

C-264-19

Sentencia C-264/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTICULO 102 (PARCIAL) DE LA LEY 1873 DE 2017-Inhibición

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Alcance

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Elementos

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Finalidad

ESTRUCTURA FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Jurisprudencia constitucional

FONDO NACIONAL DEL AHORRO-Régimen

FONDO NACIONAL DEL AHORRO-Facultad del legislador de señalar los objetivos

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de cargos

Referencia: Expediente D-12821

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 102 (parcial) de la Ley 1873 de 2017, “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2018”

Actores: Sandra Liliana Castaño Valencia, John Jairo Leal Ospina, Rafael Norberto Rueda Martínez, Diana Cecilia Gómez Cely, Jorge Eduardo Neira, Martha Cecilia Reyes de Calderón y Carlos Arturo Vargas Sánchez.

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D. C., doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la siguiente sentencia, con fundamento en las siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de inconstitucionalidad

1.1. Texto demandado

El día 25 de julio de 2018, los ciudadanos Sandra Liliana Castaño Valencia, John Jairo Leal Ospina, Rafael Norberto Rueda Martínez, Diana Cecilia Gómez Cely, Jorge Eduardo Neira, Martha Cecilia Reyes de Calderón y Carlos Arturo Vargas Sánchez presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los apartes del artículo 102 de la Ley 1873 de 2017 que ordenan la descapitalización del Fondo Nacional del Ahorro en \$400 mil millones, sin afectación de las cesantías y ahorros de afiliados, y la consecuente transferencia de dichos recursos al Tesoro Nacional durante la vigencia del año 2018, con el objeto de financiar programas sociales a cargo del gobierno nacional durante dicho período fiscal.

A continuación se transcribe y subraya el texto impugnado:

“LEY 1873 DE 2017

(diciemb20)

Diario Oficial No. 50.453 de 20 de diciembre de 2017

PODER PÚBLICO – RAMA LEGISLATIVA

Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

(...)

ARTÍCULO 102. Con el objeto de financiar programas sociales que deba atender el Gobierno

nacional en la vigencia fiscal de 2018, ordénese la descapitalización de la Imprenta Nacional de Colombia en \$100 mil millones, y del Fondo Nacional del Ahorro en \$400 mil millones sin afectar las cesantías y los ahorros de los afiliados. Estos recursos deberán ser transferidos al Tesoro Nacional durante la vigencia de 2018. Estas empresas deberán hacer los ajustes contables a que haya lugar.

Si regulatoriamente las entidades llegaran a requerir mayor respaldo patrimonial, el Gobierno nacional podrá realizar aportes de capital hasta por los montos señalados anteriormente.”

1.2. Cargos

1.2.1. Según los accionantes, la disposición impugnada incurre en tres tipos de vicios:

Por un lado, desde un punto de vista sustantivo, se argumenta que el precepto demandado desconoce la prohibición constitucional de destinar los recursos de las instituciones de la seguridad social a fines distintos a su objeto contenida en el artículo 48 de la Carta Política, y que, consecuentemente, transgrede los derechos asociados a la garantía anterior, como los derechos a la vivienda, la educación y al trabajo.

Por otro lado, desde una perspectiva procedimental, se argumenta que el trámite que antecedió la expedición del precepto legal adolece de al menos dos falencias. En efecto, la disposición fue dictada unilateralmente, sin que se hubiera convocado previamente a la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, convocatoria que según el artículo 56 de la Carta Política era obligatoria; esta omisión, en principio de orden procedimental, tiene una proyección sustantiva porque al eludirse el trabajo de construcción colectiva que debía soportar una norma de esta naturaleza, se vulnera el derecho de participación ciudadana y el propio principio democrático. Y tampoco se siguieron las pautas para la elaboración y ejecución del presupuesto del Estado contenido tanto en la Carta Política como en el Decreto 111 de 1996, transgrediendo especialmente el principio de legalidad.

Finalmente, desde una perspectiva competencia, se alega el desconocimiento del principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Carta Política, al haberse regulado un asunto ajeno al presupuesto del Estado para el año 2018, que constituye el

objeto general de la Ley 1873 de 2017.

A juicio de los accionantes, todo lo anterior se traduce en el desconocimiento de un amplio repertorio de disposiciones de la Carta Política y de múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen rango y jerarquía constitucional, entre ellos los artículos 2, 4, 5, 39, 48, 51, 53, 56, 57, 67, 68, 69, 93, 94, 345, 346, 347, 350, 351 y 352 de la Constitución, el Decreto 111 de 1996, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT.

A continuación se sintetizan los cargos formulados en la demanda de inconstitucionalidad.

1.2.2. Con respecto a la vulneración del artículo 48 de la Carta Política, los demandantes sostienen que por la naturaleza del FNA sus recursos gozaban de la protección establecida en dicho precepto, y que, por tanto, no podía ser objeto de descapitalización.

En efecto, dicha entidad fue creada en la Ley 432 de 1998 con el propósito promover el acceso a la vivienda y a la educación por la parte de la población colombiana más vulnerable, mediante la destinación de los recursos provenientes de las cesantías y del ahorro voluntario, a la financiación de vivienda y de la educación. De este modo, la citada agencia gubernamental fue concebida como una institución de gran proyección, vinculada a los fines sociales del Estado más importantes dentro del ordenamiento constitucional.

Con este propósito, la Ley 432 de 1998 transformó al FNA en una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, cuyo objeto fundamental es la administración eficiente de las cesantías, y la contribución a la solución de los problemas de vivienda y educación de sus afiliados. Para este efecto, en la ley se dispuso que se podrían afiliar a dicha entidad los oficiales, suboficiales, soldados profesionales de las Fuerzas Militares, los oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo miembros de la Policía Nacional, el personal docente oficial, los docentes vinculados a establecimientos educativos privados, los trabajadores independientes, y quienes devenguen salario integral.

Dada la naturaleza de esta agencia y de los recursos que la integran, en el mismo artículo 4 de la Ley 432 de 1998 se dispuso que “por ser el Fondo Nacional del Ahorro una entidad de seguridad social, no se podrán destinar ni utilizar sus recursos, utilidades y rendimientos o excedentes financieros para fines distintos a su objetivo y funciones”. Esto mismo habría sido ratificado por la Corte Constitucional en las sentencias C-625 de 1998[1] y C-1190 de 2000[2], en las que expresamente sostuvo que “sus utilidades y excedentes financieros sólo puede invertirlos en el desarrollo de su propio objeto: otorgar crédito de vivienda a los afiliados que lo precisen”.

Por su parte, el artículo 48 de la Constitución establece, primero, que el sistema de seguridad social responde a los principios de progresividad y de eficiencia, y segundo, que no se pueden destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de seguridad social en fines distintos a los que contempla su objeto, sin hacer ninguna distinción respecto de su naturaleza u origen.

La norma demandada, desconociendo los términos claros e inequívocos de la prohibición constitucional, ordenó la descapitalización del FNA, disponiendo la extracción de sus recursos para fines ajenos a su objeto, como una supuesta financiación de programas sociales, que tampoco se precisan o individualizan. De este modo, la incompatibilidad entre la norma constitucional y el precepto impugnado es palmaria e indiscutible, “porque mientras el precepto superior ordena que los recursos de las instituciones de la seguridad social no se pueden destinar ni utilizar para fines distintos a ella, el artículo demandado descapitaliza una entidad de seguridad social para financiar programas sociales diferentes a los señalados constitucional y legalmente en el objetivo y funciones del Fondo Nacional del Ahorro”, máxime cuando esta institución tiene como finalidad, según la propia ley, administrar las cesantías y el ahorro voluntario de los afiliados y otorgarles créditos de vivienda y educación en condiciones favorables.

Con ello, la norma demandada infringe, consecuentemente, los principios de eficiencia y de progresividad que deben irradiar el sistema de seguridad social, en la medida en que impide la consecución de los objetivos en función de los cuales fue creado el Fondo Nacional del Ahorro. Los accionantes calculan que con la pérdida de \$400 mil millones se genera una disminución en el capital social en un 20%, que 10.0000 afiliados no podrán acceder a créditos de vivienda y educación durante el año 2018, y que no se pagarán de

manera oportuna los auxilios de cesantías y los ahorros voluntarios requeridos por los afiliados. Este riesgo se materializa incluso si la extracción de recursos proviene de las utilidades netas o de los rendimientos o de fondos no asociados a los ahorros o a las cesantías de los afiliados, por cuanto, en todo caso, la medida impacta negativamente la solidez y la solvencia de la entidad, e impone nuevos obstáculos a la consecución de su objetivo general. Se trata entonces de una norma deliberadamente regresiva, en tanto despoja al Fondo de los recursos con los que cuenta para materializar los derechos sociales, que son, precisamente, su razón de ser.

Lo anterior tiene el agravante de que la descapitalización no respalda ningún gasto previamente decretado por el Congreso, y de que los recursos extraídos de la entidad no quedaron asociados a ningún gasto decretado previamente por el Congreso, ya que con el presupuesto de ingresos y recursos de capital se financian la totalidad de los gastos de funcionamiento, de inversión (incluida la inversión social), y el servicio de la deuda, por lo cual, la destinación social a la que alude la norma impugnada es tan solo una etiqueta carente de efectos jurídicos. Aún más, si según la Constitución el gasto social no se puede disminuir porcentualmente respecto del año anterior, y el gasto social de por sí se encuentra financiado, los recursos entregados al Tesoro tendrán “un propósito incierto e inconexo con la Ley anual de Presupuesto del año 2018”, ya que con la medida no es posible decretar un nuevo gasto, y mucho menos si es indeterminado.

El desconocimiento de la prohibición constitucional del artículo 48 de la Constitución, provoca, a su turno, la violación de los principios y valores fundamentales a los que atiende el ordenamiento superior, relacionados con el deber del Estado de asegurar la satisfacción de los derechos sociales, y la realización de la justicia, en un marco democrático y participativo, y con ello, los artículos 5, 25, 51, 53, 67, 68 y 69 de la Constitución Política.

La razón de ello es que con la descapitalización de una entidad creada para satisfacer las finalidades sociales del Estado, se trunca el cumplimiento de los fines superiores en función de los cuales se diseñó la organización política, con el agravante de que la medida se insertó un escenario altamente complejo, en el que el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas es alto, y en el que el acceso a la seguridad social, a la vivienda y a la salud es precario.

Con ello, la norma atacada también desconoce las normas que integran el bloque de constitucionalidad, entre ellos los artículos 93 y 94, así como los instrumentos de los sistemas mundial e interamericano de derechos humanos que reconocen los derechos a la vida, a la seguridad social, a la vivienda y a la educación, como los artículos 22, 23, 25 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 2, 6, 11 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 6, 9 y 13 del Protocolo de San Salvador, y las recomendaciones y los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT.

Por las razones anteriores, diferentes instancias de control han llamado sobre la inconstitucionalidad de la medida legislativa.

Así, la Contraloría General de la República ha expresado en diversas oportunidades serios y graves reparos a su constitucionalidad. En el Comunicado de Prensa No. 185 del 17 de noviembre de 2017 se descartaron los argumentos que en su momento expuso el gobierno nacional para defender la disposición, concluyendo que “la Contraloría General de la República reiteró con absoluta firmeza su desacuerdo con la descapitalización del Fondo Nacional del Ahorro y consideró que no tienen validez legal los argumentos que, por escrito y a manera de defensa de esta medida, le expuso el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”. Así, en primer lugar, sostuvo que “el artículo 48 constitucional prohíbe de manera expresa destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ellas. Para la CGR la división entre recursos relacionados directa o indirectamente con la seguridad social, y los propios de la entidad que los administra, se predica de las entidades privadas que manejan recursos públicos, de manera que no aplica al Fondo Nacional del Ahorro, que es una institucional de seguridad social”. Y en segundo lugar, se precisó que la tesis sobre la posterioridad de la Ley 1873 de 2017 sobre la Ley 432 de 1998, que permitiría a la primera derogar las disposiciones de esta última que impiden emplear los recursos del FNA en fines distintos a su objeto, también es improcedente, como quiera que ambas tienen un ámbito de validez diferente, por lo cual no es aplicable la regla de la prevalencia de la ley posterior.

En el mismo sentido, la Procuraduría General de la Nación se pronunció en términos muy similares, sosteniendo que “el Gobierno Nacional no puede disponer libremente del capital del Fondo Nacional del Ahorro. Si se descapitaliza al FNA para alimentar rentas de la Nación,

se estarían retirando del ámbito de la seguridad social recursos que tienen destino constitucional y legal exclusivo que son objeto además de una protección especial (...) aunque por regla general los excedentes financieros quedan a disposición del Tesoro General de la Nación en virtud de la unidad de caja, los provenientes de los órganos de previsión y seguridad social están exentos de dicho destino (...) la atención a los programas sociales no releva la destinación específica de los recursos de la seguridad social, como lo ha señalado la Corte Constitucional, razón por la cual los del FNA cuentan con esta protección especial”.

