistema y recuperar la función normativa de la responsabilidad. Parte de considerar que en el marco de la responsabilidad subjetiva con la indemnización se repara el perjuicio de la víctima y el autor repara su falta.

Propone establecer dos acciones distintas con diferente propósito:

i) La primera tendría por objeto reconocer los perjuicios económicos (materiales) y estaría guiada exclusivamente por la función indemnizatoria. Los daños no económicos, como el daño moral o los atentados contra derechos no patrimoniales no podrían ser reparados en este terreno;

ii) La segunda (acción de reparación – expiación) no podría intentarse sino en los casos en los que exista una culpa y permitirá la indemnización de los daños no reparados en la primera, particularmente los daños extrapatrimoniales”.

No obstante, esta concepción objetiva de la responsabilidad, **no debe ser indiferente para determinar su obligación de reparar el daño extrapatrimonial**. Sin embargo, resulta imperativo reglamentarla, toda vez que vía jurisprudencial, sólo hemos visto el avance laxo, en particular en tratándose de los daños morales o inmateriales, reconociendo altísimas sumas para repararlo, causando en muchos de los casos una grave afectación al patrimonio de todos los colombianos.

Para solucionar dicha problemática, lo primero que se requiere es modificar el artículo 90 de la Constitución Política. Una vez hecho esto, y considerando que el Legislador tiene la potestad de reglamentación del tema, es necesario establecer distinciones entre las categorías de daño extrapatrimonial porque la cuantificación que se realiza acordando una suma de dinero en forma discrecional o mediante *arbitrio iudicis*, puede significar indemnizar varias veces el mismo daño, o puede comportar una extensión ilimitada del mismo. Algunos juristas, por ejemplo, estiman prudente establecer como indemnización o reparación a los daños extra patrimoniales, el pago de un solo valor que incluya todos los daños no susceptibles de cuantificación en dinero, valga decir, el daño moral, el daño fisiológico, el daño causado a la vida de relación, o al proyecto de vida. De esta forma, consideran, se evitaría la duplicidad de indemnizaciones.

Es claro que con el presente Proyecto de Acto Legislativo se pretenden limitar, con su posterior desarrollo legislativo, las indemnizaciones por la responsabilidad del Estado, evitando así cobros

exorbitantes e injustificados, como se ha venido presentando hasta la fecha y, al mismo tiempo, fortalecer la institución de la Acción de Repetición con la que se podría detener la desidia de los funcionarios públicos que manejan los intereses y los recursos estatales.

Este criterio es defendido por varios doctri- nantes, tal como lo hace MARTÍN BERMÚDEZ, cuando refiere que las indemnizaciones estatales se deben ajustar a *un concepto* y por lo tanto a *una sola indemnización* el resarcimiento por daños inmateriales. Con ello se evitaría la *duplicidad de indemnizaciones* y se limitaría la tendencia jurisprudencial de reconocer *perjuicios distintos* que obedecen a distintas *facetas* del daño extra patrimonial (daño a la vida de relación, al proyecto de vida, daño estético, alteración de las condiciones de existencia).

Estas son palabras del distinguido jurista sobre el particular:

“La justificación doctrinaria al daño moral es un tema que suscita grandes discusiones doctrinales, partiendo de un punto esencial: el daño moral no se repara, porque la aflicción y el dolor de la víctima no se suprime con el pago de una suma de dinero.

A partir de lo anterior, se ha señalado que el daño moral compensa o tiene efectos paliativos y una gran parte de la doctrina considera que el daño moral, cuyo origen histórico se encuentra en la consagración de una pena privada tiene una función de sanción civil o de disuasión, se asimila a los daños punitivos. Por lo tanto, debe abrirse camino exclusivamente en los eventos en los cuales la culpa es un presupuesto de la responsabilidad”.

Así mismo, resalta que lo que se propone es reglamentar este tipo de daños para que su reparación se realice en forma igualitaria y equitativa para todas las víctimas que se encuentren en circunstancias similares y para que se haga dentro de los límites razonables que impone nuestra realidad económica, toda vez que los perjuicios extrapatrimoniales deben ser materia de atención en la medida en que este rubro, tiene un importante peso en dichas condenas.

Por lo anterior, es necesario que el Estado pueda controlar el valor que deba reparar por los daños generados de manera que la indemnización sea similar para las víctimas y de este modo pueda contar con reglas ciertas para conciliar o reconocerlas directamente.

La responsabilidad del Estado que se encuentra regulada en el artículo 90 de la Constitución Política, que conceptualizó el *daño antijurídico*, acogió un fundamento *objetivo*.

Esa concepción objetiva de la responsabilidad no debe ser indiferente para determinar su obligación de reparar el daño extrapatrimonial. En el régimen de responsabilidad del artículo 90, el de-

recho a la reparación no depende de constatar la existencia de una *conducta antijurídica* o de una *falla en el servicio*, sino de verificar simplemente:

a) Que el daño sufrido por la víctima fue causado por la acción o la omisión de un agente estatal;

b) Que ese daño es *antijurídico*, lo que significa que la víctima no está obligada a soportarlo, en consideración a su naturaleza *particular* y al hecho de que *supera las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos*.

El artículo 90 ordena reparar los daños a la víctima, sin importar si estos fueron causados con una conducta *diligente* o *negligente*. La víctima no debe probar falla del servicio sino únicamente la existencia de un daño antijurídico.

Los argumentos que se esbozan contra el Estado por haber incurrido en *falla del servicio* para justificar las altas condenas impuestas al mismo, no resultan plenamente justificados si se tiene en cuenta que el Estado es una persona jurídica, cuyo patrimonio pertenece a todos los ciudadanos.

El Estado debe reparar a las víctimas de *todos los daños* sufridos con ocasión de las actuaciones u omisiones de sus agentes, aunque estos obren correctamente, persiguiendo el interés general. Y, si la falla del servicio no es *condición para reparar* la indemnización del daño moral, la reparación de este daño debería, por lo menos, ser limitada.

Al respecto, Juan Carlos Henao Pérez, en su obra *“Segundo Seminario de Gerencia Jurídica”* (2006), sostiene:

“Cuando se trata de hacer academia en este campo, lo peor que puede suceder es que se caiga en el populismo jurídico aceptando principios despistados y simplones en los cuales se afirme que hay que seguir e, incluso, incrementar a toda costa la responsabilidad civil del Estado. Argumentos como los anteriores conducen, inevitablemente, a un problema social insostenible económicamente.

Cuando uno se pone a ver que el 15% del presupuesto nacional se está gastando para solucionar el problema indemnizatorio que satisface a 500 mil personas, como máximo, nos damos cuenta que la figura, en sí misma y vista desde la perspectiva económica, puede ser antidemocrática sobre todo cuando se advierte que una porción importante de ese dinero ni siquiera soluciona a las víctimas, sino que va a parar al bolsillo de los abogados.

No hagamos, entonces, de esta materia un mito. No quiero con eso decir (y consta en los documentos que he publicado), que haya que disminuir, si quiera, la responsabilidad civil del Estado.

