

ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD / ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE / ADECUACIÓN DE LA PRETENCIÓN A LA ACCIÓN DE NULIDAD DE OFICIO / DERECHO DE MOVILIDAD PENSIONAL Y ADMINISTRADORAS DE PENSIONES – Aviadores civiles / FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

En el asunto *sub examine* no es procedente la acción de nulidad por inconstitucionalidad, por cuanto el Decreto parcialmente cuestionado 824 de 2001, es un acto de carácter general que no corresponde a un reglamento constitucional autónomo y fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria conferida por el numeral 11 del artículo 189 superior; es decir, que el juicio de legalidad de ese acto acusado se debe realizar frente al Decreto reglamentado 1283 de 1994 y no directamente con la Constitución Política. Siendo ello así, la Sala adecuará las pretensiones de la demanda a la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, para salvaguardar el derecho de acceso a la administración de justicia y evitar fallos inhibitorios. Lo anterior, si se tiene en cuenta que esta vía es pública, no tiene término de caducidad, se ejerce en defensa e interés de la legalidad y se tramita bajo el mismo procedimiento que la acción de nulidad por inconstitucionalidad, por cuanto esta última, en vigencia del CCA, no tenía un ritualismo autónomo. [...] [L]os aviadores civiles beneficiarios de los regímenes de transición y de pensiones especiales transitorias pueden trasladarse, igualmente, a las prestaciones que se reconocen dentro del sistema general de pensiones, siempre y cuando se reúnan las condiciones legales para ello. En efecto, los afiliados al sistema general de pensiones tienen el derecho de movilidad no sólo de regímenes pensionales, sino también de administradoras dentro del mismo régimen, en las condiciones y con los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, y en las normas que la modifican y reglamentan. [...] [L]as empresas aportantes a Caxdac están llamadas a emitir bonos cuando (i) se trate de la financiación de las pensiones especiales transitorias previstas en el artículo 6º del Decreto 1282 de 1994, o (ii) los aviadores civiles a su cargo pretendan trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, obligación que se predica únicamente respecto de los tiempos de servicios anteriores al 1 de abril de 1994. [...] [L]as obligaciones fijadas en el artículo 8º del Decreto 1283 de 1994, tanto para las empresas aportantes (pagar el cálculo actuarial en forma íntegra), como para Caxdac (repetir contra las antes nombradas en caso de incumplimiento), no vulneran el derecho a la igualdad, por cuanto posibilita que, sin mayores traumatismos, se otorgue el mismo trato (reconocimiento pensional) a quienes se hallan en la misma situación (cumplimiento de requisitos), ni el de propiedad, en la medida en que la transferencia que se pretende efectivizar (cálculo actuarial), comporta el pago de una deuda anterior al 1º de abril de 1994, que por su naturaleza pertenece al régimen de seguridad social en pensiones.

FUENTE FORMAL: CP – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11 / DECRETO 824 DE 2001 / DECRETO 1283 de 1994 – ARTÍCULO 6 / DECRETO 1283 DE 1994 – ARTÍCULO 8 / LEY 100 DE 1993

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00068-01(1133-10)

Actor: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

Demandado: MINISTERIOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: ADECUACIÓN DE LA ACCIÓN, NO VULNERACIÓN DE DERECHOS, NI EJERCICIO DESBORDADO DE LA FUNCIÓN REGLAMENTARIA. SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA. NULIDAD – CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Sala procede a resolver en única instancia la demanda presentada el 7 de febrero de 2005¹ por el señor NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO contra la NACIÓN – MINISTERIOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la cual fue admitida el 9 de septiembre de 2005.

I. LA DEMANDA

Pretensiones². El demandante, en ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, solicitó dejar sin efecto el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 11 de mayo de 2001, cuyo texto es el siguiente:

DECRETO 824 DE 2001

(mayo 11)

Diario Oficial No 44.425, de 17 de mayo de 2001

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 1283 de 1994.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS APORTANTES.

De conformidad con el artículo 8o. del Decreto-ley 1283 de 1994, las empresas aportantes a la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, "Caxdac", continuarán siendo responsables por el pago de los pasivos pensionales hasta el momento en que realicen la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de los afiliados a su cargo. A

¹ Folio 19.

² Folios 3 a 19.

partir del momento en que culmine dicha entrega, la responsabilidad por el pago de los pasivos pensionales estará a cargo de Caxdac, en su calidad de entidad administradora del régimen de transición y de las pensiones especiales transitorias establecidas en el Decreto-ley 1282 de 1994.
[...]

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá, D. C., a 11 de mayo de 2001.

Hechos. El actor refirió que el artículo acusado viola los artículos 13, 28, 34, 48, 58 y 189-11 de la Constitución Política y sus pretensiones de nulidad pueden agruparse en dos cargos: extralimitación de la función reglamentaria y violación de los derechos fundamentales a la igualdad y la propiedad.

Concepto de violación. Ejercicio desbordado de la función reglamentaria. Al desarrollar el concepto de la violación de dichas normas, el demandante afirmó que *«ni el Decreto 1283, ni la Ley 100, ni la jurisprudencia [...], disponen que la obligación de las empresas aportantes a CAXDAC tenga la calidad de “pasivo pensional”. Al contrario, del ordenamiento jurídico vigente en Colombia se desprende sin lugar a duda alguna que las cotizaciones que los patronos realizan a las cajas o fondos administradores de pensiones tiene una naturaleza parafiscal, o sea como una especie de impuesto alterno, que se reinvierte en el mismo sector del cual se extrae: esa es su especificidad».*

Que es importante distinguir entre pasivo pensional y recursos parafiscales, por cuanto *«una cosa es una deuda pensional y otra muy distinta es una deuda fiscal o tributaria».*

Señaló que *«la norma demandada es inconstitucional, ya que el Gobierno Nacional fue más allá que el legislador, y usurpó competencias propias de este, pues no reglamentó, sino que en realidad inventó nuevas categorías y regímenes».*

Violación de los derechos fundamentales a la igualdad y la propiedad privada. Aseveró que la disposición controvertida genera discriminación e impone cargas excesivas a las empresas aportantes a la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (Caxdac), en los siguientes términos:

Estimó que *«cualquier patrono se libera de su obligación parafiscal mediante el pago de la cotización a su cargo, como lo afirma el artículo 17 de la Ley 100, en*

cambio en forma claramente discriminatoria una empresa de aviación no se libera de su obligación con el pago de su cotización sino que, aún luego de haber pagado, sigue siendo responsable de la pensión hasta que haga entrega integral de todos los dineros equivalentes al valor del cálculo actuarial. Por lo tanto, el pago no tiene en este único y excluyente caso poder liberatorio: el empresario paga y no se libera».

Que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 2001 discrimina a los aviadores civiles, habida cuenta que (i) el Estado no les asegura el pago de la pensión, sino que deben esperar a que las empresas aportantes cubran de forma íntegra el valor de su cálculo actuarial, (ii) se les obliga a permanecer en una caja privada (Caxdac), sin posibilidad de elegir otra administradora de pensiones, y (iii) no da tratamiento especial a quienes se encuentran en transición o régimen especial de transición

Precisó que el aludido artículo 1º (i) «*viola la propiedad privada (art. 58), la ausencia de penas imprescriptibles (art. 28) y la prohibición de confiscación (art. 34), en la medida en que el pago de la contribución parafiscal del empresario aeronáutico no lo libera de su obligación sino que, a pesar de haber ya pagado una vez, debe seguir respondiendo hasta tanto haga “entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de los afiliados a su cargo”, en forma vitalicia y sin justa causa*», y (ii) desconoce «*el alcance ilimitado de los deberes tributarios de las personas, pues el Estado se desmonta de su obligación constitucional de asegurar el pago de todas las pensiones y en su lugar erige a las aerolíneas en una especie de compañías de seguros que deben cotizar y asumir además el riesgo pensional*».

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.- Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (CAXDAC), tercero interesado en las resultas del proceso³. Se opuso a que se declare la nulidad del artículo demandado, por cuanto «*lejos de contrariar la Constitución la desarrolla en su más genuino sentido, ya que asegura la garantía y pago efectivo de los recursos necesarios para financiar las prestaciones y dentro de ellas las pensiones derivadas de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de los empleados afiliados por ley*».

³ Folios 61 a 69.