1.2.3. Un segundo grupo de falencias versan sobre las deficiencias en el proceso de aprobación parlamentaria, por no haberse activado previamente el mecanismo de concertación previsto en la Carta Política en aquellas materias que implican un retroceso en los derechos sociales, y por no haberse tenido en cuenta las reglas para la elaboración y ejecución del Presupuesto del Estado.

En efecto, para asegurar la vigencia de los derechos sociales reconocidos en la Carta Política, el gobierno nacional se encontraba obligado a activar los mecanismos de concertación previstos en el ordenamiento jurídico, y en particular, a convocar a la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, de suerte que al adoptarse la medida legislativa sin haber agotado previamente este dispositivo, se desconoció el artículo 56 superior y los convenios de la OIT, y con ello, el diálogo social, la participación ciudadana y el propio principio democrático.

Asimismo, la expedición de precepto demandado debía sujetarse a los principios básicos que orientan la elaboración y ejecución del Presupuesto General de la Nación, y en particular, a los artículos 345, 346, 350 y 352 de la Carta Política, así como al Decreto 111 de 1996, modificado por las leyes 819 de 2003 y 1473 de 2011.

En efecto, el artículo 345 de la Constitución Política consagra el principio de legalidad en materia presupuestal, estableciendo que todos los gastos proyectados para cada vigencia fiscal, y todos los ingresos que deben ser percibidos por el Estado en este mismo periodo, deben corresponder a partidas reconocidas previamente en el presupuesto del Estado aprobado por una ley de la República. Específicamente, se prohíbe percibir contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto de rentas, realizar erogaciones con cargo al

Tesoro que no consten en el presupuesto de gastos o efectuar otros gastos públicos que no hayan sido decretados por el Congreso, o transferir créditos a objetos no contemplados en dicho instrumento. Y los artículos 346 y 347 de la Constitución exigen para la inclusión de partidas en la Ley de Apropiaaciones, que estas correspondan a un crédito judicialmente reconocido, a un gasto decretado conforme a ley anterior, a uno propuesto por el gobierno para atender el funcionamiento de las ramas del Estado, al servicio de la deuda, o destinado a cumplir el Plan Nacional de Desarrollo.

Contrariando esta previsión, la norma atacada contempla un ingreso de 400 mil millones que no corresponde a ninguna partida en el presupuesto de rentas y recursos de capital para el año 2018, y además, el gasto social que pretende financiar tampoco se encuentra contemplado como una partida en el presupuesto de gastos o Ley de apropiaciones. De este modo, el artículo 102 de la Ley 1873 de 2017 ordena la entrega de cuantiosos recursos al Tesoro, pero esta operación no tiene correspondencia en la ley de apropiaciones un nuevo gasto público indeterminado que no fue decretado en leyes anteriores, y que tampoco se encuentra previsto como tal en el presupuesto de gastos: “si todo el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones para el año 2018 está financiado y equilibrado, incluido el gasto social, con la totalidad del presupuesto de rentas y recursos de capital de la vigencia, los 400.000 millones de pesos, sumas en la que se descapitalizó el Fondo Nacional del Ahorro, no está respaldando ningún gasto previamente decretado por el Congreso y, por lo mismo, de manera inconstitucional la norma acusada incluye un ingreso y autoriza al Gobierno Nacional para que a su antojo financie cualquier programa social aunque no haya sido decretado previamente por el Congreso (gastos sin representación), impidiendo de esta manera ejercer el control democrático al poder del Ejecutivo en materia de gasto público”.

Dentro de esta misma línea, el artículo 350 superior le impone al gobierno nacional la obligación de incluir en la ley de apropiaciones un capítulo para el gasto social, y prohíbe disminuir el presupuesto de inversión social en relación con el año anterior. En este orden de ideas, si ya de por sí no es posible disminuir la inversión social, la norma atacada tiene una finalidad incierta e indeterminada, y en todo caso inconsistente con el presupuesto del Estado

1.2.4. Finalmente, se alega la existencia de un vicio competencial por la violación del

principio de unidad de materia consagrado en el artículo 58 de la Carta Política, ya que, según los accionantes, los preceptos impugnados regularon un asunto ajeno al objeto y finalidad propia de las leyes de presupuesto. A su juicio, la orden de descapitalización prevista en el artículo 102 de la Ley 1873 de 2017 no guarda conexidad temática, causal, teleológica ni sistemática con la materia general regulada en dicha normatividad.

En efecto, mediante la Ley 1873 de 2017 se decretó el presupuesto del Estado para el año 2018, presupuesto que, a su turno, debe incluir todas las partidas que integran las rentas y los gastos proyectados para esta vigencia fiscal, mientras que el precepto demandado ordenó la descapitalización de una entidad estatal, y los recursos extraídos con esta operación no fueron incorporados a dicho instrumento.

Así, el artículo 1 de la ley contempla todos los rubros que integran las rentas del Estados proyectadas para el año 2018, pero, paradójicamente, dentro de estas partidas no se encuentran los 400.000 millones provenientes de la descapitalización del Fondo Nacional del Ahorro, por lo cual, estos recursos se convierten en dinero a disposición del gobierno nacional, no sujeto a las reglas presupuestales.

Adicionalmente, aunque el precepto demandado determina que los recursos obtenidos se deben destinar a la financiación de programas sociales, no se identificaron tales proyectos, planes o programas, desconociendo las disposiciones constitucionales y orgánicas que “ordenan que no hay gasto sin título y sin representación, es decir, que en el presupuestos de gastos sólo se pueden incluir aquellos gastos que permite la Constitución Política y la ley y que no se puede decretar un gasto sin haya sido previamente decretado por el Congreso a través de una ley”.

Los antecedentes legislativos tampoco arrojan ninguna luz sobre el vínculo que podría tener la orden de descapitalización del FNA con la expedición del presupuesto del Estado, ya que la medida fue propuesta tardía e improvisadamente en el Congreso de la República, y sólo fue incluida como un artículo nuevo en la ponencia para primer debate en las comisiones económicas conjuntas del Senado y de la Cámara de Representantes, pero sin que sin que tal inclusión hubiese dado lugar a la modificación de los rubros del Presupuesto, y sin que la decisión estuviese estado respaldada por un análisis de su viabilidad jurídica, presupuestal, fiscal, financiera o social, o de su impacto en el corto, mediano y largo plazo. Así las cosas,

“no existe unidad de causa e identidad entre los motivos que dieron lugar a la expedición de la Ley 1873 y la razones que dieron origen a la disposición atacada. La causa para expedir la Ley 1873 es dar cumplimiento a los artículos 340 (...) que le imponen al Congreso de la República discutir y expedir el Presupuesto General de Rentas y Ley de apropiaciones (...) la causa que dio origen a la disposición demandada, es descapitalizar el Fondo Nacional del Ahorro, y financiar programas sociales, motivos totalmente distintos del objetivo general de la Ley 1873”.

Aunque las leyes de presupuesto contienen un capítulo de “normas generales”, diferentes al instrumento presupuestal como tal, la Corte Constitucional ha fijado algunos criterios para evaluar el cumplimiento del principio de unidad de materia en este escenario, aclarando que tales normas deben tener una proyección temporal, que no pueden modificar disposiciones de orden sustantivo, que no es funcional al objetivo de ejecutar el presupuesto en la respectiva vigencia fiscal, y que no pueden tener vocación de permanencia.

En este caso, sin embargo, la disposición impugnada no satisface ninguno de los estándares anteriores, pues ordena una descapitalización de una entidad estatal, impone al gobierno un deber de efectuar aportes de capital que se pueden proyectar más allá del año 2018, modifica normas sustantivas de orden constitucional y legal que prohíben destinar recursos de entidades de seguridad social a fines distintos para los cuales fue creada, no es funcional al objetivo de ejecutar el presupuesto nacional, y tiene vocación de permanencia. De este modo, lo que se hizo fue descapitalizar una entidad pública para extraer sus recursos y dejarlos a disposición del gobierno, con el pretexto de financiar unos programas indeterminados que no se encuentran en el presupuesto, y que tampoco fueron decretados por el legislador.

1.3. Solicitud

Con fundamento en las consideraciones anteriores, los accionantes solicitan a esta corporación que declare la inconstitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1873 de 2017, con excepción de la expresión “de la Imprenta Nacional de Colombia”, y que, además, se otorgue a esta decisión efectos retroactivos, esto es, desde el momento de la expedición de la ley.

2. Trámite procesal

2.1. Admisión

Mediante auto del día 21 de agosto de 2018, el magistrado sustanciador admitió la demanda, y en consecuencia, ordenó:

- Correr traslado de la misma a la Procuraduría General de la Nación por el lapso de 30 días, para que rindiera concepto en los términos de los artículos 242.5 y 278.5 de la Carta Política.
- Fijar en lista la disposición acusada, con el objeto de que fuese impugnada o defendida por cualquier ciudadano.
- Comunicar de la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, al Congreso de la República, al Fondo Nacional del Ahorro, a los ministerios de Justicia y del Derecho, de Hacienda, de Salud, de Trabajo, de Educación y de Vivienda, Ciudad y Territorio, y al Departamento Nacional de Planeación, para que se pronunciaran sobre las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad y suministraran los insumos fácticos, conceptuales y normativos que estimaran pertinentes.
- Invitar a participar dentro del proceso a las siguientes instancias, para que se pronunciaran sobre las pretensiones de la demanda y para que suministraran insumos de análisis según sus áreas de conocimiento y experticia: (i) a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Comisión Colombiana de Juristas, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, el Centro de Estudios Tributarios de Antioquia, y el Instituto de Estudios Fiscales; (ii) a las facultades de Derecho de las universidades Javeriana, Sabana, Externado de Colombia, de los Andes, Nacional de Colombia, EAFIT, Libre y de Antioquia.

2.2. Solicitud de información sobre el estado de ejecución de la medida legislativa

En el mismo auto admisorio de la demanda se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público informar sobre el estado de ejecución de la orden de descapitalización del Fondo Nacional del Ahorro prevista en el artículo 102 de la Ley 1873 de 2017.

El día 5 de septiembre de 2018, la entidad dio respuesta al requerimiento anterior, informando que, a la fecha, los recursos de la descapitalización del Fondo Nacional del Ahorro ingresaron en su totalidad a las cuentas del Tesoro Nacional, de suerte que el proceso de reducción de capital de la entidad concluyó integralmente con los respectivos ajustes contables, por un valor total de 400.000 millones de pesos. Igualmente, se aclaró que la operación financiera no afectó de ninguna manera las acreencias o pasivos del FNA con sus afiliados, ni en el componente de cesantías ni en el de ahorros voluntarios, de modo que estos valores no sufrieron “ninguna variación, ni ninguna disminución por motivo de la reducción de capital, por lo cual, luego de la descapitalización, el FNA sigue reconociendo y respaldando en su totalidad las obligaciones derivadas de los aportes de los afiliados. Lo anterior, teniendo en cuenta que la descapitalización procede frente a los recursos patrimoniales del propietario y no frente a los pasivos externos de la entidad”.

2.3. Formulación y resolución del impedimento del Procurador General de la Nación

2.3.1. Mediante escrito presentado el día 13 de noviembre de 2018, el Procurador General de la Nación presentó impedimento para rendir concepto en este proceso, al considerar que el régimen de impedimentos y recusaciones contemplado en los artículos 25 y 26 del Decreto 2067 de 1991 para los magistrados de este tribunal, también le es aplicable, y que por haber conceptuado previamente sobre la constitucionalidad de la disposición legal que se debate en este trámite judicial, se encuentra impedido para presentar su postura sobre esta misma temática.

En tal sentido, el funcionario argumenta que aunque los artículos 25 y 26 del Decreto 2067 de 1991 determinan que las causales de impedimentos y recusaciones son aplicables a los magistrados de la Corte Constitucional, este mismo tribunal ha entendido que este régimen se extiende al Ministerio Público, en la medida en que su intervención en los procesos constitucionales, aunque no envuelve el ejercicio de la función jurisdiccional, sí debe estar revestida de las garantías de imparcialidad, neutralidad y probidad, según se determinó en el auto 086A de 2012[5].

Partiendo de esta base, el Procurador sostiene que la medida legislativa cuya constitucionalidad se cuestiona en este proceso judicial, esto es, la descapitalización parcial

del FNA prevista en el artículo 102 de la Ley 1873 de 2017, fue objeto de un pronunciamiento expreso por parte del funcionario, ya que mediante carta remitida al Presidente de la República Juan Manuel Santos del día 26 de octubre de 2017, se le advirtió que era contraria al artículo 48 de la Carta Política, pues “si se descapitalizara al FNA para alimentar las rentas de la Nación, se estarían retirando del ámbito de la seguridad social recursos que tienen destino constitucional y legal exclusivo que son objeto además de una protección especial conforme a innumerables pronunciamientos de la Corte Constitucional”.

Así las cosas, el Procurador solicitó a la Sala Plena que declare fundado el impedimento, y que, en consecuencia, disponga que el concepto de constitucionalidad sea presentado por el Viceprocurador General de la Nación.

2.3.2. En el auto 777 del día 28 de noviembre de 2018, la Sala Plena negó el impedimento, sobre la base de que, en el caso del Procurador, la causal debatida se configura únicamente cuando la opinión vertida por el funcionario se produce por fuera del ejercicio de sus funciones.

