

124421872

37

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cito N.U.R. **210-3-10874**, 26/08/2002 11:31 a.m.
Trámite: 435-CONSULTA
19629 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 13, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 219 GERENCIA SECCIONAL VII (ARMENIA)
Copia A: GERENCIAS SECCIONALES, 210 AUDITORIA DELEGADA

110.030.2002

Bogotá D.C.,

OJ110

PARA: Dra. Martha Cecilia Correa Bedoya
GERENTE SECCIONAL VII

DE: Juan Fernando Romero Tobón
DIRECTOR OFICINA JURÍDICA

REFERENCIA: NUR 219-3-386/435/03
Consulta sobre pasivo laboral de la Contraloría Municipal de Manizales.



Apreciada doctora,

En atención a su memorando de fecha 25 de julio del año en curso, en el cual se inquiriere sobre el tema mencionado en el epígrafe, esta oficina, en desarrollo de la función conceptual asignada, encuentra pertinente efectuar el siguiente análisis:

1. Sistema General de pensiones - algunas generalidades

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se hizo imperativa la adecuación normativa en materia social en los términos y bajo los principios contemplados en el artículo 48 *ib.* Como es ampliamente conocido, la Ley 100 de 1993 implementó un régimen de seguridad social con pretensión de integralidad, conformado por:

- El sistema general de pensiones,
- El sistema de seguridad social en salud y,
- El sistema general de riesgos profesionales.

El Sistema General de Pensiones establecido mediante la mencionada ley, ofrece a los trabajadores, además del régimen de prima media con prestación definida, la alternativa del ahorro y capitalización individual, retomando así, el modelo de privatización de la seguridad social

concepto 110.030.2002


12

adoptado en Chile durante la dictadura. Así lo prevé el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 cuando dispone:

Regímenes del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

- a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
- b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En el primero, los aportes de los afiliados y los empleadores, así como sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, el cual está destinado al pago de las pensiones que se causen. El monto de la pensión, la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización son preestablecidos y no admite cotizaciones voluntarias ni pensiones anticipadas (artículo 4° del Decreto 692 de 1994).

En el segundo, los afiliados tienen una cuenta individualizada, en la cual se abona el valor de sus cotizaciones y las de su empleador, las cotizaciones voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado, cuando haya lugar a ellos, más todos los rendimientos financieros que genere la cuenta individual. El monto de la pensión es variable dependiendo de factores tales como el monto acumulado de la cuenta, la edad a la cual decida retirarse el afiliado, la modalidad de la pensión, el número de semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros. (Artículo 5° del Decreto 692 de 1994). El rasgo de solidaridad, del cual estaría carente un sistema como el propuesto pues se funda en el ahorro personalizado, parece encontrarse en el punto de solidaridad que están obligados a pagar quienes devenguen más de cuatro salarios mínimos y el cual se destine al Fondo de Solidaridad Pensional. Cabe advertir que dicha característica es común al régimen de prima media con prestación definida.

Del mismo modo, los artículos 52 y 90 de la ley mencionada, determinan las entidades a cuyo cargo está la administración de cada uno de estos regímenes. Así pues, el Instituto de Seguros Sociales administra el régimen solidario de prima media con prestación definida, mientras el régimen de ahorro individual con solidaridad es administrado por

sociedades administradoras de fondos de pensiones creados, por autorización de la ley, para tal fin.

Previendo la flexibilidad de este sistema dual así como la posibilidad de libre escogencia, dicha normatividad estableció, así mismo, el traslado de un régimen a otro tal y como se lee en el capítulo I del Título IV de la Ley 100, en donde uno de los vértices fundamentales lo constituye la expedición de bonos pensionales así como el reconocimiento de cuotas partes.

Es de aclarar que el Sistema General de Pensiones entró en vigencia, por mandato legal el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional y para los servidores públicos departamentales, municipales o distritales, y de sus entidades descentralizadas en la fecha en que así lo haya determinado el respectivo Gobernador o Alcalde, sin que la misma pudiera ser posterior al 30 de junio de 1995. En este punto es conveniente indicar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º del decreto antes anotado, los servidores públicos territoriales continuaban vinculados a la caja, fondo o entidad a la cual se encontraran afiliados, hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo sistema, según disposición del gobernador o alcalde, como quedó anotado anteriormente.