Destacó que no se violó «el derecho a la igualdad porque en un estado social de derecho, como el pregonado en la Carta Fundamental de 1991, es elemental que el Estado no se desentiende de la suerte de ningún pensionado y es el último garante no sólo de los derechos adquiridos pensionales sino también de las expectativas legítimas [....]. Téngase presente que la norma demandada no modifica, ni siquiera trata, lo referente a la garantía estatal de pensiones porque no solamente es un principio constitucional tácito desde 1991, sino que a partir del reciente acto legislativo de 2005 quedó erigido como su obligación expresa. Y desde antes de esta reforma constitucional tenía plena vigencia a la luz de los mandatos contenidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por la Ley 797 de 2003. De manera que si la norma reglamentaria no afecta ese bloque de garantías no infringe el artículo 13 de la Constitución».

Que es claro que las cotizaciones tienen naturaleza parafiscal y «la asunción de las pensiones de los aviadores civiles está a cargo de Caxdac, acorde con la Ley 32 de 1961. Lo que sucede es que si no se cumplen las obligaciones con Caxdac, es elemental que la respectiva aerolínea no se libera de sus obligaciones pensionales, tal como ocurre con cualquier empleador, que pretendiendo conmutar la carga pensional a su cargo, no transfiera el monto del respectivo pasivo pensional o de un empleador que no afilie al empleado a la seguridad social, caso en el que los derechos pensionales continuarían siéndole exigibles directamente. Es más, esto es tan elemental que desde el derecho romano nadie puede alegar en su favor su propia culpa».

Adujo que no es cierto que la falta de pago de una deuda sea factor liberatorio de una obligación, en la medida en que el accionante «pretende que las aerolíneas no paguen el pasivo pensional que les corresponde y que como resultado de ello sean eximidas de tal obligación. En realidad ese planteamiento [...] socavaría drásticamente el régimen de propiedad privada y su función social, ya que desconocería abruptamente los derechos adquiridos de los pensionados afiliados a Caxdac».

Que el Decreto cuestionado 824 de 2001 es reglamentario del 1283 de 1994, último que (i) fue proferido por el Gobierno Nacional «en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 139 de la Ley 100 de 1993», y (ii) no ha sido declarado inexecutable, «luego existe presunción de estar avenido con la normatividad constitucional».

Enfatizó que el «*artículo 1º del decreto 824 de 2001 es reflejo fiel del artículo 8º del decreto 1283 [de 1994], por lo que pretender exponer un desbordamiento de la facultad reglamentaria se cae con el simple cotejo de las normas*».

2.- Ministerio de la Protección Social⁴. También se opuso a que se declare la nulidad del artículo controvertido, toda vez que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado establecieron que el Presidente de la República estaba facultado «*y bajo este mandato se expidió el Decreto 824 de 2001, mediante el cual no se está violando [mandato superior] como lo afirma el demandante, sino que se fija la responsabilidad de CAXDAC por el pago de los pasivos pensionales hasta el momento en que realicen la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de los afiliados a su cargo*».

Planteó que (i) el Decreto Reglamentario 824 de 2001 reprodujo lo dispuesto en el 1283 de 1994, (ii) «*la intelección del actor es equivocada*», y (iii) «*no existen fundamentos que derrumben la legalidad del acto demandado*».

3.- Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁵. Consideró que los cargos «*no atacan simplemente el decreto demandado, sino que en el fondo controvierten el esquema legal adoptado en materia del régimen de seguridad de los aviadores civiles*».

Que «*no es igual la situación de quienes se encontraban pensionados al entrar a regir la Ley 100 de 1993, la de aquellos que ya habían cotizado un tiempo considerable, y la de quienes apenas comenzaban a cotizar. Esta [distinción] de situación fáctica justifica una diferencia de trato, sobre todo si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 48 de la Carta uno de los principios que rigen la seguridad social es el de la progresividad*».

Esbozó que, por lo anterior, el Decreto 1282 de 1994 «*estableció un régimen especial para los aviadores civiles, sometiendo algunos de ellos a la Ley 100 de 1993, a otros a la misma ley, pero con una pensión especial, y finalmente, disponiendo un régimen de transición para quienes cumplían los requisitos fijados por el artículo 36 de dicha ley*».

⁴ Folios 81 a 89.

⁵ Folios 94 a 107.

Que «si una empresa no transfiere los recursos correspondientes en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la misma no queda liberada. Igualmente, si una empresa aérea no realiza la transferencia correspondiente a CAXDAC la misma no queda liberada. Es claro entonces que no hay una violación de la igualdad».

Aclaró que «no es posible asimilar la situación de las empresas que cotizan al sistema respecto de los nuevos afiliados al sistema de seguridad social y la de las empresas que deben aplicar un régimen que viene de la ley anterior, respecto de trabajadores anteriores, en el cual en principio ellas eran responsables del pasivo pensional. Existe una gran diferencia en la situación fáctica y jurídica anterior que justifica la diferencia de tratamiento que se establece».

Que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que el Estado no asume pensiones, sino que «debe ejercer la vigilancia adecuada». Así las cosas, «en el caso de Caxdac el Estado debe velar porque las empresas cumplan sus obligaciones, pero solo puede ser responsable si incurre en los supuestos de responsabilidad del artículo 90, lo cual implica que no desarrolle plenamente sus funciones. Situación que es bien distinta a la asunción automática del pasivo pensional a cargo de particulares, que es en el fondo lo que pretende el demandante».

Arguyó que «el nuevo régimen en manera alguna está afectando el derecho de propiedad de las empresas, pues precisamente [a trasladar el cálculo actuarial es] a lo que están obligados. Por la misma razón no hay confiscación. Menos aún se puede hablar de una obligación imprescriptible, pues lo que exige el legislador es que se pague la obligación que se tiene».

Que «el decreto reglamentario no hace más que desarrollar la ley, por lo cual los ataques formulados [...] son improcedentes». Añadió que, en todo caso, «calificar de obligación pensional los aportes a Caxdac no contradice su naturaleza de aportes parafiscales. Lo que señala la norma reglamentaria es que como tales pagos tienen por objeto cumplir la obligación que en materia pensional tenían las empresas, las mismas tienen que considerarse obligaciones pensionales».

Explicó si «la empresa pagara directamente al pensionado, es claro que dicho pago correspondería a una obligación pensional. Tal circunstancia no se puede

ver afectada por el hecho de que no se haga el pago directamente sino por intermedio de otra persona designada por la ley».

Por último, propuso las excepciones de fondo de «*sujeción a las normas legales superiores [e] improcedencia de la presente acción para cuestionar el régimen legal previsto para los aviadores civiles*».

4.- Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC), tercero interesado en las resultas del proceso⁶. Indicó que el «*artículo 1º del Decreto 824 de 2001 no debe ser anulado, por cuanto no se cumple ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo; tampoco contraría ninguna norma legal de orden superior o normas constitucionales como lo pretende hacer ver el demandante. La norma cuya nulidad se pide, no genera desigualdad, tampoco viola la propiedad privada, ni constituye una extralimitación a la potestad reglamentaria*», como lo sugiere el actor.

Que es «*absolutamente obvio, natural, legal y justo y por supuesto constitucional que las Empresas “aportantes” sean responsables del pasivo pensional, hasta que realicen la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de los afiliados a su cargo, como lo establece la norma demandada, lo cual constituye una medida protectora de un derecho prestacional de un grupo de empleados que por las condiciones de trabajo, justifican ese tratamiento*».

Puntualizó que la garantía contenida en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 2001 «*es un desarrollo del derecho irrenunciable a la seguridad social de los pilotos colombianos y una forma de proteger el régimen especial que los cobija, justificado en el alto riesgo que genera este trabajo. Por lo tanto, la norma no solo es legítima, sino también constitucional*».

III. ACTUACIONES PROCESALES

Avocado el conocimiento del presente proceso, mediante auto de 9 de septiembre⁷, se admitió la demanda. El anterior proveído fue recurrido por la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC) para que esa organización

⁶ Folios 108 a 110.

⁷ Folios 22 a 24.

sindical fuera tenida como tercera interesada⁸, lo cual se dispuso, mediante providencia de 28 de noviembre de 2005⁹.

El actor presentó escrito de corrección de la demanda¹⁰, el cual no fue admitido, por haber sido radicado en forma extemporánea¹¹.

Contestada la demanda, como quedó evidenciado en el acápite que antecede, por auto de 25 de octubre de 2007¹², se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público. El accionante, los terceros interesados y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentaron sus alegatos de conclusión el 22, 29 y 30 de noviembre de 2007. El Ministerio Público rindió su concepto el 19 de diciembre del mismo año.

Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

1.- El demandante¹³. Insistió en que la disposición demandada vulnera los artículos 13, 28, 34, 48, 58 y 189-11 de la Constitución Política porque genera, en la práctica desprotección, cargas y/o ilegalidades:

1. Que si CAXDAC no cuenta con los recursos suficientes para pagar las pensiones, los trabajadores no tienen acción frente al Estado, y ni siquiera frente a las aerolíneas, sino que deben limitarse a esperar (leáse rezar) a que esta Caja demande a la aerolínea y a que ésta pague, pues estas son las únicas que *“continuarán siendo responsables”*.
2. Que las aerolíneas ya no tienen una obligación de naturaleza parafiscal o tributaria sino un *“pasivo pensional”* que no es de naturaleza fiscal sino prestacional.
3. Que los pilotos pensionados no son *“afiliados a cargo”* de CAXDAC, sino que de todos modos continuarán siendo *“afiliados a cargo de la aerolínea”*.
4. Que si una aerolínea es cumplida en el pago de sus aportes destinados a las pensiones, de todos modos no se libera de la obligación, pues igual tendrá que seguir respondiendo no por el pequeño aporte mensual sino por la enorme suma *“del cálculo actuarial”*, la cual deberá entregar en forma *“integral”*.
5. El Presidente de la República excede sus facultades reglamentarias.

⁸ Folios 29 a 30.

⁹ Folios 37 y 38.

¹⁰ Folios 126 a 146

¹¹ Folio 187

¹² Folio 189

¹³ Folios 190 a 193

Mostró que la jurisprudencia de la Corte Constitucional da cuenta de que «el Decreto 1050 de 1956 y la Ley 32 de 1961 están derogados y no continúan produciendo efectos. ¿Qué significa eso? Significa que los Decretos 1282 y 1283 de 1994, que configuran un remodelamiento integral del sistema de pensiones de los aviadores civiles en Colombia, derogaron la creación de CAXDAC, que fue primero temporal (en el Decreto de Rojas Pinilla) y luego definitiva (en la Ley 32 de 1961). Técnicamente, CAXDAC ha visto decaer los fundamentos de derecho de su creación. En otras palabras, no existe. O, mejor, no debería existir, pues las normas que la creaban ya no están vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Desde luego, los decretos 1282 y 1283 de 1994 definen la naturaleza jurídica de CAXDAC. Pero no la vuelven a crear. En otras palabras, ellos regulan un contenido que carece de continente, un cascarón sin nada por dentro, los límites del vacío. Eso se traduce en que los cargos de inconstitucionalidad mencionados en la demanda, se han agravado con el paso del tiempo, en la medida en que la igualdad de los pensionados por CAXDAC se empeora si se tiene en cuenta que, además de todo lo dicho, la Caja responsable del pago de sus ya frágiles pensiones...no existe!»

2.- Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC)¹⁴. Aseguró que como Caxdac puede repetir el valor total o parcial del bono contra la empresa empleadora aportante no se afectan «los derechos irrenunciables a la Seguridad Social de los aviadores, como lo [estima] el actor».

3.- Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (CAXDAC)¹⁵. Recalcó que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 2001 «lejos de contrariar la Constitución, la desarrolla en su más puro sentido, ya que asegura la garantía y pago efectivo de los recursos necesarios para financiar las prestaciones y dentro de ellas las pensiones derivadas de los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los empleados afiliados por ley».

Que «no existe una contradicción protuberante, evidente y directa de la norma acusada con la Constitución Política, [las argumentaciones del accionante] se basan en suposiciones sobre el sistema pensional colombiano y en encuadramientos de Caxdac, sus afiliados y las empresas aportantes en ese

¹⁴ Folios 194 a 197.

¹⁵ Folios 198 a 205.

concierto».

Expuso que «la Carta Fundamental de 1991 no se desatendió de la suerte de ningún pensionado, por el contrario, es garante no solo de los derechos adquiridos pensionales, sino de las expectativas legítimas, de suerte que el Estado garantiza los “derechos pensionales de los pensionados” en general, sin dejar de lado los de Caxdac».

Que el «decreto ley 1283 de 1994 no ha sido declarado inconstitucional, luego existe presunción de estaravenido con la normatividad supra legal, lo propio ocurre con este decreto, que al desarrollar cabalmente [preceptos superiores] comparte la fuerza normativa de estos, en los términos analizados».

4.- Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁶. Expresó que la Corte Constitucional, en sentencia SU-891/07, estableció que «las empresas de aviación civil tienen una obligación pensional de la que solo pueden exonerarse haciendo el correspondiente pago del cálculo actuarial a CAXDAC». Así las cosas, «las obligaciones de las empresas aéreas no sólo tienen carácter parafiscal sino también pensional y adicionalmente, dichas empresas sólo quedan liberadas si pagan el cálculo actuarial».

Que «la asunción por CAXDAC de la pensión de jubilación de los pilotos o navegantes civiles, que antes estaba a cargo de las empresas de aviación civil, no fue incondicional o ilimitada, pues la misma estaba sujeta al pago de los aportes respectivos por parte de éstas, única hipótesis en la que quedarían liberadas o exoneradas de dicha prestación. Quiere decir lo anterior, a contrario sensu, que si no se presentaba el pago de aportes no se configuraba el relevo prestacional y en consecuencia la empresa incumplida en ningún caso quedaría exonerada del mentado reconocimiento».

Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

4.- Concepto del Ministerio Público¹⁷. El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación conceptuó que deben denegarse las pretensiones de la demanda, debido a que la disposición acusada, al igual que el artículo 8º del

¹⁶ Folios 206 a 220.

¹⁷ Folios 232 a 246.

Decreto 1283 de 1994, «establece la obligación a cargo de las empresas aportantes, compañías aéreas civiles, de efectuar el pago del pasivo pensional hasta que se realice la entrega íntegra del cálculo actuarial de los afiliados a su cargo».

Que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 2001 no «desconoce el derecho a la igualdad de los aviadores civiles por el hecho que CAXDAC administre los recursos para el pago de sus pensiones con los recursos parafiscales recaudados de las empresas aéreas que están obligadas a realizar los aportes hasta que se realice la entrega íntegra del cálculo actuarial de los afiliados a su cargo».

Advirtió que el Estado ejerce control y vigilancia sobre las entidades que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, más no asume sus responsabilidades. «En el caso de los aviadores civiles, el empleador es el responsable de la pensión y sólo se libera en la medida en que pague el pasivo actuarial a CAXDAC, encargada de administrar tales recursos, así como de efectuar el pago correspondiente».

IV. CONSIDERACIONES

1.- Adecuación de la acción. El numeral 2º del artículo 237 de la Constitución Política establece que son atribuciones del Consejo de Estado «[c]onocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional».

Por su parte, el numeral 7º del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo (CCA), norma aplicable¹⁸ para el momento de la presentación de la demanda (7 de febrero de 2005)¹⁹, preceptúa que corresponde al Consejo de Estado conocer «[d]e las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento

¹⁸ El artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). «RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior».

¹⁹ Folio 19.

jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa».

La Corporación en relación con los requisitos de procedencia de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, ha reiterado²⁰:

- Que la disposición acusada sea un decreto de carácter general, dictado por el Gobierno Nacional o por otra entidad u organismo, en ejercicio de una expresa atribución constitucional.
- Que el juicio de validez se realice mediante la confrontación directa con la Constitución Política, no respecto de la ley. Sobre el particular, ha enfatizado que no procede el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad cuando las normas constitucionales son objeto de desarrollo legal, porque en estos casos *«la confrontación de la norma demandada con la normativa superior, necesariamente involucrará el análisis de las disposiciones de rango legal y reglamentario»*²¹.
- Que la disposición acusada no sea un decreto ley expedido en ejercicio de facultades extraordinarias ni un decreto legislativo, porque éstos, conforme a los numerales 5 y 7 del artículo 241 superior²², son de competencia de la Corte Constitucional.
- Que el acto acusado se trate de un reglamento constitucional autónomo, es decir, aquel que se expide en ejercicio de atribuciones permanentes o

²⁰ Consejo de Estado: Sección Segunda, auto del 29 de septiembre de 2011, expediente 11001-03-25-000-2011-00033-00; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de julio de 2016, expediente 11001-03-25-000-2016-00019-00; Sección Cuarta, auto del 22 de agosto de 2016, expediente 11001-03-27-000-2016-00050-00; sección Tercera, Subsección A, expediente 11001-03-26-000-2015-00163-00; Sección Quinta, auto de 9 de mayo de 2018, expediente 11001-03-28-000-2018-00009-00.

²¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto de 30 de noviembre de 2016, expediente 11001-03-27-000-2012-00046-00.

²² «ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

[...]

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

[...]

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución».

propias que le permiten aplicar o desarrollar de manera directa la Constitución.

Ahora bien, en los casos que sea procedente la acción de nulidad por inconstitucionalidad, en vigencia del CCA, se tramita bajo el procedimiento de la acción de nulidad, conforme lo preceptúa el artículo 206²³ y decide por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia con efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, salvo que se condicionen sus efectos.

En el asunto *sub examine* no es procedente la acción de nulidad por inconstitucionalidad, por cuanto el Decreto parcialmente cuestionado 824 de 2001, es un acto de carácter general que no corresponde a un reglamento constitucional autónomo y fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria conferida por el numeral 11 del artículo 189 superior; es decir, que el juicio de legalidad de ese acto acusado se debe realizar frente al Decreto reglamentado 1283 de 1994 y no directamente con la Constitución Política.

Siendo ello así, la Sala adecuará las pretensiones de la demanda a la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, para salvaguardar el derecho de acceso a la administración de justicia y evitar fallos inhibitorios. Lo anterior, si se tiene en cuenta que esta vía es pública²⁴, no tiene término de caducidad²⁵, se ejerce en defensa e interés de la legalidad²⁶ y se tramita bajo el mismo procedimiento que la acción de nulidad por inconstitucionalidad, por cuanto esta última, en vigencia del CCA, no tenía un ritualismo autónomo.

2.- Competencia. De conformidad con lo establecido en el artículo 128 numeral 1º del Código Contencioso Administrativo, a esta Corporación le corresponde conocer de la presente acción de nulidad en única instancia.

3.- Problema jurídico. Con base en la demanda y su contestación, el **problema**

²³ «ARTICULO 206. ÁMBITO. En los procesos ante el Consejo de Estado y los tribunales administrativos, para los cuales no se señale un trámite especial de este Código regirán las disposiciones del presente título, que constituyen el procedimiento ordinario».

²⁴ Lo que implica que cualquier persona sin distinción de sexo o nacionalidad, con o sin apoderado judicial, puede iniciarla.

²⁵ Puede ser presentada en cualquier tiempo y no requiere del agotamiento previo de procedimiento administrativo, ni del cumplimiento del requisito de conciliación extrajudicial.

²⁶ Lo que comporta un propósito de interés eminentemente general y no particular.

jurídico se contrae a despejar el siguiente interrogante:

¿Es nulo el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 11 de junio de 2001 porque excedió la voluntad del legislador y en la práctica genera desprotección y cargas que vulneran los derechos a la igualdad y a la propiedad?

4.- Contexto del Decreto Reglamentario 824 de 2001.

Antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, el régimen pensional de los aviadores civiles estaba desarrollado en los artículos 269 y 270 del Código Sustantivo de Trabajo, en virtud de los cuales les asistía el derecho a gozar de una prestación especial de jubilación después de 20 años continuos o discontinuos de trabajo en una sola empresa, cualquiera que sea su edad.

El Decreto 1015 de 3 de mayo de 1956²⁷ previó la creación de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (Caxdac), como una entidad *«sin ánimo de lucro, con carácter privado y mediante el aporte de sus afiliados, para atender el mejoramiento económico, cultural y técnico de los Aviadores Civiles»*. Regulación que fue adoptada²⁸ y complementada²⁹ por la Ley 32 de 28 de junio de 1961³⁰.

Luego, el Decreto 60 de 16 de enero de 1973, reglamentario de la aludida Ley 32 de 1961, reiteró que Caxdac, fue (i) creada a través del Decreto 1015 de 1956, (ii) concebida como *«una persona jurídica de carácter privado y sin ánimo de lucro, creada con el fin de asumir algunas o todas las prestaciones que por ley corresponden a las empresas aportantes y de procurar el mejoramiento económico, cultural y técnico de sus afiliados»*, y (iii) encargada de *«[r]econocer y pagar a sus afiliados las prestaciones sociales que por ley corresponden a las empresas aportantes»*.

²⁷ «Por el cual se fijan jerarquías a las reservas de 2ª clase de la Fuerza Aérea, y se dictan otras disposiciones».

²⁸ «ARTÍCULO 13. Adóptase en todas sus partes, con carácter de ley, el Decreto legislativo 1015 de 3 de mayo de 1956».

²⁹ «ARTÍCULO 4º. Las empresas nacionales de aviación civil pagarán mensualmente sus aportes a la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC sobre las liquidaciones que esta presente debidamente aprobadas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Asimismo las compañías de navegación civil harán los descuentos que los estatutos de la Caja o los convenios con sus socios señalen, sobre los sueldos de los pilotos a su servicio, y los cuales serán entregados a la Caja por mensualidades vencidas».

³⁰ «Por la cual se dictan normas sobre prestaciones sociales de los aviadores civiles, y se dictan otras disposiciones».

En relación con lo último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia advirtió que *«al asumir CAXDAC, en las referidas condiciones, una responsabilidad directa –no de simple intermediaria- en el pago de las pensiones, y pasara a ser pagadora de las mismas, actuaba como verdadero patrono para dicho efecto»*³¹.

Luego, el artículo 139 de la Ley 100 de 1993 otorgó facultades al Presidente de la República para expedir normas con fuerza de ley, para, entre otras materias, *«armonizar y ajustar las normas que sobre pensiones rigen para los aviadores civiles»*, así como la manera en que las cajas, fondos o entidades del sector privado que subsistan, entre ellas Caxdac, deben adaptarse a las disposiciones del sistema general de pensiones y cómo, a tales propósitos, deben adecuar sus estatutos y reglas de funcionamiento.

En desarrollo de dicha facultad, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 1282³² y 1283³³ de 22 de junio de 1994, con el propósito de regular todo lo concerniente al régimen pensional de los aviadores civiles y la naturaleza jurídica de Caxdac, entidad que pasó de ser pagadora a administradora de pensiones del régimen de prima media con prestación definida.

Lo anterior, si se atiende que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 preceptuó que régimen solidario de prima media con prestación definida es administrado por el Instituto de Seguros Sociales, así como por *«[l]as cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado»*.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló que Caxdac *«es una de las entidades subsistentes que deben ser adaptadas al nuevo régimen de seguridad social integral que introdujo la ley 100 de 1993 y que a ella se dirige la preceptiva acusada [artículo 3º del decreto 1283 de 1994] que busca, justamente, perfilar un régimen de transición, del que la mencionada Caja es entidad administradora, hacia el sistema general de pensiones plasmado en la mencionada ley 100 y orientado, de acuerdo con sus disposiciones, a cobijar, en el futuro, a la generalidad de la población»* (negrilla para destacar)³⁴.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 21 de enero de 1993, expediente 5035, M. P. Ramón Zúñiga Valverde.

³² *«Por el cual se establece el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles»*.

³³ *«Por el cual se establece el régimen de la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac»*.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia c-179 de 10 de abril de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

La aludida Corte al analizar el contenido de los Decretos 1282 y 1283 de 1994, también concluyó «*que el conjunto de sus previsiones normativas configuran un ordenamiento legal comprehensivo sobre el sistema de pensiones aplicable a los aviadores civiles y, en especial, sobre la naturaleza jurídica, obligaciones, facultades y forma de financiación de la Caxdac. Por lo tanto, es válido inferir que estos decretos sustituyeron las normas acusadas [artículos 8, 9 y 10 del Decreto 1015 de 1956 y los artículos 1º y 13 de la Ley 32 de 1961] en la medida en que, como se determinó en apartado anterior de esta sentencia, estas previsiones estaban dirigidas a definir la naturaleza jurídica de la Caxdac y fijar las obligaciones respecto de la seguridad social de sus trabajadores afiliados. Estos asuntos han sido regulados en su integridad por los Decretos mencionados y, en consecuencia, las disposiciones demandadas no hacen actualmente parte del ordenamiento jurídico vigente*»³⁵.

Ahora bien, para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia los Decretos 1282 y 1283 de 1994 consagraron tres regímenes pensionales diferentes, con sus consecuentes métodos de financiación³⁶. Para el tema objeto de estudio es importante centrar la atención en el régimen de transición, la conformación de reservas que este requiere, y el pago, por parte de las empresas aportantes a Caxdac, del déficit o calculo actuarial de los aviadores civiles, así:

Regímenes de pensión legalmente consagrados para los aviadores civiles [...]