La Sala sostuvo que esta línea hermenéutica se explicaba por la necesidad de garantizar que los impedimentos no dificulten y obstaculicen el cumplimiento del rol institucional de la Procuraduría, y que de entenderse que cuando en el marco de sus funciones dicho funcionario se pronuncia sobre la validez de una disposición queda automáticamente impedido para conceptuar sobre su constitucionalidad en el escenario del control abstracto, se entorpecería artificiosa e inútilmente el rol de la Vista Fiscal como garante del orden jurídico. De igual modo, la Corte argumentó que el régimen de impedimentos y recusaciones tiene por objeto preservar la imparcialidad y neutralidad de los operadores jurídicos en el ejercicio de la función jurisdiccional, y que ello no se anula por el hecho de exponer previamente su opinión sobre la validez de un precepto legal, y posteriormente plasmarlo de nuevo en el marco de los procesos constitucionales.

Con fundamento en estas consideraciones, la Sala sostuvo que si bien el Procurador General de la Nación manifestó al Presidente de la República que la disposición actualmente demandada era manifiestamente contraria a la Constitución Política, dicha comunicación era una expresión “clara y directa del rol institucional que cumple la Procuraduría General

de la Nación como garante del orden jurídico”.

2.3.3. Así las cosas, la Sala Plena negó el impedimento del funcionario, y ordenó dar continuidad al trámite constitucional.

3. Intervenciones (Instituto Colombiano de Derecho Tributario[6], Centro Externadista de Estudios Fiscales y Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia[7], Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Academia Colombiana de Jurisprudencia[8], Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de la Sabana[9], Ministerio de Hacienda y Crédito Público y escritos ciudadanos[10])

3.1. Intervenciones acerca de la viabilidad del escrutinio judicial (Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de la Sabana, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y Ministerio de Hacienda y Crédito Público)

3.1.1. Dado que en el auto admisorio de la demanda el magistrado sustanciador consideró que, al menos prima facie, las acusaciones formuladas por los accionantes admitían un pronunciamiento de fondo, la mayor parte de los intervinientes conceptuaron directamente sobre la validez del precepto impugnado, sin hacer consideraciones específicas acerca de la viabilidad del escrutinio judicial.

Tan sólo la Universidad de la Sabana y los ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio y de Hacienda y Crédito Público cuestionaron la procedencia del juicio de constitucionalidad. Estos dos últimos consideran que la ineptitud de la demanda es plena, esto es, en relación con todos los cargos del escrito de acusación, mientras que para la primera, las deficiencias se presentan únicamente en relación con los señalamientos por la presunta infracción del Decreto 111 de 1996, y de los artículos 5, 25, 39, 51, 53, 55, 56, 67, 68, 69, 150.7, 210, 345, 346, 350 y 352 de la Carta Política, manteniéndose la viabilidad del juicio frente a los cargos por la violación de los artículos 48 y 158 de la Constitución, es decir, por la infracción del principio de unidad de materia y de la prohibición de utilización de los recursos de las instituciones de seguridad social.

En síntesis, los intervinientes estiman que las acusaciones adolecen de tres tipos de deficiencias, que se sintetizan a continuación.

3.1.2. Por una parte, se argumenta que los señalamientos únicamente denuncian la oposición de las medidas adoptadas por el legislador con la Constitución, pero sin dar cuenta del sentido de la contradicción normativa, por lo que, propiamente hablando, no existirían cargos sobre los cuales pueda recaer el análisis de este tribunal. A juicio del Ministerio de Vivienda, “la simple denuncia de una contradicción sin argumentos objetivos y verificables (...) no obstante recurrir a la cita de normas superiores, no constituye una formulación concreta del concepto de la violación constitucional, de lo cual se deriva una ineptitud sustantiva de la demanda”.

Esta misma falencia es alegada por Universidad de la Sabana en relación con las acusaciones por la infracción del artículo 350 de la Carta Política, ya que según dicho precepto, el gasto social no puede disminuir, mientras que según la demanda, la violación se produce porque el destino de los recursos es incierto e indeterminado, razón esta que de ningún modo explica el sentido de la contradicción. Lo mismo se plantea frente a los cargos por la violación de los artículos 5, 25, 51, 53, 68, 69, 150.7, 210 350 y 352 de la Constitución, ya que, en general, los accionantes “ni siquiera hacen referencia al texto del artículo constitucional y mucho menos proporcionan las razones siquiera básicas de por qué el artículo vulnera el precepto constitucional”. Así, por ejemplo, se afirma que la norma impugnada desconoce la supremacía de los derechos inalienables de la persona, el derecho al trabajo, las garantías laborales de los trabajadores, la autonomía universitaria, la potestad de los particulares para fundar establecimientos educativos o el derecho a la vivienda digna, pero no se explica de qué manera se produce esta transgresión, máxime cuando ni siquiera existe una conexidad temática entre estos contenidos constitucionales y la medida legislativa demandada, y cuando una vez descapitalizado el Fondo Nacional del Ahorro, se ha mantenido “el monto de los préstamos otorgados por la entidad así como las tasas de interés, a lo que se suma que la norma dispone que si el FNA necesitare de estos recursos para el cabal cumplimiento de sus funciones, podrá pedir respaldo patrimonial al Gobierno Nacional hasta por el monto total de la descapitalización”.

3.1.3. En segundo lugar, los intervinientes afirman que la tesis sobre la inconstitucionalidad de la medida legislativa deriva de premisas equivocadas sobre el alcance de los preceptos demandados, del ordenamiento jurídico en su conjunto, e incluso de la Carta Política.

Según el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cargo por el desconocimiento del

artículo 48 de la Constitución parte del falso supuesto de que todos los recursos del FNA son de la seguridad social, y de que el precepto constitucional establece una intangibilidad absoluta de todos los recursos de todas las instituciones que manejan recursos destinados a la seguridad social, sin ninguna excepción, lo cual, a su juicio, comporta una interpretación subjetiva e inadmisibles del sistema jurídico. Incluso, estas acusaciones estarían en franca contravía de la jurisprudencia constitucional, ya que este tribunal ha dejado en claro que el artículo 48 de la Carta Política únicamente blindas los recursos que tienen una relación objetiva y directa con la seguridad social: “La argumentación está fundamentada en interpretaciones arbitrarias que desconocen la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha reconocido la distinción de los recursos que pueden existir en las entidades de seguridad social y cuáles realmente están afectos por la disposición del artículo 48 de la C.P.”

La misma deficiencia sería atribuible al cargo por la infracción de los artículos 345, 346, 347, 350 y 352 de la Constitución Política, basado en la premisa, a todas luces inaceptable, de que el precepto demandado otorga al Presidente de la República facultades discrecionales para manejar “a su antojo” los recursos obtenidos con la operación de descapitalización, cuando claramente la norma impugnada regula un asunto diferente, y cuando los programas sociales a los que se refiere tal disposición fueron decretados previamente por el legislador.

De igual manera, a las acusaciones por la violación de los artículos 5, 25, 51, 53, 67, 68 y 69 de la Carta Política subyace la tesis de que el efecto jurídico de la medida legislativa es la pérdida de la capacidad del FNA para otorgar créditos de vivienda y estudios, así como la disminución de los ahorros de los afiliados se disminuirá, efecto este que no sólo no se desprende del precepto demandado, sino que además puede ser rebatido fácilmente con los indicadores financieros de la entidad. Aún más, según lo señaló la Superintendencia Financiera de Colombia, luego de la operación de descapitalización, “la solvencia se mantendrá en niveles cercanos al 50%, lo cual preserva su capacidad de crecimiento sin que incumpla los mínimos regulatorios (solvencia del 9%). Así mismo, el 29 de septiembre de 2017, la calificadoras de riesgos Fitch Ratings informó que las calificaciones nacionales del Fondo Nacional del Ahorro no se afectarían por efectos de la reducción de capital propuesta para la entidad”.

Dentro de esta misma línea argumentativa, la Universidad de la Sabana sostiene que la acusación por la supuesta violación de los artículos 345 y 347 de la Carta Política se basa en el falso supuesto de que la norma demandada crea un nuevo gasto al prescribir que los recursos provenientes de la descapitalización del FNA deben ser destinados al gasto público social, cuando, en realidad, sólo genera una nueva fuente de financiación para proyectos sociales previamente decretados en el Presupuesto. Por su parte, el cargo por la transgresión de los artículos 150.7 y 210 de la Constitución Política por el desconocimiento de la autonomía administrativa del FNA, habría partido de un entendimiento errado de los citados preceptos constitucionales, ya que ninguno de estos otorga a la entidad algún status especial que impida su descapitalización o su intervención financiera, y, por el contrario, únicamente facultan al Congreso para crear cierto tipo de entidades con diversos niveles de autonomía.

3.1.4. Finalmente, los intervinientes sostienen que los accionantes invocan normas que no pueden servir como referentes del juicio de constitucionalidad, por no hacer parte de la Carta Política.

En este sentido, la Universidad de la Sabana afirma que algunos de los señalamientos de la demanda se amparan en la presunta violación del Decreto 111 de 1996, decreto que por no estar incorporado en la Constitución Política, no puede servir como fundamento de las acusaciones: “el cargo formulado por el demandante con fundamento en el decreto 111 de 1996 no cumple con el requisito estipulado por el artículo 2 del decreto 2067 de 1991, sobre que debe señalarse las normas constitucionales que se consideran infringidas, porque en este caso el cargo propuesta no señala una disposición constitucional, sino que se basa en un decreto”.

3.1.5. En este escenario, y en la medida en que según los intervinientes la demanda no proporciona los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad, por ampararse en un entendimiento errado de la legislación y del sistema jurídico en general, por no haberse especificado el sentido de la incompatibilidad normativa alegada, y por haberse utilizado como referentes del juicio contenidos normativos que carecen de jerarquía y rango constitucional, no sería viable el escrutinio judicial propuesto por los accionantes.

3.2.

Intervenciones sobre la

constitucionalidad de la medida legislativa (Instituto Colombiano de Derecho Tributario[11], Centro Externadista de Estudios Fiscales y Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Academia Colombiana de Jurisprudencia[12], Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de la Sabana[13], Ministerio de Hacienda y Crédito Público, e intervenciones ciudadanas[14])

Según se explicó en los acápites anteriores, los demandantes plantean tres tipos de reparos a la norma que, en el marco del instrumento presupuestal, ordena la descapitalización del FNA, las cuales se refieren, primero, al desconocimiento de la garantía de intangibilidad de los recursos de las entidades de seguridad social, y consecuentemente a la violación de los derechos fundamentales asociados a dicha garantía, segundo, a la violación del procedimiento de aprobación legislativa por no haber seguido el trámite de aprobación de las leyes de presupuesto y por no haberse convocado previamente a la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales; y, finalmente, a la transgresión del principio de unidad de materia, al haberse ordenado la extracción de unos recursos que nunca fueron incorporados al instrumento presupuestal.

Así planteado el debate, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a los cargos de la demanda de inconstitucionalidad, mientras que los demás intervinientes acogieron, total o parcialmente, los planteamientos del escrito de acusación, tal como se explica a continuación.

3.2.1. Tesis sobre la constitucionalidad de la medida legislativa (Ministerio de Hacienda y Crédito Público)

3.2.1.1. El Ministerio de Hacienda y Crédito Pública considera que, en caso de que la Corte Constitucional desestime los argumentos que acreditan la ineptitud sustantiva de la demanda, se deben descartar los cargos planteados por los accionantes.

3.2.1.2. Con respecto a la acusación por la infracción del artículo 48 de la Carta Política, la entidad sostiene que, en contraste con lo planteado por los accionantes, la prohibición constitucional de disponer de los recursos de las entidades de seguridad social para fines distintos a esta no se extiende a la totalidad de los emolumentos de tales instancias, sino “sólo a los que están relacionados de forma objetiva y directa con la seguridad social”, y,

que en el caso particular, la descapitalización del FNA se preservaron íntegramente los asociados a la seguridad social.