La afiliación de los servidores públicos del orden territorial a uno de los regímenes de pensiones establecidos en la Ley 100 de 1993, surte efectos a partir del primer día del mes siguiente al diligenciamiento del formulario respectivo y, en consecuencia, es responsable del reconocimiento y pago de pensión la entidad administradora de pensiones donde se encuentre afiliado el servidor público, luego de que le sea entregado el respectivo bono pensional (artículo 5º, Decreto 1068 de 1995).

2. Acerca de los bonos pensionales y las cuotas partes

Como ya se indicó uno de los aspectos nodales del régimen de seguridad social gira en torno a la expedición de los denominados bonos pensionales. El artículo 115 de la Ley 100 los define como

[...] aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones.

Estos bonos tienen un valor que se determina de conformidad con los parámetros establecidos por la ley para el efecto y, en ningún caso, podrá ser inferior a las sumas aportadas obligatoriamente para la futura pensión con anterioridad a la fecha en la cual se afilie al nuevo régimen general de pensiones y, deben ser emitidos por el último empleador o entidad pagadora de pensiones o por aquél o aquélla con quien el trabajador tuvo una vinculación más larga. En todo caso, el emisor cobrará la cuota parte que corresponde a los demás empleadores o entidades pagadoras de pensiones; dicha cuota es proporcional al tiempo de servicios o aportes (artículo 119, Ley 100 de 1993, concordante con el artículo 15 del Decreto 1299 de 1994).

De otra parte, en relación con los responsables de emitir los bonos pensionales, el artículo 4° del Decreto Ley 1314 de 1994 establece:

Cuando la obligación de emitir el bono recaiga en caja, fondo o entidad del sector público sustituido por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional o territorial, el bono será emitido por la Nación o la entidad territorial que corresponda. (se subraya).

El legislador, preocupado por esta nueva obligación que surgía para los entes territoriales y que afectaba sus ya disminuidos presupuestos, implementó unos mecanismos de choque para mejorar su capacidad de pago.

Es así como la Ley 549 de 1999 fija normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y dicta otras disposiciones en materia prestacional.

En el mismo sentido la Ley 550 de 1999, establece como un instrumento de intervención estatal los acuerdos de reestructuración aplicables a las entidades territoriales. Tales acuerdos tienen, entre otros, el fin de facilitar la garantía y pago de pasivos pensionales. Sobre el punto, el artículo 58 de la mencionada ley dispone:

Acuerdos de reestructuración aplicables a las entidades territoriales. Las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades, de conformidad con las siguientes reglas especiales:

[...]

7. Con sujeción estricta a la disponibilidad de recursos de la entidad territorial y con el fin de disponer reglas que aseguren la financiación de su funcionamiento, en el acuerdo de reestructuración y en el convenio de desempeño que suscriba la entidad territorial, se establecerá el siguiente orden de prioridad para los gastos corrientes de la entidad territorial, conforme con los montos que para el efecto se prevean en el mismo acuerdo:

- a) Mesadas pensionales;
- b) Servicios personales;
- c) Transferencias de nómina;
- d) Gastos generales;
- e) Otras transferencias;
- f) Intereses de deuda;
- g) Amortizaciones de deuda;
- h) Financiación del déficit de vigencias anteriores;
- i) Inversión.

Para garantizar la prioridad y pago de estos gastos, el acuerdo puede prever que la entidad territorial constituya para el efecto una fiducia de recaudo, administración, pagos y garantía con los recursos que perciba. La determinación de los montos de gasto para cumplir con la prelación de pagos establecida, puede ser determinada para períodos anuales o semestrales en el acuerdo de reestructuración a fin de que pueda ser

revisada en dichos periodos con el objeto de evaluar el grado de cumplimiento del acuerdo. (Se resalta)

Ahora bien, en virtud de tales regímenes así como de las variadas vinculaciones que pueden tener los trabajadores a lo largo de ciclo e historia, la normatividad ha desarrollado el concepto de cuota parte que no es otra cosa que la asunción de responsabilidades a prorrata de las obligaciones patronales existentes. La propia Ley 100, en sus artículos 120 a 124 alude a este fenómeno. El primero de los artículos mencionados alude a su cálculo asociado al bono pensional.