Lo que quiero decir es, simplemente, que tenemos que poner atención a este tema porque es delicado para la economía general del país”.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que, **en un régimen de responsabilidad objetiva como el previsto en el artículo 90 de la Constitución Política**, es permitido justificar que tal responsabilidad puede ser limitada por el legislador.

En el mismo sentido, la doctrina moderna cuestiona el principio de la reparación integral. Clothilde Grare en su libro sobre Derecho Francés, aunque escrito para Derecho Privado, publicado en la editorial Dalloz en el año 2005, destaca que dependiendo de cuál es el fundamento de la responsabilidad civil, va a tratarse el tema de la indemnización plena del daño. En Derecho privado, cuando estamos frente al fenómeno de culpa, puesto que el fundamento es indemnizar y expiar una culpa, ahí tiene lugar la indemnización plena del daño. Pero cuando estamos en fundamentos de responsabilidad civil objetiva, en donde el fundamento no es la culpa ahí se puede bajar la indemnización plena del daño, porque el objetivo de la responsabilidad objetiva es lo que dio lugar, por ejemplo, a la teoría del daño especial o de la igualdad frente a las cargas públicas y, por ende, a la jurisprudencia en equidad. A pesar de tratarse de Derecho privado las anteriores afirmaciones podrían adaptarse al Derecho Público y al Administrativo.

• La Evolución de la Jurisprudencia en Colombia

Precisamente, ante la ausencia de un precepto constitucional y legal que defina y limite los criterios y los montos que deben reconocerse por *reparación integral* y *daño extrapatrimonial*, es que la jurisprudencia colombiana ha venido creando sin riendas, las pautas y los diferentes conceptos y *subconceptos*, de tales nociones; y de la mano, los jueces de lo contencioso administrativo han hecho lo propio condenando al Estado a pagar sumas, no solo altas, sino desproporcionadas.

Es así como, en un principio, y de modo acertado, fue reconocido el *daño moral*, entendiéndose como el dolor o la aflicción sufrida por la víctima como consecuencia del hecho dañoso y bajo este postulado, se indemnizó a los parientes cercanos, (padres e hijos), y al cónyuge o compañero (a) permanente de las personas muertas por la acción u omisión de un agente estatal. Este reconocimiento fue comprensible y razonable, pues nadie pone en duda que la muerte de un ser querido, de un miembro de la familia, afecta profundamente a sus integrantes más próximos y debe ser reparado. Sin embargo, esta declaración abrió una grieta por donde se comenzó a filtrar la avaricia de quienes, bajo cualquier circunstancia o excusa, quisieron pescar en río revuelto; y la jurisprudencia y la doctrina, sin que este hubiera sido su objetivo, han servido bien a estos fines, siendo muy laxa con su tendencia a **extender los conceptos** de daños morales, **las causas** por las cuales procede y **las víctimas** que tienen derecho a los mismos; unas veces pertinentes, y otras **muy** desmesuradas y desigual.

El concepto de daño moral se ha ampliado para: i) Reconocerlo no sólo por la muerte de una persona, sino también por las lesiones personales sufridas por los parientes de la víctima por todo tipo de lesiones; ii) Conceder indemnizaciones a más miembros del círculo familiar, y iii) Otorgarlo también por pérdida de bienes materiales y el incumplimiento de contratos.

Tales ampliaciones del concepto de daño moral, del daño extrapatrimonial, han aparecido progresivamente de esta manera:

1. *El sentimiento de ausencia*: Es el que permitió la reparación de los hijos que tenían muy poca edad, o que estaban por nacer, en el momento de la muerte de su padre.

2. *La transmisión del daño moral*: Se refiere al derecho a reclamar perjuicios morales *iure hereditario*, esto es, la posibilidad, no solo de reclamar los daños sufridos directamente por la víctima, sino la posibilidad de recibir la indemnización por los daños morales que recibió el padre, (por ejemplo) *antes de su fallecimiento*. Sobre el particular, la doctrina precisó que era necesario limitar esta apreciación, puesto que consideró que los daños morales son personalísimos y no pueden transmitirse. Empero, **ese límite se supera** cuando se considera que lo que se transmite, no es el dolor, sino el derecho patrimonial de reclamarlo. La misma doctrina ha señalado como límite, la circunstancia bajo la cual la víctima debe haber reclamado los perjuicios en vida para considerar su existencia y posibilidad de reparación, lo que es admisible en eventos relativos a daños al honor por publicaciones injuriosas, pero no lo es tanto en relación con accidentes que causan graves sufrimientos a la víctima antes de su muerte, o en los casos que muestran nuestra realidad, como son las torturas antes de la muerte de la víctima.

3. *La acumulación de daños morales*: Se presenta cuando en un mismo evento fallece más de un pariente del demandante. Quienes se oponen a esta concepción, argumentan que lo que debe existir es un *incremento proporcional* y no una *acumulación*, como lo expresa la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en su sentencia del veintiséis (26) de marzo de 2008:

“En ese contexto, para la Sala, la tesis de la acumulación, [...], no resulta admisible toda vez que el sufrimiento derivado de la pérdida de uno o dos o más seres queridos no es progresivo y, por consiguiente, diverso”.

4. *Reconocimiento ante el incumplimiento de contratos*: En relación con este tema, la Sección Tercera del C.E., en sentencia del 18 de marzo de 2004, ha dicho:

“No obstante, la Sala ha adoptado un criterio más amplio, para considerar que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, como el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de

las obligaciones derivadas del contrato” (Negritas fuera del texto original).

5. El daño *fisiológico* y el daño *a la vida de relación*: El primero, nació para indemnizar a las víctimas de accidentes con graves consecuencias que, por esa causa, se vieran privadas de realizar determinadas actividades que les generaran *alegría de vivir*, o en las palabras del Consejo de Estado: *“actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”*. Este tipo de daño, derivó en uno de similar naturaleza, pero más “comprensivo”, toda vez que no surge exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal: El de *daño a la vida de relación*, (adoptado por la doctrina italiana), que puede tener causa **en cualquier hecho**, (una acusación calumniosa, una pérdida económica importante o el hecho de no continuar gozando de la protección, el apoyo de su padre o compañero y del acceso a ciertos círculos sociales), que provoca una alteración en la víctima con el mundo exterior. En esos términos, no sólo se debe indemnizar a la víctima directa del daño, sino a las indirectas como sus parientes, (ya no tan cercanos), **y amigos**.

6. *Afectación al proyecto de vida*: Pretende compensar a los padres por la muerte de un hijo menor, respecto del cual se niegan los perjuicios materiales en la medida de que, en el momento del daño, la víctima no estaba generando ingresos.

7. *Daño estético*: Es un tipo de daño extrapatrimonial que comienza a esbozarse y que podría llegar a considerarse ‘autónomo’. María Cecilia M’Causland Sánchez, en su obra *“Tipología y reparación del daño no patrimonial”* manifiesta:

“En un pronunciamiento reciente que, por ahora, debe ser considerado aislado, se ha afirmado –con un alcance evidente de obiter dictum– que la alteración de las condiciones estéticas bien podría originar un perjuicio de naturaleza independiente y autónomo. Es posible entonces, que en decisiones posteriores, este planteamiento dé lugar al reconocimiento en un caso concreto, de una nueva categoría de daño inmaterial”.