Sobre este punto, la entidad argumenta afirma que en múltiples oportunidades la Corte Constitucional ha acotado el alcance del artículo 48 de la Carta Política, precisando que la prohibición allí contenida se estructura en función de la destinación de los recursos y no en función de la naturaleza de la entidad que los administra. Y para justificar esta tesis, la entidad relaciona diversos fallos de este tribunal en los que, a su juicio, se habría acogido esta línea hermenéutica, así:

- En la sentencia C-349 de 2004[15] aclaró que aunque las Empresas Promotoras de Salud manejan recursos parafiscales que hacen parte del sistema público de salud, no todos los componentes de su patrimonio tienen esta naturaleza, sino sólo los provenientes de las cotizaciones de los afiliados, y en ningún caso los bienes y rentas propias de las EPS. Asimismo, se aclaró que estos recursos parafiscales son únicamente los dineros públicos que las EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantías administran, y que estos deben diferenciarse del patrimonio de las EPS y del patrimonio del Estado y de las entidades territoriales.
- En el marco del control constitucional del artículo 36 de la ley 788 de 2002, en la sentencia C-341 de 2007[16] la Corte reconoció que las Cajas de Compensación Familiar pueden prestar servicios no vinculados directamente a la seguridad social, y que respecto de todos estos podría ser viable el cobro del IVA, sin que ello configure una violación del artículo 48 de la Carta Política.
- Asimismo, en la sentencia C-824 de 2004[17] también se aclaró que las EPS y las ARS cuentan con recursos que no hacen parte de la seguridad social, como los provenientes de ganancias originadas en contratos de medicina prepagada, publicidad y otras actividades semejantes, y que respecto de todos estos no se predica la destinación establecida en el artículo 48, pues “nada tienen que ver con los gastos propios de la actividad compleja que suscita el engranaje de la seguridad social. Son los recursos después del ejercicio los que claramente están en cabeza de la EPS y o de la ERP, y sobre ellos es libre el legislador para imponer los gravámenes que considere necesarios”.
- Finalmente, en el marco del análisis del Impuesto sobre la Renta para la Equidad

(CREE), en la sentencia C-422 de 2016[18] la Corte concluyó que el legislador no estaba obligado a fijar como exención al Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) la reserva de estabilización y sus rendimientos para pensiones, argumentando que este rubro estaba integrado por recursos propios de la Administradora de Fondos de Pensiones, de modo que aunque eventualmente podrían tener una relación con el pago de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), “no son en estricto sentido recursos de la seguridad social al originarse en un patrimonio propio de la sociedad administradora y encontrarse sujetos a los albueros del mercado financiero o de capital”.

Con base en esta revisión jurisprudencial, la entidad concluye que el espectro de protección de la prohibición prevista en el artículo 48 de la Constitución recae exclusivamente sobre los recursos que tienen una vinculación objetiva y directa con la seguridad social.

A partir de este marco general, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sostiene que para determinar qué recursos se encontraban blindados se debe tener en cuenta tanto la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ahorro, como la composición de su patrimonio. En tal sentido, se destaca que es una empresa industrial y comercial del Estado con capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de tales bienes o fondos, y el rendimiento de tasas y contribuciones establecidas por la ley, y que, por lo mismo, sus excedentes financieros hacen parte de los recursos de capital de la Nación, según lo determina expresamente el artículo 31 del Decreto 111 de 1996, y que por este mismo motivo, “las rentas de la Nación se pueden fortalecer con recursos provenientes de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

Desde esta perspectiva, el FNA no solo administra recursos provenientes de las cesantías y ahorros voluntarios de los afiliados, pues también maneja los provenientes de otras fuentes, como apropiaciones de la Nación y de otras entidades de derecho público o privado, auxilios, donaciones, empréstitos, rendimientos de inversiones, los derivados del giro ordinario de las operaciones financieras, o los provenientes de la venta de activos. Un ejemplo de ello son las propiedades de la entidad que no están asociadas al rol de administración de las cesantías de los afiliados, como las que se tienen sobre múltiples bienes inmuebles; según consta en las notas a los estados financieros a 31 de diciembre, se encuentran los componentes “propiedad inversión terrenos calle 18 No. 7-49”, por un valor de \$2.518 millones de pesos, “propiedades de inversión terrenos”, por un valor de 806

millones, y “propiedades de inversión local San Andrés”, por un valor de 3 millones de pesos.

En este contexto, la operación ordenada en el precepto demandado recae únicamente sobre los recursos patrimoniales del FNA, y no sobre los pasivos externos, que son los precisamente los que podrían estar asociados a la seguridad social: “la descapitalización procedió frente a los recursos patrimoniales de los propietarios y no frente a los pasivos externos de la entidad. En tal sentido, el reconocimiento de los recursos asociados a la seguridad social no ha surtido ningún cambio o disminución, ni tampoco se han retirado de la órbita del Fondo Nacional del Ahorro”.

Así las cosas, los recursos que fueron objeto de intervención no guardan una relación directa y estrecha con la seguridad social, por lo cual, no se encontraban sujetos a la prohibición del artículo 48 de la Constitución. Aún más, la operación no ha puesto en peligro de ninguna manera los pasivos de la institución, máxime cuando esta mantiene unos índices de solvencia que superan por mucho el promedio de las entidades financieras, y el mínimo exigido para este tipo de entidades. De hecho, el índice de solvencia del FNA es el más alto de todos los establecimientos de crédito del país, y supera por mucho el referente mínimo regulatorio del 9%. Es así como para diciembre de 2017 este índice se ubicó en un 63.17%, mientras que el promedio del sector es del 15.89%, y según la calificadora de riesgos “Fitch Ratings”, las evaluaciones nacionales de la entidad no se verán afectadas por la reducción de capital ordenada en el precepto demandado. A junio de 2018 el índice de solvencia sigue siendo el más alto del país, situándose en un 51.40%, frente al 9% exigido regulatoriamente.

3.2.1.3. Por su parte, con respecto a la acusación por la infracción del principio de unidad de materia previsto en el artículo 158 de la Constitución, el Ministerio de Hacienda argumenta que la medida legislativa tiene un vínculo directo y estrecho con el Presupuesto General de la Nación aprobado para el año 2018.

A su juicio, la decisión de descapitalizar el FNA fue la contrapartida directa a la determinación del Congreso de la República de incrementar el presupuesto de inversión, de suerte que el artículo 102 de la Ley 1873 de 2017 no es más que una disposición instrumental y funcional al objetivo del gobierno y del Congreso de la República de

fortalecer la inversión social.

Para justificar esta aserción, el interviniente describe algunas etapas del trámite legislativo, cuando las comisiones económicas conjuntas propusieron al Gobierno Nacional realizar un esfuerzo adicional para aumentar el presupuesto de inversión para el año 2018, y en particular, para fortalecer los programas de educación, subsidios eléctricos y de gas, Familias en Acción, asistencia a la primera infancia, y apoyo al deporte, ciencia y tecnología. Ante esta iniciativa, se resolvió aumentar el presupuesto del sector educativo en 2001 mil millones para atender las líneas de créditos en el ICETEX, el programa Ser Pilo Paga IV, la dotación y los gastos de funcionamiento para las sedes de la Universidad Nacional de Colombia y de Cartagena, e infraestructura en los colegios de Chocó; 1958 mil millones para el sector de minas y energía, para la atención de subsidios de energía y gas y para la compensación al transporte de combustibles líquidos entre Yumbo y Pasto, y obras de infraestructura eléctrica y de gas; 1553 mil millones para el sector de inclusión social, para los programas de asistencia a la primera infancia, de reparación colectiva y reconstrucción social, y de transferencias monetarias condicionadas; 330 mil millones para el sector de deporte y recreación para la construcción y mantenimiento de infraestructura de escenarios deportivos; y 117 mil millones para el sector de ciencia y tecnología, para apoyar los programas de Colciencias.

En este escenario, la medida de descapitalización fue el instrumento que encontró el gobierno para poder incrementar el rubro de inversión en programas sociales, cumpliendo así con el requisito de conexidad temática.

Además, si bien la iniciativa fue introducida en la ponencia para primer debate, sin que se explicara y se debatiera específicamente sobre los alcances y la justificación de esta medida, lo anterior no se traduce en un desconocimiento de los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia, pues lo cierto es que del propio contenido de la norma resulta claro que su finalidad es la de permitir la financiación de los programas sociales del Estado. y que bajo ninguna circunstancia la operación podría afectar las cesantías y ahorros de los afiliados al FNA. Desde esta perspectiva, “el Congreso tiene la potestad de introducir cambios a las iniciativas legislativas en el marco de las deliberaciones democráticas (...) y la modificación legislativa (...) atendió todas las exigencias contenidas en la Constitución, a saber, fue suscrita por los ponentes designados

(...) y se incluyeron las justificaciones necesarias frente a los ajustes presupuestables que involucraban la descapitalización del FNA. Finalmente (...) el artículo 102 se originó como consecuencia del ajuste presupuestal requerido para financiar los gastos de inversión en proyectos sociales contenidos en la Ley Anual de Presupuesto para la vigencia 2018”, de modo que la disposición satisface las exigencias de conexidad teleológica, sistemática y causal con la Ley de Presupuesto.

3.2.1.4. En tercer lugar, el interviniente desestima las acusaciones por la violación del régimen presupuestal consagrado en los artículos 345, 346, 347, 350 y 352 de la Constitución y del artículo 15 del Decreto 111 de 1996, argumentando que en virtud del principio de unidad de caja, la totalidad de los recursos que integran el presupuesto forman parte de una bolsa común a la que ingresan todas las rentas y recursos de capital del Estado, y con las cuales se financian todos los gastos previamente decretados, por lo cual, mal podría establecerse una destinación específica a los recursos obtenidos con la descapitalización del FNA. Adicionalmente, la disposición impugnada no desconoció el componente de gastos público social establecido en la Ley Anual de Presupuesto, no priorizó otro tipo de gastos, y tampoco disminuyó el presupuesto de inversión, por lo cual, ninguna de las acusaciones planteadas por los accionantes es procedente.

3.2.1.5. Finalmente, el Ministerio de Hacienda controvierte los cargos por el desconocimiento de los artículos 5, 25, 39, 51, 53, 55, 56, 67, 68, 69, 87, 98, 151 y 154 de la Constitución Política y de los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo. En tal sentido, el interviniente ofrece tres tipos de argumentos:

- De una parte, se advierte que, contrariamente a lo sostenido por los accionantes, la medida legislativa no tendrá como efecto una restricción en el acceso a los créditos de vivienda o de educación, ni un mayor riesgo en el pago de las cesantías o la devolución de los ahorros de los afiliados. Tal como se explicó anteriormente, el índice de solvencia del FNA sigue siendo el más alto de todas las entidades financieras del país, conservando su capacidad de crecimiento y de respaldo patrimonial, pudiendo llegar a financiar un saldo de cartera superior a 18 billones adicionales, “saldo que resulta ser muy superior al actual de \$6.2 billones (...) que equivale a 4 veces el saldo de cartera actual”. Tan es así que el 20 de octubre de 2017 y el 17 de agosto de 2018, el FNA expidió sendos comunicados en los que aclara a la opinión pública que la operación ordenada en la ley del Presupuesto no

compromete de ninguna manera ni las cesantías ni los ahorros voluntarios de los colombianos, que la solvencia de la entidad es incuestionable, que la calificación financiera de la entidad se mantiene incólume, que según el artículo 12 del Decreto 3118 de 1968 las obligaciones contraídas por el FNA gozan de la garantía del Estado, y que según el propio precepto demandado, el gobierno nacional puede realizar aportes de capital a la entidad si se llegare a requerir un mayor respaldo patrimonial. Este parte de tranquilidad habría sido ratificado por la calificadora de riesgo Fitch Ratings en el comunicado del 29 de septiembre de 2017, en el que se destaca que su valoración de riesgo no se vería impactado por la descapitalización, que los impactos potenciales en su rentabilidad no serían significativos, que el capital se derivó de la apropiación de utilidades acumuladas desde su creación, y que bajo ninguna hipótesis se verían afectados los pasivos de la entidad.

- Asimismo, se argumenta que la medida legislativa no afecta de ninguna manera el gasto público social, no solo porque las operaciones financieras orientadas a garantizar el acceso a la vivienda y educación constituyen en sí mismas una modalidad de gasto social, sino también porque los recursos obtenidos con la descapitalización se destinarán a la financiación de programas sociales en materia de educación, recreación, deporte y ciencia y tecnología.

- Adicionalmente, si bien el gobierno no convocó a la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Prestacionales antes de que se ordenase la descapitalización del FNA, lo cierto es que la decisión sobre la descapitalización fue ampliamente debatida y analizada en el foro democrático por excelencia, esto es, en el Congreso de la República, por lo cual, la medida está revestida de la legitimación democrática que exige la Carta Política. Adicionalmente, la medida no afecta directamente ni los recursos destinados de las cesantías y ahorros voluntarios de los afiliados, ni tampoco el régimen laboral de los trabajadores de la entidad, por lo cual la acusación por el desconocimiento de los derechos de los trabajadores tampoco es procedente.

3.2.1.6.

Con base en las consideraciones anteriores, el Ministerio de Hacienda y Crédito concluye que las acusaciones planteadas en la demanda son infundadas y que, por consiguiente, este tribunal debe declarar la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1873 de 2017

3.2.2. Tesis sobre la inconstitucionalidad de la medida legislativa (Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Centro de Estudios Fiscales de la Universidad Externado de Colombia, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Universidad de la Sabana, escritos ciudadanos).

En contraste con el planteamiento anterior, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, el Centro de Estudios Fiscales de la Universidad Externado de Colombia, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Universidad de la Sabana y los ciudadanos que intervinieron en el proceso, consideran que la orden de descapitalización del Fondo Nacional del Ahorro en 400 mil millones de pesos en el año 2018, dispuesta en el marco de la Ley de Presupuesto, vulnera la Constitución, y que, por tanto, el artículo 102 de la Ley 1873 de 2017 debe ser declarado inexecutable.

3.2.2.1. En primer lugar, siguiendo la línea argumentativa de los accionantes, se sostiene que el precepto legal desconoce la prohibición constitucional de destinar los recursos de las entidades de seguridad social a una finalidad diferente de su objeto.