Tanto el bono pensional como la cuota parte aseguran los recursos para el pago de las mesadas pensionales permitiendo definir la responsabilidad en cada eventualidad.

3. El caso *sub-examine*

La transición del régimen pensional anterior al establecido mediante la Ley 100 de 1993 generó, especialmente en las entidades territoriales, preocupación por el manejo del pasivo pensional, lo que condujo a estos entes a la celebración de convenios tales como el *convenio interadministrativo suscrito el 12 de julio de 1996 entre el Municipio y la Contraloría General de Manizales, como consecuencia de la liquidación del fondo de prestaciones sociales y la posterior creación del Fondo de Pensiones Territoriales, se pactó que la entidad de control asumiera el pago de una amplia nómina de pensionados sin recibir cuota parte de las diferentes entidades comprometidas, los cuales pueden lesionar presupuestalmente a las entidades que, pese a que la ley señala los responsables y la forma de asumir estas obligaciones, se arrogan su cumplimiento.*

El aludido fondo fue creado como una cuenta especial sin personería jurídica "asignándole dentro de sus funciones las de sustituir en el pago y cobro de las cuotas partes de pensiones" entre las que se encuentra el cobro de las cuotas partes del municipio. Aparece sustentado en el artículo 2º del Decreto 1296 de 1994, el cual fue desarrollado mediante el decreto municipal 426 de 1995, del que surge el convenio aludido.

Revisado el mencionado convenio, cuyo objeto era establecer el procedimiento para la liquidación, reconocimiento y pago de los

funcionarios de la Contraloría Municipal, se encuentra en el acápite de OBLIGACIONES DE LAS PARTES lo siguiente:

A) DE LA CONTRALORÍA MUNICIPAL

[...]

3.- La Contraloría transferirá, al fondo de pensiones territorial, los recursos necesarios para el reconocimiento y pago de las pensiones que se causen a favor de los funcionarios de la Contraloría con posterioridad a julio 4 de 1991.

4.- Las personas que obtuvieron la pensión de jubilación con posterioridad a julio 4 de 1991 y que adquirieron dicho derecho con servicios prestados a otras entidades públicas o privadas, los valores de las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a julio 4 de 1991 y a la fecha del presente convenio, se concederán así: a) La Contraloría Municipal transferirá al Fondo de Pensiones Territorial del Municipio, el valor correspondiente a las mesadas de sus pensionados, que adquirieron su derecho con posterioridad al 4 de julio de 1991 con el fin de atender su pago. b) El Fondo de Pensiones territorial, asumirá el cobro correspondiente a las cuotas partes pensionales de los pensionados de la Contraloría Municipal que adquirieron su derecho con posterioridad al 4 de julio de 1991, en proporción al tiempo laborado. c) La Contraloría Municipal transferirá al Fondo de Pensiones Territorial del Municipio, el valor de las cuotas partes que le corresponda, por pensionados de otras entidades, que hubieren laborado para la Contraloría con posterioridad al 4 de julio de 1991, en la medida en que se vayan presentando. El fondo Territorial de Pensiones, solicitará a la Contraloría General del Municipio de Manizales, la realización del acto administrativo de reconocimiento de las cuotas partes pensionales. (Se subraya)

Como se puede observar, la obligación de la Contraloría en lo relacionado con la seguridad social integral de sus funcionarios, que por ley le corresponde como empleador, consiste en el pago de sus aportes patronales. En cuanto al pago de pensiones, si bien el acuerdo no es muy claro en su redacción sobre el alcance de esta obligación, debe entenderse en el mismo sentido de la ley que rige la materia, es decir, que la responsabilidad en su pago es proporcional al tiempo laborado en la entidad y se deriva de la normatividad fuente para el mismo. Con base en esta interpretación, no se encuentra entonces que el mismo resulte adverso o nocivo para la Contraloría.