Con la inclusión del reconocimiento de daños morales **causados por incumplimiento de contratos**, de indemnizaciones a los parientes no pertenecientes al **núcleo** familiar y a los amigos, (por ejemplo), **y con la desproporción en el monto de las pretensiones y el pago de las mismas**, se dibujó el verdadero propósito de la reparación integral y la indemnización extrapatrimonial frente al daño moral.

A este último aspecto, también se refiere María Cecilia M’Causland Sánchez, en su obra *“Tipología y reparación del daño no patrimonial”*:

“En cuanto al daño a la vida de relación, se observa que en la época en que se reconoció el denominado perjuicio fisiológico, que se extendió como sinónimo de aquel, el Consejo de Estado impuso condenas máximas para la indemnización por la

suma equivalente a cuatro mil gramos de oro. Y luego de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, antes mencionada, esa corporación ha fijado en salarios mínimos las indemnizaciones correspondientes al daño a la vida de relación. Sin embargo no se ha pronunciado expresamente sobre un tope sugerido que, como en el caso del daño moral, pueda ser utilizado en los casos en que la afectación sea de la mayor intensidad. Llama la atención el hecho de que las condenas más altas correspondan a un cuádruplo del tope sugerido para el daño moral, esto es, a cuatrocientos salarios mínimos mensuales” (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

En consecuencia de esta falta de tope, es que se ha pretendido sugerir que se aumente, (se amplíe), la tendencia que hasta ahora se ha establecido de reconocer 100 salarios mínimos mensuales por parte de los jueces de lo contencioso administrativo, hasta 1.000 salarios mínimos mensuales como se viene haciendo en los procesos penales, aduciendo que, a pesar de ser dos tipos de procesos diferentes, no hay impedimento para que el juez de lo contencioso administrativo no pueda guiarse por ese monto y que no sería aceptable un argumento que pretenda desconocer esa posibilidad, puesto que es el propio legislador quien facultó al juez para determinar que sean impuestas condenas por esa cuantía. Además, *“no resulta lógico que si los particulares pueden ser condenados por ese valor, 1.000 smlmv, el Estado no pueda serlo”*. (Aclaración de voto a la sentencia del C.E. del 28 de abril de 2010).

En conclusión, las condenas por daños extrapatrimoniales, se establecen por entidades distintas: Una, por daños morales, y otra, por daños a la vida de relación. Y la tendencia de parte de la doctrina y la jurisprudencia es hacer más distinciones, (daño psicológico, al buen nombre o al honor), lo que implica otorgar indemnizaciones acumuladas por cada uno de tales conceptos, y la medida idónea para frenar esta desigualdad y detener la avaricia y la corrupción, tanto de ciudadanos como de funcionarios, es la adición al artículo 90 de la Constitución Política propuesta en esta ponencia del Proyecto de Acto Legislativo.

• La Acción de Repetición

Tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, inciso 2º, que reza así:

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.

Su desarrollo legal se encuentra en la Ley 678 de 2001, que fija **dos mecanismos** para recuperar lo pagado como indemnización por el Estado, como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, cuan-

do el daño haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes:

- A través de la pretensión autónoma de repetición propiamente dicha, en un proceso independiente (artículo 142 del CPACA).

- A través del llamamiento en garantía dentro del proceso de responsabilidad adelantado en contra de la entidad pública.

Se dirige contra el servidor o exservidor público o el particular que en ejercicio de funciones públicas, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, quienes también podrán ser llamados en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la Acción de Repetición (artículo 2º de la Ley 678 de 2001).

Los fines de esta acción son tres: En primer lugar, un fin garantizador, para hacer efectivos los principios de moralidad y eficiencia de la función pública. El segundo fin es retributivo, porque le permite al Estado recuperar lo perdido; y, el tercer fin, es preventivo, toda vez que sirve para prevenir a los servidores públicos de lo que les puede ocurrir por actuar con dolo o culpa grave en los servicios que les conciernen.

El artículo 2º de la Ley 678 de 2001, establece que es una acción de naturaleza civil, patrimonial y de carácter indemnizatorio, y el artículo 8º de la citada ley señala quiénes se encuentran legitimados para promoverla:

- La persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero impuesta en una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto, en un plazo de seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuada por la entidad pública.

- Vencido el anterior plazo sin que se hubiese intentado por la entidad directamente perjudicada, lo podrán hacer el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, hoy Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Por otro lado, es de carácter obligatorio, es decir, corresponde a las entidades públicas ejercitar la Acción de Repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes (artículo 4º de la Ley 678 de 2001).

Esta acción tampoco es desistible. Ninguna de las entidades legitimadas para interponer la Acción de Repetición puede desistir (artículo 9º de la Ley 678 de 2001).

Por lo anterior, el Estado es simplemente un garante de la indemnización de los daños causados

por sus agentes. Al Estado, como persona jurídica no puede atribuírsele ninguna culpa, y este es el aspecto más cuestionado por quienes critican la noción de falla del servicio a través de la cual se diluye la culpa personal de los agentes causantes del daño.

El conocido tratadista Maryse Deguerge escribe sobre el punto:

“Charles Eisemann pudo establecer las dos objeciones mayores a la presentación clásica de la falta del servicio público. La primera, refuta la idea de que ella proviene de la identidad del servicio público, pues todas las faltas son necesariamente cometidas por agentes. Esta crítica había sido ya expuesta por Leon Diguít que no admitía que el servicio público fuera considerado como una entidad con una realidad y una actividad distinta de los agentes públicos encargados de asegurar su funcionamiento “si hay una falta en el funcionamiento público del servicio, ello no puede ser sino una falta de uno o varios agentes del servicio”. Es lo que Luchet llamó “el parasitismo de la teoría del órgano”. Para él no hay sino faltas de los agentes a la carga del Estado y la pretendida responsabilidad del Estado no es sino una garantía sobre las faltas de sus agentes...” (Maryse Deguerge, Op. Cit. Página 587).

Los argumentos que se esbozan contra el ESTADO por haber incurrido en falla del servicio para justificar las altas condenas impuestas al mismo no resultan plenamente justificados si se tiene en cuenta que el Estado es una persona jurídica de cuyo patrimonio pertenece a todos los ciudadanos; con ese patrimonio restablece el equilibrio cuando la carga impuesta a la víctima supera a aquellas que esta debe soportar por el hecho de vivir en sociedad, obrando el Estado como garante ante las víctimas por las consecuencias de las acciones u omisiones de sus agentes.

La reparación a cargo del Estado no tiene por objeto imponerle una sanción razón por la cual los discursos judiciales pronunciados contra el Estado (en abstracto) denunciando la existencia de graves fallas del servicio no guardan coherencia con la función que a este le corresponde de garante ante las víctimas de la reparación de los daños causados por la acción o la omisión de sus agentes. Esas consideraciones sólo serían adecuadas en una acción dirigida contra el Agente que causa el daño, en la cual sí resulta pertinente determinar su culpabilidad para determinar la existencia y la extensión de su obligación de reintegrar lo pagado por el Estado.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Respecto al ejercicio de la Acción de Repetición, verifica que las decisiones tomadas por los Comités de Conciliación de las entidades obligadas a ejercer esta acción, se encuentren ajustadas a los protocolos orientados a su efectivo ejercicio. Así mismo, adelanta un proyecto de decreto reglamentario de la competencia residual de la Agen-

cia en materia de Acción de Repetición y de una Circular con instrucciones sobre el ejercicio de la Acción de Repetición para las entidades públicas del orden nacional.