La Universidad de la Sabana y la Academia Colombiana de Jurisprudencia destacan que la garantía del artículo 48 de la Constitución se extiende a todos los recursos que conforman el patrimonio de las entidades de seguridad social, es decir, “tanto los destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio”, ya que el precepto constitucional no hace ninguna salvedad, diferenciación o excepción.

El carácter absoluto de esta prohibición habría sido ratificada por este tribunal en diferentes fallos judiciales, así: (i) en la sentencia C-1040 de 2003[19] la Corte sostuvo que “como la norma superior que se comenta no establece excepciones, la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad para fines diferentes a ella comprende tanto los recursos destinados a la organización y administración del sistema de seguridad social como los orientados a la prestación del servicio, lo cual es razonable, pues unos y otros integran un todo indivisible, tal como se desprende el principio superior de eficacia (...) es una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto respecto del cual no se contemplan excepciones, ni se permite supeditar su cumplimiento a previsiones o restricciones de jerarquía legal”; (ii) asimismo, en la sentencia C-867 de

2003[20] se hizo esta misma precisión, en el sentido de que “la prohibición contenida en el artículo 48 superior no puede ser desconocida ni aún en aras de la reactivación económica”; (iii) y en la sentencia C-731 de 2000[21] se expresó que “la prohibición de utilizar los recursos de la seguridad social para fines diferentes alude a la restricción de su manejo en programas distintos, así estén dirigidos a satisfacer otras necesidades básicas de similar importancia dentro del plexo de las necesidades sociales”.

Según la Academia Colombiana de Jurisprudencia esta prohibición es tan estricta, que incluso propia Corte Constitucional ha llegado a concluir que ni siquiera procede la imposición de tributos que graven los recursos de las entidades de seguridad social, salvo que el gravamen sea necesario para el adecuado funcionamiento del sistema de seguridad social o alguno de sus subsistemas, según consta en la sentencia C-731 de 2000[22]. En este fallo, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 98 de la ley 488 de 1998, mediante la cual se creó una contribución a cargo de las entidades vigiladas por la Superintendencia Nacional de Salud, cuyo recaudo estaría destinado a financiar dicho funcionamiento del órgano de control. Aunque este tribunal declaró la constitucionalidad de la medida legislativa, la decisión se sustentó en la consideración de que la vigilancia estatal es inherente al servicio público de salud, y no en el argumento de que la garantía del artículo 48 de la Constitución sólo se extiende a los recursos que representan los pasivos de la institución relacionados con el reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo.

En este orden de ideas, si el artículo 48 de la Carta Política prohíbe destinar los recursos de las entidades de seguridad social a un fin distinto a su objeto institucional, si esta prohibición se extiende no sólo a los pasivos que representan las prestaciones sociales que son brindadas por la institución sino a todo su patrimonio, y si el FNA hace parte del Sistema General de Seguridad Social según lo determinó expresamente la Ley 432 de 1998, el corolario necesario y forzoso de lo anterior es que el artículo 102 de la Ley 1873 de 2017, que ordena descapitalizar a dicha entidad en 400 mil millones de pesos, infringe la Constitución Política.

Adicionalmente, en el caso del FNA, el artículo 3 de la Ley 432 de 1998 fijó como finalidad propia de la entidad el otorgamiento de créditos de vivienda y de educación, por lo cual, mal puede entenderse que la garantía de intangibilidad del artículo 48 superior sólo se extiende a los pasivos que representan los ahorros voluntarios y las cesantías de los

afiliados, y no los recursos destinados a atender esta necesidad social, máxime cuando el legislador dispuso que las cesantías tiene como propósito, entre otras cosas, permitir la satisfacción de las necesidades de educación y vivienda.

De este modo, resulta indiscutible tanto la infracción del artículo 48 de la Carta Política, como la afectación de la naturaleza y estructura patrimonial de la entidad.

3.2.2.2. Por otro lado, los intervinientes coinciden en que el artículo 102 de la Ley 1873 de 2017 infringe el principio de unidad de materia.

El Instituto Colombiano de Derecho Tributario, la Universidad Externado de Colombia y la Academia Colombiana de Jurisprudencia argumentan que aunque la disposición legal fue introducida al ordenamiento jurídico en una ley del presupuesto, paradójicamente los recursos obtenidos con la operación jurídica no fueron incorporados al instrumento presupuestal. Es decir, la descapitalización no se encuentra prevista en el artículo 1 de la Ley 1873 de 2017, que decreta el Presupuesto de Renta y Recursos de Capital, ni tampoco en el artículo 2, que decreta el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones, en contravía de lo dispuesto en el Decreto 111 de 1996.

Teniendo en cuenta que los recursos obtenidos con la descapitalización no fueron incorporados ni al presupuesto de gastos contenido en el artículo 2 de la Ley 1873 de 2017, ni a las apropiaciones de la Ley 1873 de 2017, es claro que la medida legislativa se incluyó artificiosamente en las disposiciones generales de la ley, pero sin que se cumplieran las condiciones para este efecto, ya que según el artículo 11 del Estatuto Orgánico del Presupuesto estas disposiciones deben orientarse exclusivamente a “asegurar la correcta ejecución del presupuesto general de la nación” y “únicamente regirán para el año fiscal para el cual se expidan”.

A juicio del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, “se trató más bien de una maniobra más bien burda para arbitrar cerca de medio billón de pesos provenientes de la descapitalización de la Imprenta Nacional y del Fondo Nacional del Ahorro, lo cual, en rigor, en nada contribuía a la correcta ejecución del presupuesto para el año 2018. Numerosa jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puesto en alerta sobre el uso indebido que a veces se le da a las normas generales del presupuesto”. Lo anterior comporta, a juicio de los intervinientes, un desconocimiento de los lineamientos constitucionales sobre el

principio de unidad de materia en el escenario presupuestal, fijados en las sentencias C-577 de 1995[23], C-136 de 1999[24], C-363 de 2001[25], C-828 de 2001[26], C-1297 de 2001[27], C-915 de 2002[28], C-572 de 2003[29], C-652 de 2015[30] y C-704 de 2015[31].

Y según la Universidad Externado de Colombia, la irregularidad anterior no sólo provoca la vulneración del principio de unidad de materia, sino también el desconocimiento del régimen presupuestal, y, en particular, de los artículos 345, 346, 347 y 350 y 352 de la Constitución Política, ya que como los recursos obtenidos con la descapitalización no se incorporaron ni al Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, ni al Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones, el precepto demandado creó una especie de ingreso y de gasto social indeterminado, en contravía de las disposiciones constitucionales reseñadas y del Decreto 111 de 1996: “La descapitalización se da para financiar programas sociales indeterminados que se deben atender en la vigencia de 2018 que surjan de la discrecionalidad del Ejecutivo, sin una ley de autorización previa de gasto social”.

Finalmente, la Universidad de la Sabana reconoce que la medida legislativa podría guardar algún vínculo con el tema general de la Ley 1873 de 2017, pues con los recursos obtenidos con la descapitalización del FNA se podrían financiar gastos estatales para el año 2018. Sin embargo, en materia presupuestal existen unas directrices especiales para evaluar el acatamiento del principio de unidad de materia, que en este caso fueron desconocidas por el legislador al incluir el artículo 102. En particular, este tribunal ha entendido que las leyes de presupuesto no pueden modificar normas sustantivas, y el artículo demandado, precisamente, al ordenar la descapitalización al FNA y al ordenar la destinación de sus recursos a programas sociales ajenos al objeto y funciones propias de esta institución, desconoció el artículo 48 de la Carta Política y derogó tácitamente el artículo 4 de la Ley 432 de 1998.

3.2.2.3. Así las cosas, los intervinientes concluyen que la medida legislativa debe ser declarada inexecutable por este tribunal, por desconocer el principio de unidad de materia, la prohibición de destinar los recursos de las instituciones de seguridad social a fines distintos de los que contempla su objeto, y los principios que estructuran la creación y la ejecución del presupuesto del Estado.

4. Concepto del Procurador General de la Nación

4.1. Mediante escrito presentado a esta corporación el día 19 de diciembre de 2019, el Procurador General de la Nación solicitó dos tipos de pronunciamientos: Por un lado, con respecto a la validez del precepto demandado, solicitó la declaratoria de inexecutable de la expresión “y del Fondo Nacional del Ahorro en \$400 mil millones sin afectar las cesantías y los ahorros de los afiliados”, así como la declaratoria de executable de los demás apartes normativos impugnados. Y con respecto a los efectos temporales de dicha declaratoria, se consideró necesario otorgarle un alcance retroactivo, para que el retiro de la disposición legal se entendiera realizado desde la misma fecha de expedición de la Ley 1875 de 2017. Con tal propósito, a su juicio la Corte debe ordenar el reintegro al FNA “del total de los dineros de que haya sido objeto de descapitalización durante la vigencia fiscal 2018, en forma indexada y con sus correspondientes rendimientos financieros desde el momento en que se hicieron las descapitalizaciones hasta que se hagan efectivos sus reembolsos, difiriendo dicho reintegro en dos partes iguales, cada una reembolsada en la siguiente y subsiguiente vigencias fiscales posteriores a la firmeza de la sentencia correspondiente”.

4.2. Con respecto a la validez del artículo 102 de la Ley 1873 de 2017, la Vista Fiscal considera que aunque la adopción de la medida legislativa no requería agotar el mecanismo de concertación previa en el seno de la Comisión Tripartita, la orden de descapitalización sí resulta lesiva del principio de unidad de materia aplicable a las leyes anuales de presupuesto, así como del mandato de destinación exclusiva de los recursos de las instituciones de la seguridad social a sus propios fines.

4.3. En efecto, el artículo 56 de la Constitución Política, invocado por los accionantes para justificar la exigencia de agotar el mecanismo de concertación laboral con la convocatoria de la Comisión Tripartita Laboral, no tiene el alcance que se le atribuye en la demanda de inconstitucionalidad. Se trata de un dispositivo que puede ser utilizado para garantizar el derecho de huelga, y en particular, para fomentar las buenas relaciones laborales, contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertar las políticas salariales y laborales, por lo cual, no puede ser entendido como una instancia previa obligatoria que debe preceder a cualquier medida que se adopte al interior de una entidad pública. Además, la citada comisión “no tiene ninguna competencia en relación con las decisiones económicas, administrativas o financieras que tomen las entidades públicas o las empresas privadas en lo que corresponde a su

patrimonio”.

4.4. Sin perjuicio de lo anterior, la orden de descapitalización, en el marco de la Ley de Presupuesto, sí resulta lesiva del principio de unidad de materia, desde distintos puntos de vista:

- Primero, desde la perspectiva de los ingresos presupuestales, la medida debía ser adoptada en el marco de una ley ordinaria que debía servir como título jurídico para la incorporación posterior de los 400 mil millones de pesos en el presupuesto para el año 2018. Sin embargo, el Congreso de la República obvió tanto la ley ordinaria que dispuso la extracción de recursos como los 400.000 millones de presupuesto, como su incorporación al instrumento presupuestal, según se puede advertir en el artículo 1 de la Ley 1873 de 2017 y en el Decreto 2236 de 2017, preceptos contentivos de la liquidación presupuestal para la vigencia fiscal del 2018.

Todo lo anterior resultaba indispensable a la luz del principio de unidad de materia, ya que esta directriz, trasladada a asuntos presupuestales, implica que en materia de ingresos “no se puede percibir contribución o ingreso que no figure en el presupuesto de rentas, ni transferir crédito alguno del presupuesto de ingresos a objeto no previsto en el respectivo presupuesto de gastos”. Así el presupuesto de ingresos o rentas contiene la totalidad de los recursos con los cuales se van a financiar todos los gastos que se aprueben en la correspondiente ley de apropiaciones, y estos recursos “no son arbitrados o proporcionados directamente por la ley de presupuesto de ingresos o rentas, sino que son aprobados en otras leyes, como las de asuntos contributivos, o las leyes de adición presupuestal, entre otras (...) teniendo en cuenta que los presuntos de ingresos o rentas se conforman con los cálculos de las rentas, de los recursos del crédito y los provenientes del balance del Tesoro”.

- Asimismo, desde la perspectiva de los gastos, la norma demandada también desconoció el principio de unidad de materia, ya que, primero, los gastos previstos en la ley de apropiaciones deben corresponder a créditos judicialmente reconocidos, a gastos decretados conforme a una ley anterior, o a los propuestos por el gobierno nacional para atender el funcionamiento de las ramas del Estado, el servicio de la deuda o el cumplimiento del Plan Nacional del Desarrollo, y segundo, todos las erogaciones que se

efectúen en una vigencia fiscal, deben estar predeterminados en el instrumento presupuestal.

Sin embargo, la disposición legal no satisfizo ninguna de estas exigencias, ya que los recursos extraídos de la descapitalización del FNA no fueron objeto de asignación y aprobación en el presupuesto de gastos para la vigencia del año 2018, según consta en el artículo 2 de la Ley 1873 de 2017 y en el Decreto 2236 de 2017, y por cuanto, además, se les dio una destinación general referida a “programas sociales” que no corresponden a ningún gasto específico contemplado en una ley o norma determinada.