Según se dijo *supra* el acuerdo no es claro sobre el alcance de las obligaciones de la Contraloría, y tampoco contiene motivación para la asunción de las mismas, diferente a la liquidación del fondo de prestaciones sociales del municipio y su sustitución por el fondo de pensiones territorial, pero como se vió, esta circunstancia traslada la responsabilidad al ente territorial. Lo que sí resulta claro es que no se trata de un acuerdo de reestructuración de deuda pública, de los previstos por la Ley 550 de 1999. Sin embargo, pese a las alternativas que la ley ofrece para zanjar estas dificultades presupuestales, municipio y contraloría suscribieron el acuerdo en cuestión en cuyo caso y si existen condiciones particulares que permitían que la Contraloría se hiciera cargo, directamente, de tales obligaciones prestacionales, debe cumplirlas, eso sí, **con arreglo a la normatividad vigente**. Por tanto, debe liquidar las cuotas partes pensionales y en los términos que la ley señala hacer que las demás entidades contribuyan porcentualmente con el bono pensional o las mesadas correspondientes.

En consecuencia, si el funcionario de la Contraloría que adquiere su derecho tiene acceso a un bono pensional y éste debe ser expedido por dicha entidad en razón a ser el último empleador, la Contraloría mantiene intacta la obligación de liquidar las cuotas partes de las demás entidades donde éste haya laborado anteriormente y adelantar las actuaciones pertinentes para que se efectúe la contribución, sin perjuicio del cobro a que está obligado el Fondo de Pensiones Territoriales del municipio derivado del Convenio en estudio.

Así se deduce de la sentencia de tutela que hace parte del material allegado a esta oficina, cuando expresa:

Así, las cosas, para esta Corporación y atendiendo las directrices trazadas por la Corte Constitucional y aplicándolas al asunto materia de estudio, no existe justificación por parte del fondo de Pensiones Territoriales del municipio de Manizales para pagarle al señor BEDOYA CASTAÑO la pensión de jubilación que le fue reconocida, únicamente en proporción a la cuota parte asumida por la Contraloría General del Municipio de Manizales y aplazando -sin cancelarle-, la correspondiente al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, máxime que la Caja Nacional de Previsión Social mediante Resolución N° 01999 del 20 de febrero de 2002, ya aceptó y ordenó el pago de la cuota parte pensional que a esa entidad

correspondía, estando solo pendiente el pago o transferencia de la respectiva suma. [...]

En el anterior orden de ideas, estima la Sala que el fallo emitido por el juez de conocimiento desconoce los derechos fundamentales invocados por el actor y, por lo mismo, habrá de revocarse para, en su lugar, ordenar al municipio de Manizales - Fondo de Pensiones Territoriales-, que en un término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación de la presente providencia, cancele al señor BEDOYA CASTAÑO la pensión de jubilación en la suma y los términos en que le fue reconocida mediante Resolución 048 del 28 de enero de 2002, expedida por el Contralor General del Municipio de Manizales, incluyendo el retroactivo desde el 15 de octubre de 2001, sin perjuicio de que adelante todas las gestiones pertinentes ante la Caja Nacional de Previsión Social para el pago de la cuota parte del bono pensional del actor que ya fue aceptada, por el tiempo laborado al servicio del Fondo Nacional de Caminos Vecinales Regional Caldas.¹ (Se subraya)

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el municipio contaba con un fondo de prestaciones sociales el cual atendía el reconocimiento y pago de cesantías, auxilio de cesantías, seguro mutuo y jubilaciones de los funcionarios de la Contraloría que fue sustituido por el fondo territorial de pensiones del mismo municipio, es el ente territorial quien debe emitir los bonos pensionales a que haya lugar, respecto de funcionarios de la contraloría Municipal, tal como lo dispone el artículo 4º del Decreto ley 1314 de 1994 concordante con el inciso segundo del parágrafo del artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, según quedó indicado.