1. La primera, según la cual, el sistema general de pensiones se aplica a los aviadores civiles que se vinculen a partir del 1º de abril de 1994, quienes por tal razón, conforme a las reglas de la Ley 100 de 1993, podrán optar por el régimen de prima de media con prestación definida o por el de ahorro individual con solidaridad. (arts. 1º y 8º).
2. **La segunda categoría agrupa a los aviadores civiles amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 3º del citado decreto, que al 1º de abril de 1994 hayan cumplido cualquiera de los siguientes requisitos: tener 40 o más años de edad si son hombres, o 35 o más de edad si son mujeres y haber cotizado o prestado servicios durante 10 años o más. En esas circunstancias, según lo dispuesto en el artículo 4º *ibidem*, los beneficios del régimen se concretan en que tienen derecho a la pensión de jubilación en los términos del Decreto 60 de 1973, esto es, a cualquier edad cuando hayan cumplido 20 años de servicios**

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-191 de 15 de marzo de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 28 de agosto de 2013, expediente 43104 (SL 706 -2013), M. P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

continuos o discontinuos en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac, en cuyo caso el monto de la pensión será equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

3. La última categoría, consagrada en el artículo 6º *ibidem* propia del régimen pensional especial transitorio, agrupa a los aviadores civiles que por no tener acreditados 10 años de servicios al 1º de abril de 1994, no son beneficiarios del régimen de transición, a quienes se les aplicará el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez que se establecen en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Para ellos, el beneficio especial de carácter transicional consiste en que la edad para acceder a la pensión de vejez será de 55 años, que se reducirá, a razón de un año por cada 60 semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras 1.000 semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.
[...]

Financiación de las pensiones a cargo de Caxdac [...]

Uno, el propio del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a las reglas dispuestas en esa normativa y en las demás que la complementan y reglamentan que no es del caso referir, por no incidir en la resolución del *sub lite*.

Otro método de financiación es el instituido en el artículo 3º del Decreto 1283 de 1994. La norma dispone la conformación de un “régimen de reservas para el régimen anterior”, destinadas al pago de las pensiones de jubilación otorgadas antes de la entrada en vigencia del decreto, así como de las nuevas pensiones de jubilación que se generen del régimen de transición.

Esas reservas según lo manda el citado artículo, se conforman así:

“a) Por el actual fondo de reservas constituido en Caxdac,

b) Por el monto de las reservas por pagar de las empresas o empleadores a Caxdac, o déficit actuarial, conforme a este Decreto,

c) Por las cotizaciones a cargo de las empresas y/o empleadores y de los afiliados, conforme a la Ley 100 de 1993, y

d) Por la totalidad de los rendimientos que genere su inversión. (...)”

Como se observa, la normativa en referencia no contempla que las empresas empleadoras de aviadores civiles estén en la obligación de expedir y pagar a favor de Caxdac, bonos pensionales para la financiación de las pensiones de jubilación ya reconocidas, o de las que a consecuencia del régimen de transición deba otorgar.

De otra parte, el artículo 6º del citado decreto señala, que la integración del cálculo actuarial de los aviadores civiles “actualmente pensionados por Caxdac, de quienes hayan causado el derecho y de los beneficiarios del régimen de transición”, se deberá completar conforme a lo ordenando en los artículos 7º y 8º *ibidem*.

A su vez, el citado artículo 7º reemplazado por el 3º de la Ley 860 de 2003, establece el método de “amortización y pago del cálculo actuarial de pensionados”, que deben adoptar las empresas del sector privado para transferir el valor de su cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el régimen de prima media con prestación definida, y el 8º del multicitado Decreto 1283 de 1994, estatuye que la responsabilidad de las empresas aportantes a Caxdac, cesará con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador (subraya la Sala).

En ese contexto, no surge en parte alguna para las empresas empleadoras, la obligación de emitir y pagar <bonos pensionales> a favor de Caxdac por pensiones de jubilación ya reconocidas, así como tampoco por las que en aplicación del régimen de transición deba reconocer.

El tercer método, que es el que en esencia concierne a la resolución del recurso extraordinario, es el consagrado en el artículo 6º del Decreto 1282 de 1994 que para la financiación de las pensiones especiales transitorias, establece que:

1. Los afiliados cotizarán en los términos de la Ley 100 de 1993 y las empresas aportarán, además de lo previsto en la ley, 5 puntos adicionales, y
2. “(...) que las empresas emitirán el respectivo **bono pensional** de acuerdo con las normas especiales sobre la materia”. (resalta la Sala).

Así las cosas, es diáfano para la Corte Suprema de Justicia que las empresas empleadoras de aviadores civiles pertenecientes al régimen de pensiones especiales transitorias, tienen esa doble obligación frente a Caxdac para la financiación de sus pensiones.

Por el contrario, no les corresponde bajo el régimen pensional especial y transitorio, efectuar cálculos actuariales que, como quedó visto, es obligatorio respecto de las pensiones jubilación propias del régimen de transición.

Ahora bien, como quiera que la censura también edifica su acusación en la vulneración del artículo 13 del Decreto 1282 de 1994, ha de señalarse que esa disposición solo aplica cuando un aviador civil, que pertenece al régimen especial de transición propio del de prima media con prestación definida, decide trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, en cuyo caso tendrá derecho al reconocimiento del bono pensional, a cargo de Caxdac o de las empresas empleadoras, conforme a las siguientes pautas:

1. Si el aviador pertenece al régimen de transición, el bono estará a cargo de Caxdac, la que a su vez tendrá la facultad de repetir el valor total o parcial contra la empresa empleadora que no haya cumplido sus obligaciones, en relación con la integración del cálculo actuarial.
2. Si el aviador pertenece al régimen especial transitorio, el bono pensional “será emitido por la empresa empleadora, para reconocer el tiempo de servicios anterior al 1o. de abril de 1994”. El tiempo posterior a esa data cotizado a Caxdac, obliga a la administradora a emitir el bono pensional “en

las mismas condiciones en que el ISS lo hará respecto de nuevos afiliados. (...).”

Con otras palabras, tanto Caxdac como las empresas empleadoras, según el caso, estarán obligadas a la expedición del bono pensional con destino al fondo privado de pensiones, cuando el aviador civil decida trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, situación fáctica que no corresponde a la discutida por el recurrente, según el cual, los aviadores a cuyo nombre reclama el bono pensional pertenecen al régimen especial de transición y no a otro diferente.

Recopilando, con la hasta aquí expuesto se puede concluir que, el bono pensional a cargo de las empresas empleadoras con destino a Caxdac, solo tendrá lugar respecto de los aviadores civiles que estuvieron o están a su servicio, siempre que: (i) pertenezcan al régimen de pensiones especiales transitorias, y (ii) Se mantengan en el régimen de prima media con prestación definida, o lo que es lo mismo, que no se hayan trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad (negrita y subrayas para destacar).

De lo anterior, se desprende que los aviadores civiles beneficiarios de los regímenes de transición y de pensiones especiales transitorias pueden trasladarse, igualmente, a las prestaciones que se reconocen dentro del sistema general de pensiones, siempre y cuando se reúnan las condiciones legales para ello. En efecto, los afiliados al sistema general de pensiones tienen el derecho de movilidad no sólo de regímenes pensionales, sino también de administradoras dentro del mismo régimen, en las condiciones y con los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, y en las normas que la modifican y reglamentan.

Igualmente, que las empresas aportantes a Caxdac están llamadas a emitir bonos cuando (i) se trate de la financiación de las pensiones especiales transitorias previstas en el artículo 6º del Decreto 1282 de 1994, o (ii) los aviadores civiles a su cargo pretendan trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, obligación que se predica únicamente respecto de los tiempos de servicios anteriores al 1 de abril de 1994.

Así mismo, que las pensiones del régimen de transición de que trata el artículo 3º del Decreto 1282 de 1994, (i) **tienen un mecanismo de financiación que no contempla el pago de bonos, sino de un título o cálculo actuarial**, y (ii) son reconocidas por Caxdac, entidad que, por mandato del artículo 3º del Decreto 1283 de 1994, debe administrar las reservas destinadas al pago de dichas prestaciones, las cuales están integradas, entre otros rubros, por el «**déficit actuarial [...]**» (negrita para resaltar).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación con la responsabilidad de las empresas aportantes y la facultad de repetición de Caxdac por incumplimiento en el pago del cálculo actuarial reiteró lo señalado por la Corte Constitucional, en sentencia C-179 de 1997³⁷, en «donde se hace referencia al artículo 8º del Decreto 1283 de 1994, que [...] regula lo siguiente»:

Art. 8º.- Responsabilidad de las empresas. La responsabilidad de las empresas aportantes a CAXDAC cesará con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador, conforme a los artículos anteriores. En caso de incumplimiento de la empresa, CAXDAC podrá repetir contra ella por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas.