Con ello, además, el Congreso de la República se desprendió integralmente de su función de aprobar el presupuesto del Estado, al haber transferir al gobierno nacional la potestad para determinar los gastos del Estado, pese a que según el artículo 345 de la Carta Política, se una competencia indelegable e intransferible del órgano legislativo, bajo el entendido de que “no hay gasto sin representación”.

- En cuarto lugar, la facultad otorgada al Gobierno Nacional para realizar aportes de capital al FNA en el evento de que regulatoriamente la entidad requiera un mayor respaldo patrimonial, también contraviene el principio de unidad de materia, ya que, primero, la norma tiene un carácter abierto, sin ninguna restricción de tipo temporal, en contravía del principio de anualidad presupuestal previsto en el artículo 346 de la Carta Política, y, segundo, “los aportes de capital aludidos no los puede hacer el Gobierno Nacional motu proprio, como lo ordena la norma legal cuestionada, sino que tienen que ser objeto de apropiación por parte del Congreso de la República, dentro de la República, dentro de los presupuestos de ingresos y de gastos de la correspondiente vigencia fiscal”.

- Finalmente, la Vista Fiscal sostiene que la facultad otorgada al gobierno nacional para financiar programas sociales según su arbitrio, también desconoce el principio de unidad de materia. Lo anterior, en la medida en que la descapitalización fue ordenada en una ley de presupuesto para la vigencia fiscal del 2018 como una disposición general, “sin que formal ni materialmente responde a tal naturaleza, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el literal c) del artículo 11 del Decreto 111 de 1996 -Ley Orgánica de Presupuesto-, las disposiciones generales aprobadas dentro de los presupuestos anuales, hacen referencia a normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto

General de la Nación, razón por la que rigen únicamente para el año fiscal para el cual fueron expedidas”. Y, precisamente, como la descapitalización del FNA y la destinación de los recursos correspondientes se hizo por fuera del presupuesto de ingresos y gastos, es decir, no incorporados a los artículos 1 y 2 de la Ley 1873 de 2017, el artículo 102, que contiene la medida legislativa, no tiene por objeto o efecto asegurar la ejecución del presupuesto.

A partir de las consideraciones anteriores, la Procuraduría concluye que en lugar de tratarse de una medida instrumental para garantizar la ejecución del presupuesto, “se trató de una descapitalización de una entidad pública para que el Gobierno Nacional dispusiera de tales recursos a su arbitrio, como si se tratara de una caja menor para realizar otras obras, lo cual no tiene ninguna relación causal, teleológica, material o sistémica con las normas constitucionales y legales orgánicas que conforman la unidad de materia que rige la programación, preparación, aprobación, modificación y ejecución de las leyes anuales de presupuesto de rentas y gastos”.

4.4.1. Por otro lado, la norma demandada también habría desconocido la prohibición constitucional del artículo 48 de la Carta Política de no destinar los recursos de las instituciones de la seguridad en actividades o programas ajenos a su objeto.

En tal sentido, la Vista Fiscal sostiene que la prohibición constitucional se extiende a todas las entidades que hacen parte del Sistema de Seguridad Social, dentro de las cuales se encuentran comprendidas las entidades previstas en la Ley 100 de 1993, esto es, las que integran el régimen general de pensiones, el sistema general de salud, el sistema general de riesgos laborales, y los servicios sociales complementarios, pero también las entidades que aseguran las cesantías.

De este modo, el Fondo Nacional del Ahorro se encuentra bajo el espectro de la garantía del artículo 48 de la Carta Política, ya que esta entidad tiene por objeto garantizar el derecho a la seguridad social de los trabajadores en materia de auxilio o aporte dinerario para solventar los gastos de las personas que pierden el empleo, y en materia de acceso a la vivienda y a la educación.

Al ordenarse que una parte de los recursos de dicha agencia le sean extraídos, el legislador desconoció la garantía del artículo 48 de la Carta Política, y con ella, los derechos

constitucionales al trabajo, a la vivienda y a la educación.

4.5. Una vez acreditada la inconstitucionalidad del artículo 102, la Vista Fiscal expone las razones por las que, a su juicio, la declaratoria de inexequibilidad debe tener efectos retroactivos, de suerte que el gobierno nacional debe reintegrar en dos cuotas los dineros objeto de la descapitalización, en forma indexada y con los correspondientes rendimientos financieros, desde que se efectuó la operación hasta el momento del reintegro de los dineros.

Sobre este punto, la entidad señala que aunque en principio la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes tiene efectos hacia el futuro, esto es, a partir de la fecha en que queda en firme y se notifica el fallo judicial, la aplicación de esta directriz en un caso en el que la sentencia se expide cuando la norma demandada se ha ejecutado integralmente, tornaría inocua la decisión del juez constitucional.

Desde esta perspectiva, para evitar la inocuidad del fallo judicial, este tribunal debe disponer que la dregla que declara inexequible se entiende retirada del ordenamiento jurídico desde el momento de la promulgación de la Ley 1873 de 2017, esto es, desde el 20 de diciembre de 2017, y que, por consiguiente, se deben retrotraer los efectos del fallo, mediante el reintegro al FNA del total de los dineros que fueron objeto de la descapitalización durante la vigencia fiscal 2018, en los términos explicados anteriormente. Y para evitar traumatismos presupuestales, la Corte puede diferir el cumplimiento de las órdenes judiciales para que los desembolsos se hagan en dos partes iguales, “cada una en la siguiente y subsiguiente vigencia fiscal posterior a la firmeza de la sentencia correspondiente”.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este tribunal es competente para resolver la controversia planteada, en la medida en que corresponde a una acción de inconstitucionalidad contra una prescripción legal, asunto que en virtud del artículo 241.4 de la Carta Política, debe ser resuelto por esta corporación.

2. Asuntos a resolver

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, corresponde a la Corte resolver las siguientes cuestiones:

En primer lugar, como quiera que algunos de los intervinientes estimaron que las acusaciones de la demanda de inconstitucionalidad no admitían un pronunciamiento de fondo, por tener algunas deficiencias insalvables que no pueden ser enmendadas directamente por este tribunal, se debe establecer la procedencia del escrutinio judicial propuesto por el actor, a partir de los cuestionamientos expresados a lo largo del proceso judicial a la aptitud del escrito de acusación.

En segundo lugar, en caso de estimarse viable el pronunciamiento, se evaluarán las acusaciones planteadas por los accionantes. En tal sentido, se establecerá si la orden de descapitalización del Fondo Nacional del Ahorro en la Ley 1873 de 2017 infringe la prohibición constitucional de destinar los recursos de las instituciones de seguridad social a fines distintos de los que contempla su objeto, el principio de unidad de materia, y el régimen constitucional para la elaboración y ejecución del presupuesto del Estado.

3. Aptitud de la demanda y viabilidad del escrutinio judicial

3.1. Según se explicó en los acápites anteriores, en el auto admisorio de la demanda el magistrado sustanciador consideró que, prima facie, las acusaciones podían ser evaluadas en el escenario del control abstracto de constitucionalidad. Sin embargo, a lo largo del proceso judicial algunos de los intervinientes expresaron algunos reparos a la aptitud de la demanda, ya que, a su juicio, los cargos adolecían de deficiencias insalvables que no podrían ser enmendadas directamente por el juez constitucional. En este orden de ideas, la Sala examinará estos cuestionamientos a efectos de determinar la procedencia y el alcance del escrutinio judicial.

3.2. En el escenario del control abstracto de constitucionalidad, la procedencia del juicio de constitucionalidad se establece en función de dos parámetros básicos:

Por un lado, en razón de la presunción de constitucionalidad del sistema jurídico y de la prohibición del control oficioso de la legislación, este tribunal ha entendido que la exigencia del artículo 241 de la Carta Política de que el escrutinio judicial se encuentre precedido y soportado en una acción de inconstitucionalidad, no reviste únicamente una dimensión

formal en la que la radicación formal de un documento es suficiente para activar automáticamente el examen de la normatividad legal, sino también una dimensión sustantiva que apunta a que la demanda de inconstitucionalidad acote y delimite la litis, para que, una vez definidos los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad, se de inicio a un proceso deliberativo público y abierto que suministre al juez los insumos y los elementos de juicio para adoptar una decisión informada, razonada y ponderada sobre la validez del precepto legal. En función de esta consideración, la procedencia del examen judicial está supeditado a que desde el inicio del proceso se hayan individualizado, al menos, los elementos esenciales del juicio de constitucionalidad.

Asimismo, la procedencia de escrutinio judicial se establece en función del principio *pro actione*, que propende por un acceso abierto a los instrumentos del control constitucional, teniendo en cuenta, primero, que según la propia Carta Política, estas acciones pueden ser propuestas por cualquier ciudadano, y segundo, que las mismas apuntan a garantizar un asunto de primer orden como es la supremacía e integridad de la Carta Política dentro del ordenamiento jurídico. Por lo anterior, la valoración de los cargos planteados en el proceso debe tener un nivel razonable de flexibilidad y apertura, sin supeditar el pronunciamiento judicial al cumplimiento de tecnicismos o formalismos adicionales a la acotación de la controversia jurídica y a la individualización de los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad. Por ello, como la acción pública debe estar al alcance de cualquier ciudadano y como apunta a asegurar un objetivo de primer orden, deben considerarse aptas aquellas demandas en las que los elementos básicos del juicio de constitucionalidad pueden ser precisados por el juez constitucional a partir de una lectura integral del documento, incluso si estos elementos se encuentran dispersos a lo largo del escrito y si no revisten mayor grado de elaboración o sofisticación.

En este orden de ideas, para determinar la procedencia del examen judicial se debe verificar que en el proceso se hayan individualizado los elementos constitutivos del juicio de constitucionalidad, esto es, los preceptos constitucionales que sirven como referente del escrutinio judicial, el contenido normativo cuestionado, y de las razones que explican la incompatibilidad o la oposición entre uno y otro contenido.

3.3. Partiendo del marco anterior, pasa la Sala a examinar los cuestionamientos que formularon los intervinientes a la aptitud de la demanda.

En síntesis, la Universidad de la Sabana y los ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio y de Hacienda y Crédito Público consideran que los accionantes no estructuraron adecuadamente la controversia jurídica, por tres razones: (i) Primero, los actores habrían utilizado como referente del juicio instrumentos normativos que no tienen jerarquía constitucional, como ocurre con el Decreto 111 de 1996, invocado por los actores como fundamento de sus reparos; (ii) asimismo, los cargos se habrían amparado en una comprensión inaceptable del ordenamiento jurídico, y en particular de la disposición legal impugnada, asumiendo, por ejemplo, que esta crea un nuevo gasto a cargo del Estado cuando en realidad únicamente crea una nueva fuente de financiación para sufragar los gastos previamente decretados en el presupuesto, que la norma faculta al gobierno para utilizar caprichosamente los recursos obtenidos con la descapitalización del Fondo Nacional del Ahorro, o que con la operación de descapitalización la entidad perderá su capacidad para otorgar créditos de vivienda y de estudios, o que los ahorros de los afiliados se perderán; (iii) finalmente, se advierte que los actores no dieron cuenta de la oposición normativa entre el precepto legal demandado y el ordenamiento superior, pues únicamente se alegó la vulneración de un amplio catálogo de disposiciones de la Carta Política, pero sin explicar específicamente cómo se produce la transgresión en relación con cada uno de los preceptos.

Pasa la Corte a evaluar estos señalamientos.

3.4. En primer lugar, los accionantes formulan un cargo de tipo procedimental, por la presunta omisión del gobierno de convocar a la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Laborales, como fase previa a la descapitalización del FNA.

Aunque a juicio de los demandantes esta omisión infringe el artículo 56 de la Constitución, en el escrito de acusación no se indicaron las razones por las que esta convocatoria era obligatoria, ni las razones por las que la orden de descapitalización debía estar precedida de la activación de este mecanismo. Esta explicación resultaba indispensable no sólo porque en general todo cargo de inconstitucionalidad debe estar debidamente soportado y justificado, sino además porque en este caso particular el precepto legal impugnado regula un asunto que, al menos prima facie, difiere temáticamente del que se aborda en el artículo 56 de la Carta Política.

3.5. Asimismo, las acusaciones por la presunta violación de los artículos 5, 25, 51, 53, 67, 68, 69, 93 y 94 de la Carta Política, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención Americana sobre derechos Humanos, y de los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT, no proporcionan los elementos básicos del juicio de constitucionalidad.