En concordancia con lo expuesto, y aunque el espíritu de la ley que creó la Acción de Repetición es loable desde todo punto de vista, es preciso fortalecerla.

• El Fortalecimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Una tarea complementaria al presente Proyecto de Acto Legislativo, pero fundamental para lograr eficiencia y efectividad frente a esta problemática, que tiene grandes implicaciones fiscales, consiste en fortalecer al máximo la Agencia para la Defensa Jurídica de la Nación, en el entendido que debe generarse un eficaz entrelazamiento con los niveles departamental y municipal, como quiera que el problema es general, y cubre todo el sector público.

La ANDJE, fue creada mediante la Ley 1444 de 2011, que modificó la estructura de la administración pública nacional. Dicha ley creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como una Unidad Administrativa Especial, que como entidad descentralizada del orden nacional goza de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio propio. Está adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho. Y, a través del Decreto número 4085 de 2011, se establecieron los objetivos y la estructura de la nueva Agencia.

La Agencia para la Defensa Jurídica de la Nación requiere de un gran soporte institucional: la figura de la Acción de Repetición. Este mecanismo debe ser revisado y adaptado a las condiciones sociológicas de Colombia, de forma que el Estado pueda repetir contra los funcionarios y servidores públicos que eventualmente fueron responsables de los daños antijurídicos causados. La Ley 678 de 2001, que reglamentó la Acción de Repetición, ha resultado ineficaz para recuperar el desangre presupuestal que significan los pagos por las indemnizaciones a las que son condenadas las instituciones estatales. En tanto esta ley sea ineficaz, solo se generará más impunidad y mayor corrupción.

• Las cifras de la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado colombiano

Dentro de sus acciones, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en el informe de gestión de 2014, reporta que a diciembre de ese año el Sistema Único de Información Litigiosa del Estado contaba con 285 entidades públicas del orden nacional reportando información de 29 sectores administrativos. Para esa fecha, en el sistema se encuentran registrados 393.851 procesos activos en contra de la Nación por un valor de \$226 billones en pretensiones, existiendo riesgo de perder \$102 billones de estas pretensiones en los próximos diez años, de acuerdo con los cálculos esta-

dísticos realizados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP)¹.

El Estado colombiano presenta una tendencia creciente en los pagos de sentencias y conciliaciones desde el año 2000 que, en términos generales, está explicada tanto por el aumento en la cantidad de procesos como por los montos de sus pretensiones, generando con ello un impacto fiscal altísimo en el Presupuesto General de la Nación, toda vez que en el 2014 se alcanzó un pico para la Nación del orden de \$1.16 billones de pesos.

De acuerdo con los cálculos de la Dirección de Gestión de Información de la Agencia, los desembolsos realizados por las Entidades Públicas de orden nacional han tenido un crecimiento exponencial del 495% entre el año 2000 y el 2013.

Para el año 2000 se cancelaron alrededor de \$200.592 millones; para el 2013, el valor pagado fue superior a \$ 993.739 millones. Tan solo entre el 2011 y el 2012 los pagos realizados se incrementaron en un 40%. En el 2014, la situación en materia de apropiación, adición y pagos ha sido la siguiente: la apropiación inicial para el rubro de sentencias y conciliaciones fue de \$1.06 billones, evidenciando un incremento de 12 puntos porcentuales con respecto al 2013. Los cinco sectores de mayor apropiación de recursos para la vigencia fueron: Defensa y Policía (\$687.726 millones), Fiscalía (\$77.984 millones), Justicia y del Derecho (\$57.548 millones), Hacienda (\$36.777) y Organismos de Control (\$27.794 millones). En agregado, estos cinco sectores son responsables del 83% del total presupuestado para el rubro de demandas contra el Estado.

En cuanto a la adición de presupuesto para los procesos contra la Nación a diciembre 31 de 2014 se llegó a un monto de \$194.812 millones. Los sectores que realizaron las mayores adiciones fueron: Defensa y Policía, Políticas de Descongestión de la Justicia por parte del Gobierno Central (\$81.945 millones), Transporte (\$27.939 millones), Hacienda (\$16.839 millones), y Minas y Energía (\$14.275 millones). También se adicionaron recursos por \$8.394 millones de pesos al DAS para el pago de sentencias y conciliaciones, debido a que al inicio del año no le asignaron presupuesto para este rubro.

Es importante mencionar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, durante el 2014, realizó adiciones por un total de \$194.812 millones de pesos y unas deducciones de \$96.815 millones de pesos para un neto de \$97.997 millones de pesos².

Respecto a la gestión del segundo trimestre de 2015, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado reporta la participación en 302 procesos ju-

diciales con un valor total de \$124.8 billones en pretensiones. De estos 302 procesos, los 25 procesos considerados más cuantiosos contra el Estado tienen unas pretensiones por valor de \$60.7 billones, a los cuales la Agencia le hace acompañamiento permanente. Los otros 277 procesos corresponden a casos en los cuales la Instancia de Selección ha definido que la ANDJE debe intervenir o acompañar y sus pretensiones suman \$64.1 billones.

La realidad que enfrentamos es, pues, más que dramática. A continuación se presentan algunos cuadros suministrados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado entre ellos el listado de los 25 procesos más cuantiosos del Estado:

LISTADO DE LOS 25 MÁS CUANTIOSOS - JUNIO 2015					
(Miles de Millones)					
Nº PROCESOS	ACCIÓN	ACTOR	DEMANDADO	CAUSA	CUANTIA
17	Acción de Grupo	Varios	Superintendencia Financiera y Otros	Captación ilegal de dineros	\$38.774
1	Acción de Reparación Directa	EPM Telecomunicaciones y Otros	Superintendencia de Industria y Comercio	Regulación de tarifas de llamadas "Fijo a Móvil"	\$6.116
1	Acción de Grupo	Fernando Rodríguez G. y Otros	Min Minas y Otros	Emisión de Acciones - ISA	\$6.049
1	Acción de Grupo	David Ortiz Villa y Otros	Cormagdalena y Otros.	Ruptura Canal del Dique por Ola Invernal - Noviembre de 2010	\$2.642
1	Acción de Grupo	José Herney Ruiz y Otros	Min Defensa y Otros	Aspersiones aéreas con Glifosato para eliminación de cultivos	\$1.997
1	Acción de Reparación Directa	APETRANS	Ministerio de Transporte	Implementación del Sistema Masivo de Transporte	\$1.784
1	Acción de Grupo	Claudia Esneda León Ortega	MIN TIC.	Control tarifas de llamadas "Fijo a Móvil"	\$1.475
1	Acción de Reparación Directa	Intercontinental de Aviación S.A.	Aerocivil	Suspensión y cancelación de la operación de Intercontinental de Aviación	\$1.103
1	Acción Nulidad y Restablecimiento Derecho	American Port Company	ANLA	Licencia ambiental para operación de puerto carbonífero en Santa Marta	\$856
TOTAL					\$60.797