También precisó que «en armonía como lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-197/97, [...] es deber de CAXDAC cobrar a las empresas de aviación civil los aportes no cancelados oportunamente, pues la omisión en ese sentido, trae como consecuencia que deba responder por la prestaciones, o como en este caso, por el respectivo título pensional para contribuir en la financiación de la pensión a cargo del Instituto. Como se expuso en la jurisprudencia constitucional reseñada, no es jurídicamente admisible “que las consecuencias de la desatención de las obligaciones, correspondientes a las empresas o a la Caja sean trasladadas al trabajador que ha cumplido y acreditado los requisitos para obtener su pensión”». Y desarrolló lo anterior, en los siguientes términos:

No debe olvidarse como lo precisó la Corte en sentencia CSJ SL, 16 may. 2006, rad. 23295, que con la expedición de la Ley 100 de 1993 y los decretos de armonización del régimen de los aviadores civiles con el sistema integral de seguridad social, CAXDAC “pasó de simple caja pagadora a ser un ente administrador de pensiones del régimen de prima media con prestación definida”, con todas las obligaciones que de ello se deriva, como gestora de un servicio público que involucra derechos fundamentales irrenunciables.

Dentro del marco de sus deberes, está el de velar por la adecuada integración del capital destinado a financiar las pensiones de jubilación o de vejez de sus afiliados, en los eventos de incumplimiento de los empleadores, para lo cual debe hacer uso de todos los mecanismos legales a su disposición, porque de lo contrario debe responder por esos recursos o por las prestaciones que se generen en favor de los aviadores y sus beneficiarios [...].

En coherencia con esa línea conceptual, esta Corte en sentencia CSJ SL, 24 jun. 2012, rad. 34132, dejó las siguientes enseñanzas:

³⁷ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 7 de junio de 2017, expediente 45498 (SL8172-2017), M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Ciertamente, desde la promulgación de la Ley 32 de 1961 artículos 2° y 3°, para que CAXDAC asuma el pago de las prestaciones económicas que le corresponden a las empresas de aviación civil y que éstas queden exentas de reconocer la pensión de jubilación a los pilotos o navegantes civiles a su servicio, las empleadoras están en la obligación de cubrir los aportes fijados por el Gobierno Nacional. **Así mismo, el artículo 8° del Decreto 1283 de 1994, especificó la facultad de la accionada CAXDAC para activar los mecanismos previstos en la ley, a fin de que pueda repetir contra las empresas aportantes que incumplan el pago de aportes o la entrega del cálculo actuarial por cada aviador, al señalar: 'RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS. La responsabilidad de las empresas aportantes a Caxdac cesará con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador, conforme a los artículos anteriores. En caso de incumplimiento de la empresa, Caxdac podrá repetir contra ella por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas'** (Resalta y subraya la Sala).

Lo precedente está en armonía con lo regulado por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que reza: 'Acciones de cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adecuado, prestará mérito ejecutivo, que también tiene aplicación en la medida que la Caja de Previsión Social 'CAXDAC' adquirió la connotación de una entidad administradora del régimen de Pensiones de Prima Media con Prestación Definida, por así disponerlo el artículo 139 de la Ley 100 de 1993, que otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para armonizar y ajustar las normas sobre pensiones que rigen a los aviadores civiles, siendo en consecuencia aplicable a éstos el sistema general de pensiones contenido en la nueva ley de seguridad social, salvo en los aspectos que tienen que ver con aquellos que se cobijan por el régimen de transición definido en los Decretos 1282 y 1283 de 1994.

De suerte que, indiscutiblemente CAXDAC tiene el deber de cobrar los aportes que no hubiesen sido satisfechos en tiempo, y su omisión en esa gestión lleva a que mantenga la responsabilidad en el pago de la pensión de jubilación, o como aquí sucede, en la reliquidación de la prestación pensional por reincorporación del servicio del aviador civil.

Ahora bien, para descender al caso concreto es preciso señalar que el referenciado artículo 8° del Decreto 1283 de 1994, fue reglamentado por el artículo cuestionado del Decreto 824 de 11 de junio de 2001, en los siguientes términos:

Artículo 1º. Responsabilidad de las empresas aportantes. De conformidad con el artículo 8° del Decreto-ley 1283 de 1994, las empresas aportantes a la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, "Caxdac", continuarán siendo responsables por el pago de los pasivos pensionales hasta el momento en que realicen la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de los afiliados a su cargo. A partir del momento en que culmine dicha entrega, la responsabilidad por el pago de los pasivos pensionales estará a cargo de Caxdac, en su calidad de entidad

administradora del régimen de transición y de las pensiones especiales transitorias establecidas en el Decreto-ley 1282 de 1994.

4.- Caso concreto.

El actor considera que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 2001 excede la voluntad del legislador y genera en la práctica vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y la propiedad.

4.1.- Ejercicio desbordado de la función reglamentaria.

Como ya se evidenció en el acápite precedente el artículo acusado reglamentó el 8º del Decreto 1283 de 1994, estas disposiciones son del siguiente tenor:

Norma acusada	Norma reglamentada
<i>«Artículo 1º. Responsabilidad de las empresas aportantes. De conformidad con el artículo 8º del Decreto-ley 1283 de 1994, las empresas aportantes a la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, "Caxdac", continuarán siendo responsables por el pago de los pasivos pensionales hasta el momento en que realicen la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de los afiliados a su cargo. A partir del momento en que culmine dicha entrega, la responsabilidad por el pago de los pasivos pensionales estará a cargo de Caxdac, en su calidad de entidad administradora del régimen de transición y de las pensiones especiales transitorias establecidas en el Decreto-ley 1282 de 1994».</i>	<i>«Artículo 8º. Responsabilidad de las empresas. La responsabilidad de las empresas aportantes a Caxdac cesará con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador, conforme a los artículos anteriores. En caso de incumplimiento de la empresa, Caxdac podrá repetir contra ella por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas».</i>

La Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 14 de julio de 2005³⁸, denegó las súplicas de nulidad formulados en contra del Decreto 824 del 11 de mayo de 2001, por cuanto, en especial, el artículo 1º reiteró el precepto que reglamenta y, en esa medida, no se encuentran excedidas las atribuciones reglamentarias:

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 14 de julio de 2005, expediente 11001-03-25-000-2001-00328-00(5225-01), M. P. Ana Margarita Olaya Forero (E)

Así, lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1283 de 1994 lo que hace es reafirmar la responsabilidad de las empresas aportantes por el pago del pasivo pensional hasta la fecha en que efectúe la entrega total del valor del cálculo actuarial, momento a partir del cual la responsabilidad recaerá en CAXDAC, y en esta medida, la norma reglamentaria –artículo 1º del Decreto 824 de 1994- no consagra requisitos adicionales, sino que reitera la previsión del precepto que reglamenta, al consagrar que la responsabilidad de las empresa aportantes sólo termina una vez se haya entregado el cálculo actuarial.

Por ello no resulta acertada afirmar que las empresas aportantes se van liberando en la medida en que efectúen los respectivos aportes a CAXDAC, pues es necesario que cubran en su integridad los mismos; la responsabilidad de las empresas sólo desaparece si éstas han transferido a CAXDAC la totalidad del cálculo actuarial.

Así mismo, la ley dispone que en caso de incumplimiento CAXDAC podrá repetir por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas, con lo cual otorga la posibilidad de que CAXDAC pueda obtener el reembolso, en el evento de que haya realizado el pago sin contar con los recursos de la Empresa.

En tales términos, el artículo 1º del Decreto acusado es un desarrollo de las disposiciones anteriormente transcritas que claramente establecían esa regla.

En efecto, mientras la empresa aportante a CAXDAC no transfiera la totalidad del cálculo no se libera, y, por consiguiente, si CAXDAC paga pensiones a cargo de aquella, es porque ésta como delegada para realizar ese pago por cuenta de la empresa.

El decreto no establece que el pago de la pensión debe hacerlo directamente la empresa aportante, el pago le corresponde hacerlo a CAXDAC, por cuenta de la empresa aportante que aún no se ha liberado, pues no ha transferido la totalidad del cálculo.