Por un lado, en la demanda no se especificaron los contenidos normativos de la Carta Política y de los instrumentos internacionales de derechos humanos que sirven como referente del juicio de constitucionalidad, que habrían sido infringidos. Por el contrario, sólo se encuentra una referencia global a una multiplicidad de normas de la Carta Política y a diversos instrumentos de los sistemas mundial e interamericano de derechos humanos.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que aluden los accionante contienen multiplicidad de cláusulas en las que se reconocen un amplio catálogo de derechos, y en los que se fijan múltiples deberes de los Estados en relación con tales derechos. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra, por ejemplo, la libre autodeterminación de los pueblos (art. 1), el derecho de los pueblos de disponer de sus recursos naturales (art. 1), la cooperación económica internacional (art. 1), el derecho a la igualdad (art. 3), la procedencia excepción de la pena capital para los delitos de mayor gravedad (art. 6), el derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte (art. 6) la prohibición para imponer la pena de muerte a personas menores de 18 años (art. 6), la prohibición de la esclavitud (art. 8), la presunción de inocencia (art. 14), la libertad de opinión (art. 19) o el derecho a tener una familia (art. 23). Asimismo, el Convenio 154 de la OIT fija los estándares de las negociaciones colectivas entre empleadores y trabajadores, exigiendo, por ejemplo, que los Estados fomenten los procesos de negociación colectiva como mecanismos para establecer las condiciones de trabajo y para solucionar los conflictos entre empleadores y trabajadores, o que los procesos de negociación colectiva no deben restringir ni obstaculizar los mecanismos de conciliación y arbitraje. Por su parte, los artículos de la Carta que se estiman violados recogen muy diversos contenidos, como el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de las personas (art. 5), la protección de la familia como institución básica de la sociedad (art. 5), el derecho y la obligación social del trabajo (art. 25), el deber del Estado de promover planes de vivienda de interés social (art. 51), el derecho a la estabilidad en el empleo (art. 53), la protección reforzada a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (art. 53), la gratuidad

de la educación (art. 67) o la participación de la Nación y de las entidades territoriales en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales (art. 67).

Frente a esta diversidad de imperativos constitucionales, correspondía a los accionantes identificar e individualizar aquellos contenidos que, en particular, habrían sido transgredidos por la disposición demandada. No obstante, ello, en el escrito de acusación únicamente se encuentra una referencia genérica y global a la normativa iusfundamental, sin que se precisaran los mandatos de la Carta Política y de los instrumentos internacionales de derechos humanos que, en particular, habrían sido desconocidos por el legislador.

Adicionalmente, en el escrito de acusación no se especificaron ni se individualizaron las razones que explican las razones de la incompatibilidad normativa, esto es, que la descapitalización del FNA se traduce en una violación de los principios y de los derechos reconocidos en la Carta Política, máxime cuando la extracción de recursos no afectó sus pasivos externos, y cuando algunos de los preceptos constitucionales que se estiman violados, ni siquiera guardan una relación de conexidad con la medida legislativa atacada. Por el contrario, las alegaciones del escrito de acusación refieren únicamente afectaciones difusas, indirectas y consecuenciales a la transgresión de la prohibición de destinar recursos de las instituciones de seguridad social a fines distinto a su objeto.

De este modo, la Sala coincide con los planteamientos de la Universidad de la Sabana, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el sentido de que, propiamente hablando, en relación con los preceptos constitucionales aludidos no se formularon cargos de inconstitucionalidad.

3.6. Por su parte, aunque la demanda de inconstitucionalidad contiene amplias y variadas consideraciones sobre la vulneración de la prohibición del artículo 48 de la Carta Política de destinar o “utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”, la Sala estima que el escrito de acusación no proporciona las bases del juicio propuesto.

En efecto, como quiera que el artículo 48 de la Carta Política prohíbe utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a los que justificaron su creación, los accionantes debían acreditar, primero, que el FNA se encuentra dentro del espectro del artículo 48 de la Constitución por ser una institución de la Seguridad Social, y

segundo, que la totalidad de los recursos de la entidad se encuentran protegidos por la salvaguardia de dicho artículo, o al menos que así lo están los que fueron extraídos de la institución.

En efecto, en la demanda de inconstitucionalidad se argumenta que como el parágrafo del artículo 4 de la Ley 432 de 1998 califica al FNA como una entidad de seguridad social, y que como además esta institución se encarga de administrar las cesantías de los trabajadores y de otorgar créditos de vivienda y de educación, era destinataria de la garantía constitucional, de suerte que la totalidad de sus recursos se encontraban afectos a los fines de la entidad.

Sin embargo, a juicio de esta Sala esta argumentación no da cuenta de violación del artículo 48 de la Carta Política, ya que en múltiples fallos este tribunal ha aclarado, primero, que las instituciones comprendidas por la prohibición del artículo 48 no son las que cumplan cualquier finalidad u objetivo social sino sólo las que integran el sistema de seguridad social contemplado en la Ley 100 de 1993, o en su defecto, las que administran los instrumentos y los medios institucionales de protección frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y las oportunidades del individuo y su familia para generar los ingresos necesarios para su subsistencia; segundo, que cuando una institución cumple diferentes roles, y no todos están asociados directamente a la prestación de los servicios de la seguridad social, únicamente los recursos que hacen parte de este último objeto cuentan con la garantía del artículo 48 de la Carta Política; y tercero, que la salvaguardia contemplada en dicho precepto constitucional se orienta a preservar la integridad de los recursos afectos a la seguridad social, y no necesariamente la totalidad de los recursos en cabeza de una de estas entidades.

En las sentencias C-890 de 2012[32] y C-341 de 2012[33], por ejemplo, se ha establecido el alcance de la citada prohibición frente a las cajas de compensación familiar, concluyendo, en ambos casos, que como estas instituciones cumplen distintos roles vinculados a la promoción del turismo, la recreación o el deporte, únicamente los recursos vinculados a la seguridad social estaban protegidos por el precepto constitucional. En el primero de estos fallos se evaluó la validez de la disposición legal que, al fijar el catálogo de entidades no sujetas al impuesto al patrimonio, incluyó a diversas instituciones que integran el sistema de salud, el sistema pensional y el sistema de riesgos profesional, pero que, en cambio, no

incluyó a las Cajas de Compensación Familiar, omisión esta que a juicio del accionante vulneraba el artículo 48 de la Carta Política. La Corte sostuvo que como las Cajas de Compensación realizan diferentes actividades asociadas a la recreación, al deporte, a la adquisición de vivienda, a la distribución de subsidios, entre muchas otras, la exención tributaria sólo era imperativa respecto de las contribuciones parafiscales y los asociados asociadas directamente a la prestación del servicio de salud en el marco del Plan Obligatorio de Salud. En este orden de ideas, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del precepto demandado, aclarando que “los recursos parafiscales administrados por las Cajas de Compensación Familiar y los destinados a la atención del derecho a la salud, en los términos de la Ley 100 de 1993, no son objeto de gravamen mediante el impuesto al patrimonio”. Dentro de esta misma línea, en la sentencia C-341 de 2007[34] se evaluó la validez de la disposición tributaria que estableció como servicios excluidos del IVA los asociados a la prestación del Plan Obligatorio de Salud, al régimen de ahorro individual y prestación definida en el régimen pensional y al régimen de riesgos profesionales en los términos de la Ley 100 de 1993, sin hacer mención de los servicios de las cajas de compensación; la Corte sostuvo que, de manera general, los servicios de salud vinculados al POS ya habían sido excluidos del IVA, y que los demás servicios brindados por estas entidades, como los asociados al deporte, al turismo o al suministro de bienes en supermercados, no se encontraban blindados por el artículo 48, por no tener una relación directa con la seguridad social; en este orden de ideas, se declaró la exequibilidad de la disposición demandada, sin hacer extensiva la exención a los demás servicios prestados por las cajas de compensación familiar.

Una apreciación semejante se ha tenido frente a las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que hacen parte del sistema de seguridad social en salud previsto en la Ley 100 de 1993. En la sentencia C-828 de 2001[35] la Corte concluyó que, en virtud de la garantía prevista en el artículo 48 de la Carta Política, las exenciones al Gravamen de Movimientos Financieros (GMF), previstas para las operaciones financieras realizadas con recursos del sistema general de seguridad social en salud, en pensiones y en riesgos profesionales, debía hacerse extensivo no sólo a las EPS, sino también a las IPS, pero sólo en aquellos montos que correspondan a las operaciones entre estas y las ARS y las EPS con motivo de la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, pues sólo estos rubros se encuentran protegidos por el artículo 48.

Además, frente a las instituciones de la seguridad social, este tribunal ha concluído, dentro de la misma línea anterior, que la garantía del artículo 48 de la Carta Política versa sobre los recursos del sistema de seguridad social, y particularmente sobre los recursos parafiscales asociados a la seguridad social, y no sobre todo el patrimonio de la entidad. En la sentencia C-824 de 2004[36], por ejemplo, esta corporación sostuvo que la exención al Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) debía extenderse a las operaciones de las EPS y de las ARS con las que se financian las operaciones administrativas de estas entidades, pero siempre que tales operaciones se efectuasen con cargo a los recursos del sistema de seguridad social, ya que los recursos propios de las EPS y de las ARS sí pueden ser gravados. En la sentencia C-155 de 2004[37] se determinó que en el marco de los procesos de liquidación forzosa, el artículo 48 superior exige la exclusión de todos los recursos parafiscales de la seguridad social de la masa de liquidación, más no todos los créditos a favor de las instituciones de la seguridad social. Una aproximación semejante se encuentra en numerosas sentencias de este tribunal en las que la protección del artículo 48, se concentra en los recursos parafiscales de las instituciones de la seguridad social, tal como consta en las sentencias C-099 de 2011[38], C-714 de 2008[39], C-349 de 2004[40], C-1040 de 2003[41], C-572 de 2003[42], C-734 de 2001[43], C-731 de 2000[44] y C-663 de 1998[45].

Teniendo en cuenta que la garantía del artículo 48 se dirige fundamentalmente a las instituciones de la seguridad social previstas en la Ley 100 de 1993, y sólo de manera residual a otras instituciones que se encargan de proteger a las personas frente a los riesgos de pérdida de la capacidad de generación de ingresos para su subsistencia y de su familia, que cuando una institución tiene un objeto que trasciende la seguridad social la garantía se extiende únicamente a los recursos que guardan un vínculo con aquella, y que la protección del precepto se dirige básicamente a las contribuciones parafiscales relacionadas con la seguridad social, correspondía a los accionantes y a los intervinientes que coadyuvaban la demanda acreditar, primero, que desde una perspectiva sustantiva el Fondo Nacional del Ahorro es una entidad del sistema de seguridad social, y segundo, que la extracción ordenada por la norma impugnada corresponde a este tipo de recursos.

Esta aclaración resultaba imprescindible, ya que la misma Ley 432 de 1998 fijó el objeto del FNA, estableciendo que se trata de una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero (art. 1), encargada de administrar las cesantías de sus afiliados (art. 2),

de promover el ahorro voluntario, y de otorgar créditos educativos y de vivienda, de suerte que su objeto rebasa los propios de las instituciones de la seguridad social. Igualmente, correspondía a los accionantes especificar los recursos que se extrajeron del FNA, máxime cuando según el informe presentado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la operación de descapitalización no afectó ni las cesantías ni los ahorros de los afiliados.

En definitiva, en la medida en que el artículo 48 de la Carta Política se orienta a proteger los recursos de las instituciones de la seguridad social, que en principio corresponden a las definidas en la Ley 100 de 1993 para atender el sistema de salud, pensional y el de riesgos profesionales, y subsidiariamente a las entidades que proveen los medios de protección de carácter institucional frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos necesarios para su subsistencia[46], correspondía a los accionantes indicar las razones por las que, a su juicio, el FNA se encuentra bajo el espectro del artículo 48 de la Carta Política, especificar los recursos que fueron objeto de la descapitalización, e indicar las razones por las que dicha extracción se encontraba prohibida.

Y aunque la mayor parte de los intervinientes concluyeron que el precepto demandado infringía el artículo 48 de la Carta Política, ninguno de ellos especificó los recursos que fueron extraídos del Fondo Nacional del Ahorro, ni si la operación se efectuó en relación con el pasivo externo de la institución en relación con las cesantías o el ahorro de los afiliados, o si se realizó frente a su patrimonio, por lo cual, la Sala carece de los insumos y de los elementos de juicio para determinar si la operación jurídica ordenada en la Ley 873 de 2017 afectó los recursos de la seguridad social, y si, por consiguiente, vulneró la garantía del artículo 48 de la Constitución.

3.7. Lo propio se predica de los cargos por la violación del principio de unidad de materia y del régimen constitucional en materia presupuestal. Los accionantes y los intervinientes sostienen que esta vulneración se produce porque los recursos que se extrajeron de la entidad estatal no fueron incorporados al presupuesto del Estado, de modo que los recursos liberados quedaron a disposición del gobierno nacional, y no tuvieron la destinación social a la que se alude en la norma legal.

Como puede advertirse, los presupuestos de la acusación son dos: primero, que los recursos

obtenidos con la descapitalización no fueron incorporados al presupuesto de rentas, y segundo, que estos no tuvieron la destinación anunciada en la norma impugnada. Sin embargo, estos hechos constitucionalmente relevantes, en función de los cuales se estructuraron las acusaciones, no fueron acreditados ni en la demanda de inconstitucionalidad ni posteriormente por los intervinientes o por el Ministerio Público, y tampoco fueron desvirtuados por el Ministerio de Hacienda. De esta suerte, el accionante y los intervinientes afirmaron que los 400.000 millones de pesos no fueron incorporados en ninguna partida del presupuesto rentas y que por ello se convirtieron en “dinero de bolsillo” del gobierno nacional, y el Ministerio de Hacienda hizo la afirmación contraria, y en ninguno de los dos casos se ofrecieron elementos de juicio para evaluar el soporte de tales afirmaciones.