En términos de pagos de demandas, a 31 de diciembre de 2014, los sectores que realizaron los mayores pagos por sentencias y conciliaciones fueron:

SECTOR	VALOR DE PAGOS (Pesos)
DEFENSA Y POLICIA	689.008.745.506
FISCALIA	75.832.932.762
JUSTICIA Y DEL DERECHO	44.688.151.378
HACIENDA	37.416.455.888
TRANSPORTE	32.476.818.956
RAMA JUDICIAL	25.497.709.852
MINAS Y ENERGIA	18.726.022.079
ORGANISMOS DE CONTROL	15.831.862.603
AGROPECUARIO	13.529.142.680

Hay que reconocer el esfuerzo de la ANDJE, como quiera que desde el año 2012 ha adelantado diferentes acciones para establecer con certeza el total de procesos en contra de la Nación y el valor de sus pretensiones. Para diciembre 31 de 2014, 285 entidades del orden nacional reportaban su actividad judicial en el Sistema Único de Información Litigiosa del Estado, comparado con 160 entidades que lo hacían a finales de 2011. Esto significa un aumento del 78% en cobertura.

¹ INFORME DE GESTIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2014.

² INFORME DE GESTIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2014.

De acuerdo con el Marco Fiscal de Mediano Plazo de 2013-2023, el cálculo probabilístico realizado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), estimó que las obligaciones contingentes por actividad litigiosa ascienden a \$102 billones de pesos. El pasivo contingente presentó un incremento de 14,2% respecto a las estimaciones realizadas el año anterior.



• **La Socialización y Concientización del Problema**

Distintos medios de comunicación han hecho alusión a todo este problema de las demandas contra el Estado. En particular, periódicos de gran circulación nacional, como *El Tiempo* y *El Espectador*, no solo han editorializado sobre el tema, argumentando que es necesario enfrentar el flagelo por las implicaciones económicas y sociales que comporta, sino que han reclamado una urgente reglamentación legal para detener cuanto antes el desangre de las finanzas públicas por los abusos permanentes que se conocen. Ha sido recurrente el señalamiento de algunos escándalos de corrupción, que indignan al conglomerado social por su desproporción y alcance, relacionados todos con el tema de las demandas contra el Estado.

Comencemos por recordar algunas posiciones editoriales:

EL ESPECTADOR, fechado el 4 de febrero de 2013 indica: “que en el 2012, año en el que se creó la *Agencia Jurídica para la Defensa del Estado*, una iniciativa positiva para atender y litigar en las múltiples demandas que contra la Nación se hacen, fue también cuando se llegó al pico del presupuesto gastado en las mismas: Un billón 106.000 millones de pesos, (...) las demandas se pierden más que antes y, al mismo tiempo, la Nación debe pagar cada día más plata. ¿Qué pasa? Adriana Guillén, Directora de la Agencia, sostiene que en Colombia se tiene hoy en día una mayor conciencia de los derechos que asisten a la ciudadanía y de los mecanismos que se tienen a la mano para conseguirlos por las vías legales. De esa forma, existen más causas por las cuales luchar, y resulta positivo que la ciudadanía despierte. Sin embargo, no podemos olvidar que muchas de esas demandas se hacen por parte de lo que la sociología del derecho ha llamado “litigantes frecuentes”, cuyas acciones muchas veces solo logran congestionar el sistema.



Por su parte, el periódico **EL TIEMPO**, con fecha 5 de febrero de 2013, publicó un importante editorial bajo el título ‘Una defensa integral del Estado’, en el cual llamaba la atención sobre la complejidad y gravedad del problema.

Algunos apartes expresaban: “Con un aparato estatal de mayor envergadura, cada vez son más los colombianos que conocen sus derechos tanto como la forma de hacerlos valer. Ello hizo que a partir del 2003 comenzaran a crecer exponencialmente las erogaciones a cargo del presupuesto nacional para cumplir con fallos adversos.

Los ciudadanos no pueden seguir viendo al Estado como una piñata a la que se acude a la espera de lo que pueda caer. (...) Los servidores públicos, por su parte, deben ser más conscientes de las consecuencias de sus actos, entender que sus errores u omisiones corren por cuenta del bolsillo de sus conciudadanos.



El 2 de noviembre de 2011 **EL TIEMPO** publicó un artículo de Sandra Morelli, entonces Contralora General de la República, bajo el título, “Las demandas temerarias contra el Estado”, el cual señalaba que con la creación de la Gerencia de la Defensa Judicial, como solución orgánica debía acompañarse de otras medidas complementarias, como la de excluir del principio de gratuidad de la

justicia en procesos que no tengan relación directa y exclusiva con la protección de derechos constitucionales fundamentales, aquellos concernientes a los derechos de los padres o los menores, como la patria potestad, la custodia, etcétera; las denuncias penales de conductas contra el patrimonio económico que superan una determinada cuantía, entre otras, imponerse reglas sobre la manera de cómo liquidar las condenas al Estado, o se tasan los intereses, teniendo en cuenta el monto a partir del cual se pueden iniciar o contabilizar intereses moratorios, su acumulación o no con los ordinarios, topes, etc. Se impone, decía el artículo, también gravar la cuantía de la condena imputable al lucro cesante, con los impuestos que ordinariamente se hubieran pagado por los respectivos arriendos o por retención en la fuente, en el caso de salarios.



Otro punto que complementa la gravedad de la situación está relacionado con LOS ABSURDOS ACCIDENTES, como quiera que le cuestan al Estado \$1.3 billones de pesos. Solamente por muertes y lesiones por huecos, falta de señalización y aludes, la Nación enfrenta 1.442 pleitos, según un artículo publicado por **EL TIEMPO** el 27 de agosto de 2014. Dichos accidentes ocurren tanto en carreteras como en ciudades. Así mismo, las alcantarillas sin tapa, la mala señalización vial y de obras, y el mal estado de calles y carreteras, fuera de provocar tragedias, también generan millonarias demandas contra el Estado.

Un informe de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica señala que por accidentes que tienen origen en estos descuidos, entidades del Estado acumulan ya 1.442 procesos, que suman pretensiones por 1,3 billones de pesos. Este valor es equivalente a lo que le cuesta al gobierno construir 30.000 casas de tres que entrega a población vulnerable.

Otras demandas recurrentes, tienen que ver con muertes, lesiones o daños materiales por la caída de tierra o inundaciones, como pasó en la ola invernal de hace 4 años. Por daños provocados por inundaciones los reclamos hoy superan los 77.500 millones de pesos, y por aludes de tierra las demandas superan los 62.000 millones de pesos. A esto se suman reclamos jurídicos por pérdidas económicas ocasionadas por cierres, imprevistos de vías, algo que es común en épocas de invierno. Además, demandas por la mala construcción de una carretera.