En este orden de ideas, el pago, por parte de la Contraloría, de sumas que, en virtud de lo anterior, no le correspondería asumir podría generar un eventual detrimento en el presupuesto de la entidad y, en consecuencia, dar lugar a un proceso de responsabilidad fiscal, cuya finalidad sería la de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. (Artículo 1º, Ley 610 de 2000). Pero, como se desprende de lo indicado en aludida

¹ Tribunal Superior de Manizales, radicación T-333 de 23 de abril de 2002.

sentencia, no es el acuerdo el que inhibe a la Contraloría a perseguir ese pago.

4. Las sanciones administrativas fiscales y la acción de responsabilidad fiscal.

Contrario *sensu*, y frente a la situación en comento, no habría lugar a la aplicación de ninguna de las sanciones previstas en la Ley 42 de 1993, por cuanto la finalidad de estas es conminar a los sujetos de control fiscal, a la presentación de la cuenta en la forma y oportunidad señalados por la ley o los reglamentos, tal y como se infiere de la mencionada ley cuando señala, en forma taxativa, las causas para la imposición de sanciones, así:

Artículo 100. Los contralores podrán amonestar o llamar la atención a cualquier entidad de la administración, servidor público, particular o entidad que maneje fondos o bienes del Estado, cuando consideren, con base en los resultados de la vigilancia fiscal que han obrado contrariando los principios establecidos en el artículo 9o., de la presente Ley, así como por obstaculizar las investigaciones y actuaciones que adelanten las contralorías, sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar por los mismos hechos.

Artículo 101. Los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes no comparezcan a las citaciones que en forma escrita les hagan las contralorías; no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas; incurrirán reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes; se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas; de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida; no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías; no cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello.

Ese escenario es, pues, el definido por resistencias a la labor de auditoría que comporta múltiples funciones de investigación y recaudo de material. La sanción fiscal ha sido concebida como el instrumento idóneo para castigar aquellos comportamientos que atenten contra el ejercicio de esta función pública; actualmente y debido a que en aplicación del artículo 267 de la Carta se impuso a los responsables del manejo del erario actuar inspirados en los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales, el legislador, al dar desarrollo a las normas constitucionales, optó por atribuir a los contralores y al Auditor General de la República la facultad de sancionar, no sólo en aquellos eventos en que el gestor fiscal realice actos que representen un entorpecimiento de las funciones asignadas a las contralorías (no suministrar la información requerida, no rendir las cuentas en la forma y oportunidad establecidas, etc.), sino adicionalmente frente a aquellos eventos en que el servidor o el particular responsable del manejo del erario actúe con desconocimiento de los principios que deben regir el uso del recurso público, esto es, incumpliendo sus demás obligaciones fiscales.

A su turno, la fase de la responsabilidad fiscal es aquella en la cual se analizan los elementos propios de la gestión fiscal y no propiamente la colaboración o ausencia de ella en la función auditora. Por ello se indaga a cerca de un daño, una imputación subjetiva² y un nexo causal, elementos asociados con la gestión (entre los que se destaca el recuado de dineros adeudados) y con la relación que se surte entre el auditor y su auditado.

De donde resulta claro que el pago de sumas no debidas o la falta de diligencia en la recuperación de las cuotas partes pensionales, por parte de la Contraloría de Manizales no dará lugar a la aplicación de esta clase de sanciones. Esto sin perjuicio de la investigación disciplinaria que, de configurarse una falta, la autoridad competente deba adelantar.

² Vale la pena destacar que mediante la sentencia C-619 de 2002, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "leve" contenida en los artículos 4º y 53 de la Ley 610 de 2000.

En estos términos se da respuesta a la inquietud formulada, no sin antes señalar que la contestación se realiza con fundamento en lo previsto en el artículo 25 del C.C.A.

Cordial saludo,

Original Firmado Por:
Juan Fernando Romero Tobón
JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

Copia: Auditor Delegado
 Gerencias Seccionales

DayraC.