Asimismo, la revisión de la Ley 1873 de 2017 tampoco ofrece una respuesta concluyente. El artículo 1 de la ley, en el que se encuentran las partidas que integran las rentas del presupuesto del Estado para el año 2018, contiene los ingresos del Presupuesto Nacional y los ingresos de los establecimientos públicos, pero sin que sea posible determinar en el cálculo de estas partidas fueron tenidos en cuenta los recursos obtenidos con la descapitalización. El artículo 1 incluye los ingresos corrientes de la Nación, por ingresos tributarios y no tributarios, por un valor de \$139,987,878,000,000, los recursos de capital por \$68,252,521,925,298, las rentas parafiscales por \$1,933,745,679,865, y los Fondos Especiales por \$11,372,146,375,984. Sin embargo, dentro de la partida de “recursos de capital”, que comprenden, según el Decreto 111 de 1996 los recursos del balance del Tesoro, los rendimientos financieros, los créditos y las utilidades, entre otros, no se disgregan las fuentes de estos recursos, por lo que no es posible determinar, con el texto de la Ley 1873 de 2017, si el capital que se sustrajo fue incorporado a este rubro.

Por su parte, el artículo 2 de la misma ley fija el Presupuesto de Gastos. Sin embargo, como en virtud del principio de unidad de caja los ingresos del Estado se destinan a la financiación de todos los gastos que constan en el presupuesto, considerados globalmente, la acusación de los accionantes y de los intervinientes que coadyuvaban la demanda de inconstitucionalidad, en el sentido de que los recursos de la entidad estatal no tuvieron el destino social anunciado en la norma, se hubiera podido tener asidero de acreditarse que los recursos no quedaron incorporados en el presupuesto de ingresos. Y el Ministerio de Hacienda hubiera podido desvirtuar el cargo si se hubiese demostrado que durante el

trámite parlamentario se incrementaron gastos sociales concretos y específicos, al haberse aprobado la descapitalización de la entidad estatal y la inclusión de estos recursos en el presupuesto de ingresos del Estado. Nada de lo anterior fue acreditado y no existe ningún análisis en este frente.

En este orden de ideas, ni la demanda de inconstitucionalidad ni las intervenciones ofrecen los elementos de juicio para la evaluación de los cargos por el desconocimiento del régimen presupuestal y de los principios de unidad de materia.

3.8. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se abstendrá de evaluar los cargos de la demanda de inconstitucionalidad, ya que durante el proceso no se aportaron los elementos estructurales del juicio propuesto por los actores.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia y en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

INHIBIRSE de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1873 de 2017, “por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2018”.

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Presidenta

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

(En comisión)

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

(En comisión)

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA C-264/19

A continuación presento las razones por las cuales salvé el voto frente a la sentencia C-264 de 2019 en la que la Sala Plena decidió inhibirse para adoptar un pronunciamiento de fondo respecto de la validez constitucional del artículo 102 de la Ley 1873 de 2017 que prevé, entre otras cosas, la descapitalización del Fondo Nacional del Ahorro en \$400 mil millones -sin afectar las cesantías y los ahorros de los afiliados- con el objeto de financiar programas sociales de la vigencia fiscal de 2018.

Los fundamentos de la decisión de inhibición

1. La sentencia sostuvo, respecto del cargo relativo a la infracción del artículo 48 de la Constitución, que el planteamiento de los demandantes no cumplía las condiciones básicas para adoptar un pronunciamiento de fondo. Sobre el particular indicó que dicha disposición “prohíbe utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a los que justificaron su creación” de modo que “los accionantes debían acreditar, primero, que el FNA se encuentra dentro del espectro del artículo 48 de la Constitución por ser una institución de la Seguridad Social, y segundo, que la totalidad de los recursos de la entidad se encuentran protegidos por la salvaguardia de dicho artículo, o al menos que así lo están los que fueron extraídos de la institución”. Concluyó, luego de un amplio análisis sobre el alcance que la jurisprudencia constitucional le ha dado al artículo 48 de la Carta, que no se encontraban satisfechos los presupuestos para juzgar la validez constitucional de la norma acusada.

La sentencia estableció un estándar argumentativo especialmente exigente para activar el juicio por la violación de la prohibición de destinar los recursos de las instituciones de seguridad social a fines diferentes

2. En ocasiones puede ser difícil para la Corte establecer la frontera entre la adopción de una decisión inhibitoria y la emisión de un pronunciamiento de mérito. Sin embargo, en esta oportunidad, el demandante presentó los argumentos centrales para que la Corte adoptara una decisión de fondo. En efecto, el núcleo de su acusación indicaba, de una parte, que los recursos del Fondo Nacional del Ahorro corresponden al sistema de seguridad social y, de otra, que la norma autoriza desviarlos de esa finalidad. Se trataba de razones concretas acerca de la forma en que el legislador habría violado el artículo 48 de la Constitución.

3. La demanda precisaba los objetivos del Fondo Nacional del Ahorro. Indicaba que la Ley

432 de 1998 estableció en su artículo 2° que le correspondía administrar de manera eficiente las cesantías y contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar la calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social. Los demandantes señalaron también que el Fondo Nacional del Ahorro, según el artículo 4° “es una entidad de seguridad social que tiene como objetivos administrar las cesantías y el ahorro voluntario de los afiliados y otorgarles crédito de vivienda y educación en condiciones favorables, que sus recursos provienen del ahorro forzoso (auxilio de cesantías) y voluntario de sus afiliados (...)”.

4. Después de transcribir el inciso correspondiente del artículo 48, la demanda refirió que “no hace ninguna distinción respecto de la protección de los recursos de la seguridad social y por lo mismo, debe interpretarse en el sentido de que todos los recursos de las entidades de seguridad social, sin ninguna excepción, únicamente se pueden destinar y utilizar para los fines relacionados con la seguridad social”. Señalaron los demandantes que al comparar el artículo 48 con la disposición acusada “es evidente su incompatibilidad porque mientras el precepto superior ordena que los recursos de las instituciones de la seguridad social no se pueden destinar ni utilizar para fines distintos a ella, el artículo demandado descapitaliza una entidad de seguridad social para financiar programas sociales diferentes a los señalados constitucional y legalmente en el objetivo y funciones del Fondo Nacional del Ahorro”. En adición a ello advirtieron “que las cesantías y el ahorro de los afiliados, que son parte de los recursos del Fondo Nacional del Ahorro, no se puedan afectar porque pertenecen a cada uno de los ahorradores y como se ha mencionado y se insiste, los otros recursos, utilidades y rendimientos o excedentes financieros también están amparados constitucionalmente por ser una institución de seguridad social que debe garantizar el pago oportuno de las cesantías y el ahorro voluntario y otorgar crédito para vivienda y educación a sus afiliados”.

5. De los apartes anteriores y de otros contenidos en la demanda, podía concluirse que la acusación presentaba adecuadamente los extremos del debate constitucional. En efecto (a) se dirigía en contra de una disposición que descapitaliza una entidad que, en principio, administra recursos de la seguridad social según lo dispone la propia ley; (b) invocaba la regla del artículo 48 que prohíbe una destinación diferente de los recursos afectados a ese propósito; y (c) dejaba en evidencia el impacto que la descapitalización podía tener en tales recursos.

6. Conforme a lo anterior, la Corte ha debido analizar el fondo del asunto y, a partir de su jurisprudencia y la legislación vigente, definir (i) cuál es el alcance del concepto de seguridad social -amplio o restringido- a la luz del artículo 48 de la Constitución; (ii) si todas o algunas de las actividades del Fondo Nacional del Ahorro quedan comprendidas por dicha categoría; y (iii) si la decisión de descapitalizar estaba comprendida por la prohibición del artículo 48. Se trataba de un debate importante relacionado con el significado y alcance de la cláusula de Estado Social y de los fines sociales del Estado

7. En adición a ello, estimo importante destacar que el argumento formulado en el párrafo final del fundamento 3.6 resulta muy problemático cuando se emplea como criterio para fundamentar la inhibición. Allí se indica que “aunque la mayor parte de los intervinientes concluyeron que el precepto demandado infringía el artículo 48 de la Carta Política, ninguno de ellos especificó los recursos que fueron extraídos del Fondo Nacional del Ahorro, ni si la operación se efectuó en relación con el pasivo externo de la institución en relación con las cesantías o el ahorro de los afiliados, o si se realizó frente a su patrimonio, por lo cual, la Sala carece de los insumos y de los elementos de juicio para determinar si la operación jurídica ordenada en la Ley 873 de 2017 afectó los recursos de la seguridad social, y si, por consiguiente, vulneró la garantía del artículo 48 de la Constitución”.

Ese requerimiento, a mi juicio, (i) impone a los demandantes una carga que no les corresponde en un juicio que tiene su origen en una acción para cuya presentación está legitimado cualquier ciudadano y (ii) desconoce que el Gobierno se encontraba en mejor capacidad de probar tal circunstancia. Ahora bien, si en ausencia de dicha información la Corte hubiera concluido que algunos de los recursos del Fondo Nacional del Ahorro corresponden a los recursos comprendidos por la prohibición del artículo 48, hubiera podido adoptar una sentencia de constitucionalidad condicionada.

8. En suma, existía un cargo debidamente formulado para cuya comprensión y delimitación detallada podían utilizarse varias de las intervenciones que tuvieron lugar en el curso del proceso. De hecho, son descritas ampliamente en los antecedentes de la sentencia. Imponer al ciudadano una obligación de conocer, aplicar y/o cuestionar cada una de las reglas definidas por la Corte al interpretar una disposición constitucional -en materias con alto nivel de especialización-, puede limitar excesivamente la naturaleza pública de la acción. Este Tribunal debe encontrar un balance entre los escrutinios de admisibilidad

demasiado dúctiles y aquellos excesivamente rigurosos. De ello depende la vigencia y efectividad de la acción pública y, en alguna medida, encontrar el punto de equilibrio constituye una tarea pendiente de este tribunal. Seguramente ella será cumplida en otra oportunidad.

Fecha ut supra,

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[2] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[3] Sentencia C-1040 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[4] Sentencia C-1040 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[5] Diego Eduardo López Medina.

[6] A través de concepto suscrito por Mauricio Piñeros Perdomo, quien recoge el concepto del ponente Juan Camilo Restrepo, aprobado por el mismo Mauricio Piñeros Perdomo, Ruth Yamile Salcedo Younes, María del Pilar García Lara, Juan David Barbosa, Diego Cubillos Pedraza, Eleonora Lozano Rodríguez, Juan Rafael Bravo Arteaga, Carolina Rozo Gutiérrez, Cecilia Montero Rodríguez, Catalina Hoyos Jiménez, Juan Pablo Godoy Fajardo, Adrián Rodríguez Piedrahita, Henry González Chaparro, Paul Cahn-Speyr Wells, Juan Guillermo Ruíz Hurtado, Rogerio Perilla Gutiérrez, Juan de Dios Bravo González, Adriana Grillo Correa y Sebastián Tolé Ramírez, quien actuó como Secretario.

[7] A través de concepto suscrito por Andrés Fabián Fuentes Torres.

[8] A través de concepto suscrito por Mauricio Plazas Vega.

[9] A través de concepto suscrito por la ciudadana Ivonne Andrea Forero Prieto.

[10] Durante el trámite judicial se radicaron 557 escritos ciudadanos, con el mismo

contenido.

[11] A través de concepto suscrito por Mauricio Piñeros Perdomo, quien recoge el concepto del ponente Juan Camilo Restrepo, aprobado por el mismo Mauricio Piñeros Perdomo, m Ruth Yamile Salcedo Younes, María del Pilar García Lara, Juan David Barbosa, Diego Cubillos Pedraza, Eleonora Lozano Rodríguez, Juan Rafael Bravo Arteaga, Carolina Rozo Gutiérrez, Cecilia Montero Rodríguez, Catalina Hoyos Jiménez, Juan Pablo Godoy Fajardo, Adrián Rodríguez Piedrahita, Henry González Chaparro, Paul Cahn-Speyr Wells, Juan Guillermo Ruíz Hurtado, Rogerio Perilla Gutiérrez, Juan de Dios Bravo González, Adriana Grillo Correa y Sebastián Tolé Ramírez, quien actuó como Secretario.

[12] A través de concepto suscrito por Mauricio Plazas Vega.

[13] A través de concepto suscrito por la ciudadana Ivonne Andrea Forero Prieto.

[14] A lo largo del proceso constitucional se radicaron 557 intervenciones ciudadanas con el mismo contenido.

[15] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[16] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[17] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[18] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[20] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[21] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[22] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[23] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[24] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[25] M.P. Jaime Araujo Rentería.

- [26] M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- [27] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- [28] M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- [29] M.P. Jaime Araujo Rentería.
- [30] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- [31] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- [32] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- [33] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [34] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [35] M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- [36] M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- [37] M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- [38] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- [39] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- [40] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- [41] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- [43] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [44] M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- [45] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [46] Sentencia C-341 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.