No encuentra entonces la Sala que la disposición acusada menoscabe los derechos de los pensionados, porque establece claramente que las empresas aportantes a CAXDAC continúan siendo responsables por el pasivo, lo cual no obsta para que el pensionado, en todo caso, le cobre a CAXDAC y ésta repita contra la empresa en la forma que lo prevé la ley.

Por lo anterior, la Sala deberá estarse a lo resuelto en el aludido fallo.

4.2.- Vulneración de los derechos a la igualdad y a la propiedad privada.

El accionante estima que el artículo demandado discrimina a los aviadores civiles, por cuanto (i) el Estado no les asegura el pago de la pensión, sino que deben esperar a que las empresas aportantes cubran de forma íntegra el valor de su cálculo actuarial, (ii) se les obliga a permanecer en una caja privada, sin posibilidad de elegir otra administradora de pensiones, (iii) no da tratamiento especial a

quienes tienen derecho al régimen de transición o al pago de «*pensiones especiales transitorias*», y (iv) los empleadores «*no solo aportan al sistema sino que además continúan con la carga pensional, de lo cual no se exoneran*».

También considera que el artículo cuestionado impone cargas excesivas a las empresas aportantes, por cuando además de obligarlas a cubrir las cotizaciones, también «*debe seguir respondiendo hasta que haga “entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de los afiliados a su cargo”, en forma vitalicia y sin justa causa*». En otras palabras, «*el Estado se desmonta de su obligación constitucional de asegurar el pago de todas las pensiones y, en su lugar, erige a las aerolíneas en una especie de seguros que deben cotizar y asumir además el riesgo pensional*».

En primer lugar, la Sala advierte que este cargo no cuestiona directamente el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 2001, sino el esquema legal adoptado en materia del régimen de seguridad de los aviadores civiles y de la naturaleza jurídica de Caxdac (Decretos 1282 y 1283 de 1994), para atender los fines y las previsiones de la Ley 100 de 1993 y, en esa medida, propender por el respeto y la efectividad de derechos, sin que ello ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema.

Esquema que, como se vio en el acápite que antecede, propugnó porque los aviadores civiles contaran con (i) movilidad dentro del sistema general de pensiones, (ii) un tratamiento diferenciado acorde con sus expectativas de pensión (Ley 100 de 1993, transición y «*pensiones especiales transitorias*»), (iii) mecanismos de financiación que, de acuerdo al régimen al que pertenezcan, aseguren el pago de sus prestaciones, y (iv) recursos para que las empresas aportantes incumplidas no queden liberadas de sus obligaciones y Caxdac pueda recuperar, para el caso concreto, títulos o cálculos actuariales en forma expedita, sin generar mayores afectaciones, ni alterar el equilibrio financiero del sistema.

Los dos últimos puntos, permiten descender a las previsiones de los artículos 8º del Decreto 1283 de 1994 (norma reglamentada) y 1º del Decreto Reglamentario 824 de 11 de junio de 2001 (disposición acusada), que desarrollan lo relativo a la responsabilidad de las empresas aportantes en el pago íntegro del cálculo actuarial.

En efecto, el artículo 3º del Decreto 1283 de 1994 estableció un sistema de reservas, para financiar pensiones (i) causadas antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, y (ii) nuevas que le corresponde administrar a Caxdac dentro del régimen de transición, que, entre otros rubros, incluye, por parte de las empresas aportantes, el pago de un «déficit actuarial»³⁹.

Este artículo fue complementado, entre otros, por el 8º del mismo decreto, que contempló para las empresas aportantes la obligación de pagar el cálculo actuarial y Caxdac el deber de repetir contra las últimas, en caso de incumplimiento, así:

Artículo 8º. Responsabilidad de las empresas. La responsabilidad de las empresas aportantes a Caxdac cesará con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador, conforme a los artículos anteriores. En caso de incumplimiento de la empresa, Caxdac podrá repetir contra ella por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas.

Las anteriores disposiciones fueron estudiadas por la Corte Constitucional, en sentencia C-179 de 1997⁴⁰, pronunciamiento en el que concluyó que lejos contrariar derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad, contribuyen a realizarlos:

Estima la demandante que el párrafo impugnado desconoce los artículos 48 y 53 de la Constitución. La Corte considera que lejos de contrariar los contenidos del derecho a la seguridad social y al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, la preceptiva acusada contribuye a realizarlos.

³⁹ «Artículo 3º. Régimen de reservas para el régimen anterior. Las reservas de jubilación de Caxdac, están destinadas al pago de obligaciones pensionales generadas antes de la vigencia de este Decreto y las nuevas pensiones de jubilación que le corresponde administrar dentro del régimen de transición.

Tales reservas pensionales estarán conformadas así:

a. Por el actual fondo de reservas constituido en Caxdac;

b. Por el monto de las reservas por pagar de las empresas o empleadores a Caxdac, o déficit actuarial, conforme a este Decreto;

c. Por las cotizaciones a cargo de las empresas y/o empleadores de los afiliados, conforme a la Ley 100 de 1993, y

d. Por la totalidad de los rendimientos que genere su inversión.

Parágrafo. Los fondos propios de Caxdac, originados en el mayor rendimiento que hasta la fecha obtuvo el fondo de reservas, se destinarán prioritariamente a cubrir el costo de las pensiones reconocidas de empresas no aportantes» (negrita para resaltar).

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-179 de 10 de abril de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

En abundante jurisprudencia la Corte Constitucional se ha referido al derecho a acceder a las pensiones legales, que se inscribe en el más amplio contexto de la seguridad social, como trasunto del trabajo, valor fundante de la organización política, ya que, en palabras de la Corporación "nace y se consolida ligado a una relación laboral, en cuyo desarrollo la persona cumplió los requisitos de modo, tiempo de cotización y edad a los cuales condicionó su nacimiento", constituyendo en la práctica una especie de "salario diferido".

De otra parte, la Corte Constitucional al aludir a los principios que orientan la prestación del servicio público de seguridad social apuntó:

*"El servicio público se prestará, por mandato superior, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que definirá, como en efecto lo hace, la ley. EFICIENCIA, es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. UNIVERSALIDAD, es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. SOLIDARIDAD, es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil; es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo; los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias; UNIDAD, es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social; PARTICIPACION, es la intervención de la comunidad a través de los beneficios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto. Estos conceptos, sumados al de la **progresividad** que retoma el legislador en la ley que se revisa, aportan una mejor comprensión de los alcances que de los mismos se fija en las disposiciones de la Carta sobre seguridad social".*

En armonía con los postulados expuestos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley.

Esos criterios jurisprudenciales son aplicables al examen de constitucionalidad que ahora realiza la Corporación. No sería justo ni jurídico hacer recaer sobre el trabajador de una empresa de aviación civil que se abstuvo de efectuar los pertinentes aportes las consecuencias de ese incumplimiento, más aún cuando los trabajadores, con apoyo en su buena

fe, confiaron en que una vez reunidos los requisitos de ley accederían a la pensión a cargo de Caxdac.

Fuera de lo anterior, es necesario poner de presente que Caxdac fue dotada de los instrumentos necesarios para lograr el pago de los aportes, Así surge, por ejemplo, del artículo 8o. del decreto 1283 de 1994 que preceptúa que "en caso de incumplimiento de la empresa, Caxdac podrá repetir contra ella por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas". El hecho de que haya empresas que dejaron de cancelar la obligación tributaria de la parafiscalidad se produjo por un comportamiento omisivo de Caxdac, en su carácter de retenedora y administradora de unos recursos públicos. Por lo tanto a ella le corresponde tomar las medidas conducentes y oportunas para cobrar las acreencias y, con ese fin, tiene las acciones legales pertinentes.

Avalar los argumentos de la actora implicaría aceptar que la no utilización o el uso tardío de los remedios judiciales en contra de las empresas deudoras le sirve de excusa a Caxdac y, además, desconocer que el parágrafo cuestionado contribuye a realizar los principios que guían la prestación del servicio público de seguridad social, y en especial los de universalidad, solidaridad y unidad.

Estima la actora que el parágrafo demandado introduce una desigualdad en la medida en que "puso a las compañías aportantes en situación de desventaja económica frente a las compañías que no cotizaron ni acrecentaron el patrimonio de Caxdac", pues se disminuye el rubro del que dispone la Caja para el pago de las pensiones de las compañías que aportaron.