El Consejo de Estado, encargado de resolver en última instancia este tipo de demandas, se ha pronunciado en varios casos en favor de los demandantes.

Por ejemplo, ordenó al Inviás pagar cerca de 150 millones de pesos a la esposa de un señor que murió cuando cayó un alud de tierra que sepultó su humilde casa sobre la vía panorámica, entre Pasto e Ipiales. De acuerdo con la sentencia, de abril de este año, el Inviás debía responder por qué “omitió las medidas de prevención necesarias, pues no hizo nada para contrarrestar las filtraciones de agua sobre el terreno afectado”. Tampoco advirtió a los pobladores del riesgo.

El ex Magistrado del Consejo de Estado, Mauricio Fajardo, dice que en el 30% de los casos que estudia ese Tribunal corresponden a demandas contra el Estado por fallas en el servicio. “Si la administración pública actúa de forma descuidada, tiene que responder e indemnizar a quienes les causa daños”. El ex Magistrado José Gregorio Hernández, señala que “...los más de 1.400 reclamos contra el Estado son pocos frente a la gran cantidad de daños causados por fallas de las entidades. “Los colombianos podrían reclamar más”, agrega.

Basta recordar la **OLA INVERNAL** para comprender la dimensión económica del problema. Con o sin razón, porque los fallos están pendientes, de la ola invernal hay demandas contra el Estado por 4.3 billones de pesos, según publicación de portafolio de fecha 25 de junio de 2012. Como si fuera poco, la agencia nacional de Defensa Jurídica del Estado en la acción de grupo por la ruptura del canal del dique, lidera una mesa interinstitucional por medio de la cual se coordina la estrategia de defensa de las entidades que han sido demandadas. Los pleitos ascienden a \$7.4 billones.

12 | UNO | 25 DE ABRIL DE 2012

Economía

Demandas por ola invernal llegan a 4,3 billones de pesos

Esta es la suma de las demandas por la ola invernal que se presentaron en 2011 y 2012. El valor total de las demandas por la ola invernal que se presentaron en 2011 y 2012 es de 4,3 billones de pesos. Este valor incluye las demandas por daños materiales, lesiones y muertes causadas por la ola invernal.

Balance Fiscal del Sector Público Consolidado

Concepto	2011	2012	Total
1. Ingresos	1.000.000	1.000.000	2.000.000
2. Gastos	1.000.000	1.000.000	2.000.000
3. Resultado	0	0	0

Otra deuda que crece

Una deuda contra el Estado, por el monto de 1,3 billones de pesos, que se debe pagar al Inviás.

Sobre el tema, Adriana Guillén, Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, reconoce que “el Estado tiene que mejorar en materia de prevención”.



Hablemos ahora de algunos casos de CORRUPCIÓN resaltados por los medios de comunicación:

El 9 de octubre de 2011, el periódico EL TIEMPO publicó un artículo bajo el título “Sentencias en Cúcuta, acosan a Ecopetrol”. El subtítulo decía: “829 empleados han ganado allí polémicas tutelas que pueden valer 1.3 billones de pesos. Ex abogado de la petrolera y dos juzgados, tras los fallos”.

Ya en desarrollo de la noticia, se lee lo siguiente: “... esta seguidilla de fallos contra Ecopetrol, condenada por violar derechos a la igualdad, el debido proceso, y la no renuncia de la pensión, ascienden a 55.000 millones. Pero, por comprometer pensiones futuras, pueden terminar valiendo 1.3 billones”. La Procuraduría y Ecopetrol lograron por fortuna que la Corte Constitucional revisara y tumbara algunos de los fallos.



EL TIEMPO, fechado el 16 de noviembre de 2011, indica: “Carrusel de jueces tras millonario desfalco en Inviás”. Y punto seguido señala que la fiscalía inició capturas de implicados en fallos irregulares que ordenaron el pago de más de \$350.000 millones de pesos en indemnizaciones. Hay 37 jueces implicados y varios particula-

res. Cabe en este caso la expresión “y si la sal se corrompe...?”, porque es increíble que parte del poder judicial, ese sector que representa la majestad de la justicia, sea cómplice fundamental de esa estafa al Estado. Estas circunstancias muestran la gravedad del problema.

IV. Conclusión

Este Proyecto de Acto Legislativo es, en síntesis, el punto de partida para enfrentar integralmente ese problema, a través de la modificación del artículo 90 de la CN, particularmente estableciendo el inciso que difiere a la Ley la reglamentación de las tipologías de daño, así como los montos, condiciones y limitaciones, y complementariamente generando una actualización de la Acción de Repetición.

Este Proyecto de Acto Legislativo es, se repite, el punto de inicio para poder controlar ese desenfrenado desangre económico que padece el Estado colombiano en la actualidad como consecuencia de miles de fallos en su contra, y de la débil institución que es hoy por hoy la acción de repetición.

En ningún momento, este Proyecto de Acto Legislativo pretende desconocer el derecho a la indemnización por los daños patrimoniales o extrapatrimoniales causados, cuando se prueba y resulta evidente la responsabilidad del Estado. No cabe duda: el Estado debe responder. Sencillamente, lo que pretende este Proyecto de Acto Legislativo es una modificación constitucional para que el legislador regule de una manera dinámica, efectiva e integral la forma en el que el Estado indemnice y repare a las víctimas por los daños patrimoniales o extrapatrimoniales que les hubiere causado, estableciendo tipologías de daño, así como montos, condiciones y limitaciones.

V. Constitucionalidad

Se trata de un Proyecto de Acto Legislativo, cuya iniciativa corresponde al Congreso de la República, de manera que formalmente este proyecto es conforme con la Constitución.

Ya sobre el fondo, el proyecto plantea una reforma constitucional puntual, mediante la adición de un inciso al artículo 90 de la Constitución Política colombiana, por lo que, también desde este punto de vista, el proyecto tiene sustento.

Con esta reforma, como quedó dicho, se materializan los principios constitucionales de solidaridad e igualdad, impulsados por el principio rector del Interés General, para que a situaciones similares se les den soluciones de igual categoría.

V. Proposición.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, de manera respetuosa propongo a los Honorables Representantes que integran la Comisión Primera Constitucional Permanente, aprobar en primer debate el proyecto, el presente Proyecto de Acto Legislativo reformativo de la Constitución, como una herramienta necesaria para reglamentar las diferentes tipologías del daño, sus montos cuando estas sean objeto de fijación *arbitrio iuris*, así como condiciones y límites para la responsabilidad estatal.

Cordialmente,


JAIME BUENAHORA FEBRES
Representante a la Cámara
Circunscripción Internacional

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

por el cual se modifica el artículo 90 de la Constitución Política.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 90 de la Constitución quedará así:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

La ley podrá establecer los eventos en que la responsabilidad del Estado esté limitada, condicionada o excluida.

Artículo 2°. Este acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.

Cordialmente,


JAIME BUENAHORA FEBRES
Representante a la Cámara
Circunscripción Internacional

CARTA DE COMENTARIOS

CARTA DE COMENTARIOS DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 160 DE 2014 CÁMARA

por medio de la cual se establece la tasa real de 0% de intereses en los créditos educativos otorgados por el Fondo Nacional de Ahorro para estudiantes de estratos 1, 2 y 3.