Esta Corporación considera que la preceptiva acusada propicia la igualdad entre los trabajadores de empresas civiles de aviación a quienes se les haya reconocido el derecho al pago de la pensión de jubilación y que, por el contrario, es la interpretación de la demandante la que conduciría a configurar una discriminación, pues no sería entendible que, habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión, algunos trabajadores se vieran privados de esa prestación debido a circunstancias que, por ajenas a su voluntad, no están obligados a soportar, como para el caso lo serían la actitud renuente de las empresas a pagar el déficit y la no utilización, por Caxdac, de las vías jurídicas de las que se le ha dotado con la finalidad de obtener esos pagos.

En reiterada jurisprudencia la Corte ha indicado que las diferencias que se establezcan entre sujetos ubicados en idéntica situación deben tener fundamento adecuado y razonable y en verdad, bajo ningún punto de vista es razonable que las consecuencias de la desatención de las obligaciones correspondientes a las empresas o a la Caja sean trasladadas al trabajador que ha cumplido y acreditado los requisitos para obtener su pensión y, en lugar de adecuado, es altamente desproporcionado que el peso de esos incumplimientos recaiga de manera tan abrupta sobre el trabajador, privándolo, en la práctica, de su legítimo derecho. Ese sacrificio desmedido, lejos de contribuir a consolidar los fines de la seguridad social los desatiende.

El criterio de la cancelación efectiva de los aportes por las empresas no resulta atendible como fundamento de una distinción semejante que, en últimas, deviene en sanción aplicable a quienes no han concurrido con su

conducta al incumplimiento de las empresas aportantes o a la desidia de la Caja, dotada de instrumentos para lograr la cancelación de las sumas adeudadas.

En las condiciones anotadas lo jurídicamente viable es otorgar el mismo trato a quienes se hallan en la misma situación, no siendo, en consecuencia, de recibo los criterios de la demandante, ya que, además, de conformidad con lo esbozado, bajo el régimen anterior los fondos propios de Caxdac, originados en el mayor rendimiento obtenido por el fondo de reservas no hacían parte de los recursos destinados al pago de pensiones, luego la Corte no avizora la disminución en el monto de lo que dispone Caxdac para el pago de pensiones de compañías aportantes, disminución que tampoco es predicable en las actuales circunstancias, según se ha visto.

Por su parte, la Sección Segunda de esta Corporación precisó que las sumas que transfieren las empresas aportantes a Caxdac, por concepto de cálculo actuarial, (i) corresponden a una deuda pensional anterior al 1º de abril de 1994 que debe ser amortizada y pagada en forma íntegra, y (ii) son recursos de naturaleza parafiscal que pertenecen «al régimen de seguridad social en pensiones»⁴¹:

No obstante, es importante tener en cuenta que, como ya se anotó, el cálculo actuarial es un estimativo de las reservas que deben constituir las empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones para que la caja que administre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el sector de la aviación privada-CAXDAC continúe pagando las pensiones de jubilación. Las sumas que transfiere el empleador resultantes del cálculo actuarial corresponden a la deuda pensional anterior al 1º de abril de 1994, conforme lo previsto en el Decreto 1283 de 1994, pues con posterioridad a dicha fecha se pagan cotizaciones a CAXDAC en la forma prevista legalmente.

Así las cosas y como aclara el Ministerio Público, la obligación de carácter parafiscal se origina de las cotizaciones a cargo del aviador civil (trabajador afiliado) y la empresa aérea (empleador), mientras que el decreto acusado regula la relación entre la empresa deudora del cálculo (empleador) y la caja pagadora (CAXDAC), razón por la cual, los aportes objeto de transferencia lo que constituyen es una deuda del empleador que debe amortizar y pagar íntegramente para así liberarse de la obligación de seguir pagando las pensiones de sus aviadores civiles, pero no los aportes que éste debe pagar por ley mensualmente a la respectiva caja del sector privado que administra el régimen de prima media.

En síntesis, el decreto reglamentario permite que los empleadores a quienes se les aplica sus previsiones, puedan efectuar el pago anticipado del cálculo bien sea porque cuentan con los recursos suficientes para ello y así conmutar la obligación del pago de las pensiones a su cargo a efectos de que las mismas sean cubiertas por la caja determinada para tal finalidad. Dicha medida lejos de afectar la protección y libertad que la Constitución le brinda a las empresas ofrece una opción adicional pues, en todo caso, el

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 14 de octubre de 2010, expediente 11001-03-27-000-2004-00088-00(0273-07), M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

plazo de veinte años dispuesto en la Ley 860 de 2003 permanece incólume para las empresas aéreas que decidan acogerse a la forma de pago prevista en la misma y al establecerse por ley que dichos pagos se pueden realizar “hasta el año 2023”, no niega la posibilidad de que, sin afectar su liquidez, una empresa pueda extinguir la totalidad de la obligación de manera anticipada, esto es, previo al vencimiento del término legal, por lo que el decreto reglamentario no contraría los parámetros señalados en la norma reglamentada.

En este sentido, la Sala ha señalado que *“los aportes parafiscales tienen una naturaleza extrapresupuestaria y pueden ser incorporadas a los presupuestos, para efectos de su administración y protección. El decreto demandado, realiza la protección de los dineros con los que se cubrirá la seguridad social de los futuros pensionados cuando la empresa entre a disolverse.*

“En otras palabras, el hecho de que los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales (parafiscales) de los aviadores civiles que previamente estaban a cargo de las Empresas Nacionales de Transporte Aéreo, sean asumidos por CAXDAC o cualquier otra entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, no le quita el carácter de ser y pertenecer al régimen de seguridad social en pensiones, es decir, tienen un carácter pensional, su carácter de parafiscal no le quita su destinación ‘pensional’”.

Lo propio puede decirse del tercer cargo denominado indisponibilidad del crédito tributario, ya que al mencionar el decreto reglamentario que la transferencia del cálculo se entiende efectuada cuando se ha pagado, además del capital y los intereses por concepto de mesadas y bonos pensionales, la comisión por administración, ello no significa que el ejecutivo esté disponiendo de la forma como se deben pagar los aportes, porque lógicamente los primeros conceptos constituyen la deuda de la empresa y, en todo caso, la administradora de pensiones tiene derecho a que le sean remunerados los gastos por concepto de administración.

Estos gastos, en lo que tiene que ver con las deudas contraídas antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, se deben pagar junto con el cálculo actuarial; y, conforme lo prevé el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, respecto a los aportes para pensión que por ley se pagan mensualmente por los aviadores civiles a partir del 1º de abril de 2004, un porcentaje de dichas cotizaciones se destinan para financiar los gastos de administración. En consecuencia, el Decreto 2210 de 2004 no está variando en ningún caso la destinación de los aportes parafiscales de carácter pensional.

Lo expuesto, permite concluir que las obligaciones fijadas en el artículo 8º del Decreto 1283 de 1994, tanto para las empresas aportantes (pagar el cálculo actuarial en forma íntegra), como para Caxdac (repetir contra las antes nombradas en caso de incumplimiento), no vulneran el derecho a la igualdad, por cuanto posibilita que, sin mayores traumatismos, se otorgue el mismo trato (reconocimiento pensional) a quienes se hallan en la misma situación (cumplimiento de requisitos), ni el de propiedad, en la medida en que la

transferencia que se pretende efectivizar (cálculo actuarial), comporta el pago de una deuda anterior al 1º de abril de 1994, que por su naturaleza pertenece al régimen de seguridad social en pensiones.

Así las cosas, como la norma reglamentada no incurre en la vulneración que aduce el demandante, la disposición que la desarrolló fielmente tampoco (artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 2001).

Por todo lo anterior, al no aparecer demostrada alguna causal de nulidad del Decreto Reglamentario 824 de 2001 se denegarán las pretensiones de la demanda, pero se ordenará estarse en lo resuelto en la sentencia de 14 de julio de 2005, dictada dentro del radicado 11001-03-25-000-2001-00328-00(5225-01), de conformidad con lo establecido en el artículo 175 del C.C.A., en cuanto a la *causa petendi* relacionada con la vulneración del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política por el presunto exceso de la facultad reglamentaria del Presidente de la República.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: ESTARSE a lo resuelto en la sentencia del 14 de julio de 2005, con radicación 11001-03-25-000-2001-00328-00(5225-01), C. P. Ana Margarita Olaya Forero (E), al pronunciarse sobre la vulneración del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política en relación con la facultad reglamentaria del Presidente de la República al expedir el Decreto 824 de 11 de junio de 2001.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad contra el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 11 de junio de 2001, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: ORDENAR EL ARCHIVO de las presentes diligencias.

La anterior decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y NOTIFÍQUESE

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