Bogotá,

Doctor

ALFREDO RAFAEL DELUQUE ZULETA

Presidente

Cámara de Representantes

Congreso de la República

Bogotá, D. C.

Asunto: Observaciones proyecto de ley

Respetado Representante Deluque:

Adjunto remito el concepto del Ministerio de Educación Nacional sobre el Proyecto de ley número 160 de 2014 Cámara, *por medio de la cual se establece la tasa real de 0% de intereses en los*

créditos educativos otorgados por el Fondo Nacional de Ahorro para estudiantes de estratos 1, 2 y 3.

Solicito de manera atenta tener en cuenta las observaciones que el Ministerio hace sobre el proyecto.

Atentamente,


GINA PARODY D'ECHEONA
Ministra de Educación Nacional

CONCEPTO DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL PROYECTO DE LEY NÚMERO 160 DE 2014 CÁMARA

I. Consideraciones de orden constitucional

1. En cuanto al costo fiscal de la iniciativa

El proyecto de ley tiene como finalidad establecer que los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro (FNA) que sean beneficiarios de créditos para estudiar programas académicos de pregrado, y pertenezcan a los estratos 1, 2 o 3, solo cancelen el monto

del capital prestado que sea actualizado conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Ahora, si bien es innegable la intención loable de la iniciativa, es de anotar que la misma lleva consigo un impacto fiscal considerable para las finanzas públicas, pues implica que el Estado deba condonar los intereses que se llegaren a causar a raíz del préstamo educativo que se otorgue a los afiliados al FNA. De allí la necesidad de tener certeza sobre la fuente de recursos para poder cumplir con la medida planteada en el proyecto.

No obstante, revisado el informe de ponencia para primer debate, encontramos que este centra sus argumentos en explicar algunos factores que inciden de manera desfavorable en el ingreso y la permanencia de los estudiantes en programas académicos de educación superior, y en resaltar los beneficios sociales que se originan gracias a los créditos educativos que otorga el Estado colombiano. Por último, el informe señala que la finalidad del proyecto es extender los beneficios que trae consigo la Ley 1547 de 2012 (la cual reguló el subsidio a la tasa de interés de los créditos educativos que reconoce el Icetex) a otras personas como son los afiliados al FNA.

Siendo así (y sin desconocer que está muy bien sustentado), evidenciamos que el informe de ponencia no reconoce que el subsidio que propone la iniciativa implica una serie de costos los cuales en el referido escrito no son tenidos en cuenta, así como tampoco las fuentes de financiación que se requerirían para poder sufragarlos.

Prueba de ello es que el informe de ponencia no indica, cuál sería la entidad pública encargada de girar al FNA los recursos que este dejare de percibir al no cobrar los intereses que causan los créditos educativos que otorga a sus afiliados.

Así mismo, es indispensable contar con el análisis del impacto fiscal de la iniciativa, por respeto al principio de sostenibilidad fiscal consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política que reza:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

(...).

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica (resaltado fuera de texto).

(...)”.

Vale la pena recordar que este principio de sostenibilidad fiscal fue avalado por la Corte Constitucional quien señaló que se trata de un criterio que orienta la actividad estatal para que a través de esta, se puedan alcanzar progresivamente las finalidades propias de un Estado Social de Derecho (señaladas en el artículo 2° Superior), sin desconocer en todo caso, las restricciones que genera el hecho de que los recursos públicos son limitados. Al respecto, el máximo órgano constitucional explicó:

“Según lo expuesto, se tiene que el criterio de SF [sostenibilidad fiscal] está dirigido a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Esto a partir de la evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen.

En cambio, el Acto Legislativo [haciendo referencia al Acto número 3 de 2011] define a la SF como un “marco” que tiene la función de “orientar”. La acepción usual de esos conceptos indica que la SF, así entendida, consiste en un patrón o guía para la actuación de las autoridades del Estado. Al carecer de la naturaleza y peso específico de los principios constitucionales, no cumple objetivos autónomos ni prescribe mandatos particulares que deban ser optimizados, sino que es un (sic) herramienta que solo adquirirá validez y función constitucionalmente relevante cuando permita cumplir los fines para los cuales fue prevista. Estas finalidades, debe insistirse, por expresa prescripción del Acto Legislativo número 3 de 2011, no son otras que las propias del Estado Social y Democrático de Derecho”¹.

También el análisis del impacto fiscal es indispensable dado que la Ley 819 de 2003 consagra que tratándose de iniciativas que generen algún costo, se debe señalar expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas: “La fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo”. A continuación, señala la norma que además se debe contar con el respectivo concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el cual en ningún caso podrá “(...) ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo”².

Es de anotar que la Ley 819 de 2003 es de rango orgánica, y por consiguiente, está llamada a dirigir la actividad legislativa que adelante el Honorable Congreso de la República, según lo preceptuado en el artículo 151 de la Constitución Política. Significa lo anterior, que si un proyecto de ley no atiende las reglas establecidas en dicha norma, aquel contendrá un vicio por vulnerar el referido mandato constitucional.

Incluso, la Corte Constitucional ha exaltado el carácter “cuasi constitucional” de las leyes orgánicas, lo que significa que son normas que pueden ser utilizadas para hacer un juicio de constitucionalidad a otras de inferior jerarquía normativa. Por ejemplo, en la Sentencia C-432 de 2000 dijo:

¹ Sentencia C-288 de 2012.

² Artículo 7°.

“El criterio adoptado por la Corporación permite concluir que la ley orgánica del presupuesto se encuentra dotada de la característica especial de poder condicionar la expedición de otras leyes sobre la materia a sus prescripciones, de modo tal que una vulneración o desconocimiento de los procedimientos y principios que en ella se consagran al momento de la expedición de las leyes presupuestales ordinarias, puede acarrear la inconstitucionalidad de estas, debido al rango cuasi constitucional al que sus disposiciones han sido elevadas por voluntad expresa del Constituyente” (resaltado fuera e texto).

Finalmente, consideramos de suma importancia que en los debates del presente proyecto de ley, el Honorable Congreso de la República analice si el mismo permite garantizar la estabilidad económica del país, ya que no reconocer los derechos prestaciones es igualmente grave que reconocerlos y no poderlos cumplir por falta de una planeación responsable.

Eso significa que el Ministerio de Educación Nacional no se opone a la implementación del subsidio a la tasa de interés propuesto por la iniciativa, simplemente consideramos que esto debe ser el resultado de un trabajo que armonice el beneficio que pretende ser reconocido con otro objetivo que también tienen las autoridades públicas en materia macroeconómica, como es el de reducir paulatinamente el déficit fiscal de la Nación.

Por los argumentos expuestos en este numeral, y en aras de garantizar la constitucionalidad del proyecto de ley analizado, es necesario indicar en las respectivas ponencias para debate, el costo fiscal que tendría que asumir el Presupuesto General de la Nación y la fuente de recursos adicionales que permitiría asumir el nuevo gasto propuesto por el Legislador, para lo cual, se hace indispensable contar con el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de que trata el artículo 7° de la Ley 819 de 2003.

Cumplido lo anterior, es importante tener en cuenta que el FNA no hace parte del sector educativo, sino que se encuentra vinculado al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio según lo dispuesto en el artículo 1.2.3.1 del Decreto número 1077 de 2015³, de ahí que también es importante que el proyecto de ley analizado cuente con el respectivo concepto de la referida Cartera.

2. En cuanto a los potenciales beneficiarios

Reiteramos que según el informe de ponencia para primer debate, el objeto de la iniciativa es *“(…) que el Gobierno nacional subsidie la tasa de interés de los créditos educativos del Fondo Nacional del Ahorro (FNA) para los beneficiarios de estratos 1, 2 y 3, como lo hace actualmente para los créditos otorgados por Icetex”*, para lo cual, fundamenta sus argumentos en lo dispuesto en la Ley 1547 de 2012.

Como asunto previo, debemos aclarar que la precitada norma fue derogada por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, *“por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018 “Todos por un nuevo país”*. No obstante, en esta última ley, se con-

sagra en el artículo 61, un subsidio a la tasa de interés de los créditos educativos que se otorgan a través del Icetex, así:

*“Focalización de subsidios a los créditos del Icetex. Los beneficiarias de créditos de educación superior que se encuentren en los estratos 1, 2, y 3, priorizados en el Sisbén, dentro de los puntos de corte establecidos por el Ministerio de Educación Nacional, y que terminen su programa, solo pagarán el capital prestado durante su periodo de estudios, más la inflación causada de acuerdo con los datos publicados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), correspondientes al periodo de amortización”*⁴ (resaltado fuera de texto).

Como podemos ver, la Ley 1753 de 2015 adicionó un criterio para identificar a las personas que, teniendo un crédito educativo con el Icetex, puedan beneficiarse del subsidio a la tasa de interés, de ahí que hoy en día, no basta con el hecho de residir en los estratos 1, 2 o 3, sino que además se requiere estar registrado en el Sisbén, dentro de los puntos de corte que establezca el Ministerio de Educación Nacional, para tal efecto.

Este cambio legislativo obedeció a que la estratificación socioeconómica en Colombia es una clasificación en estratos de los inmuebles residenciales, la cual se realiza en atención a las características propias de estos bienes y a la del entorno en donde se encuentran ubicados. Además, debemos recordar que esta clasificación se utiliza principalmente para cobrar, de manera diferencial, los servicios públicos domiciliarios, mediante la asignación de subsidio y el cobro de contribuciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 367 Superior⁵.

En ese orden de ideas, quienes habitan en los estratos altos, en virtud del principio de solidaridad: pagan un mayor valor por los servicios públicos que reciben o consumen, contribuyen o de esa forma, a que las personas que residen en los estratos bajos puedan cancelar su tarifas, según lo establecido en los artículos 101 al 104 de la Ley 142 de 1994.

No obstante, la estratificación de los inmuebles residenciales no solo está asociada a la condición socioeconómica de quienes viven en ellos, con lo cual por diversas circunstancias, es posible identificar a personas con alta capacidad económica residiendo en inmuebles ubicados en estratos bajos.

De ahí la importancia de la encuesta Sisbén, que se constituye en un instrumento que facilita la identificación de los potenciales beneficiarios de los programas sociales que debe adelantar el Estado colombiano, en virtud a los distintos mandatos constitucionales (entre ellos, los consagrados en los artículos 13, 47, 51 y 54 Superior), para lo cual, se utilizan una serie de variables que tienen en cuenta las condiciones de vida de las personas (vivienda, educación,

⁴ Inciso 1°.

⁵ Al respecto inciso 2° consagra lo siguiente: *“Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación”*.

³ *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”*.

afiliación al régimen de seguridad social en salud, actividad económica, entre otras).

En resumen, podemos decir que la encuesta Sisbén, junto con la estratificación, son los mecanismos utilizados por el Estado para identificar a las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, quienes serán objeto de las acciones afirmativas que se implementen, con el fin de garantizar el principio constitucional de la igualdad material.

Así las cosas, tratándose del subsidio a la tasa de interés de crédito educativo que se otorga a través del Icotex, el artículo 61 de la Ley 1753 de 2015 prevé los mecanismos necesarios para identificar a las personas que por su situación socioeconómica realmente merecen ser beneficiarios de este tipo de medidas (estratificación y registro en el Sisbén).

Ahora, como quiera que el proyecto de ley analizado pretender extender el subsidio señalado en el párrafo anterior, a las personas afiliadas al FNA, es dable concluir que se deben utilizar los mismos criterios de selección de los beneficiarios que actualmente consagra el artículo 61 de la Ley 1753 de 2015.

En mérito de lo expuesto, respetuosamente solicitamos modificar el artículo 1° de la iniciativa de la siguiente forma:

“Los afiliados del Fondo Nacional del Ahorro que sean beneficiarios de créditos educativos para estudios de pregrado; pertenezcan a los estratos 1, 2 y 3 priorizados en el Sisbén dentro de los puntos de corte establecidos por el Ministerio de Educación Nacional; y terminen su programa académico, solo pagarán el capital prestado durante su período de estudios, más la inflación causada de acuerdo con los datos publicados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), correspondientes al periodo de amortización”.

II. Conclusiones

En términos generales, podemos decir que la intención que tiene el Legislador con el Proyecto de ley número 160 de 2014 Cámara es ajustada a los postu-

lados constitucionales. Además, es de resaltar que en el marco de nuestras competencias, siempre apoyaremos los proyectos de regulación que se orienten a promover el acceso y la permanencia de las personas en el servicio público de la educación superior.

No obstante, con el fin de garantizar la viabilidad jurídica del articulado propuesto es importante: i) contar con el análisis de impacto fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; ii) contar con las consideraciones del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio respecto del texto propuesto, y iii) modificar el artículo 1°, para garantizar que el subsidio a la tasa de interés sea focalizado en las personas que verdaderamente lo necesitan, en razón a la situación socioeconómica que estén afrontando.

CONTENIDO

Gaceta número 702 - Lunes, 14 de septiembre de 2015

CAMARA DE REPRESENTANTES	Págs.
LEYES SANCIONADAS	
Ley 1767 de 2015, por medio de la cual se declara patrimonio cultural inmaterial de la Nación la celebración de la Semana Santa en Tunja, Boyacá, y se dictan otras disposiciones.....	1
PROYECTOS DE LEY	
Proyecto de ley número 110 de 2015 Cámara, por medio de la cual se modifica la edad máxima de retiro de algunos servidores públicos del orden nacional y de los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente	2
PONENCIAS	
Informe de ponencia para primer debate y al Proyecto de Acto legislativo número 058 de 2015 cámara, por el cual se modifica el artículo 90 de la Constitución Política.....	8
CARTAS DE COMENTARIOS	
Carta de comentarios del Ministerio de Educación Nacional al Proyecto de ley número 160 de 2014 Cámara, por medio de la cual se establece la tasa real de 0% de intereses en los créditos educativos otorgados por el Fondo Nacional de Ahorro para estudiantes de estratos 1, 2 y 3	21