



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 00148 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Oscar Darío Amaya Navas

Bogotá D.C. ocho (8) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Rad. No.: 11001-03-06-000-2017-00148-00

Número Único. 2352

Actor: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Referencia: Ampliación Concepto 2295

El señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural solicita a esta Sala se aclare y complemente el Concepto No. 2295, para que se resuelvan algunas inquietudes acerca de la aplicabilidad de los mecanismos a través de los cuales se buscaría normalizar el pasivo pensional a cargo del mencionado Fondo Ganadero del Putumayo.

I. ANTECEDENTES

1. Sostiene el señor Ministro que una vez analizado el Concepto, le surgen al MADR algunas inquietudes relevantes acerca de la aplicabilidad de los mecanismos mediante los cuales se buscaría normalizar el pasivo pensional a cargo del Fondo Ganadero.
2. Aduce que de las sentencias de unificación aludidas, la asunción de responsabilidad subsidiaria por parte de la entidad matriz presupone la existencia de una acción judicial previa, la cual no existe salvo lo relacionado con el proceso de liquidación judicial que adelanta la Supersociedades.
3. Refiere que la gran mayoría del pasivo pensional del Fondo Ganadero del Putumayo no está consolidado. Que de acuerdo a las notas 5 y 6 de los Estados Financieros del Fondo con corte a 31 de diciembre de 2016, el pasivo pensional registra dos acreedores de pensión sanción y ochenta y uno de bonos pensionales.
4. Manifiesta que el MADR no conoce que este cursando, hasta este momento, ninguna clase de acción judicial encaminada a declarar la responsabilidad subsidiaria de las obligaciones pensionales del Fondo Ganadero del Putumayo, en razón a que la liquidación o la insolvencia de la sociedad haya sido producida por dicho Ministerio, en su calidad de entidad controlante. Explica que solo tiene conocimiento de tres procesos judiciales, ante despachos laborales contra la sociedad en liquidación y el MADR, los cuales no tienen competencia para conocer de la responsabilidad prevista en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, y en uno de esos procesos se profirió sentencia de primera instancia absolviendo al Ministerio.
5. Sostiene que para efectos de determinar el análisis de responsabilidad subsidiaria, no resulta claro si la misma calificación y protección cobijaría a los bonos pensionales que no son exigibles, en los casos en que los ex - trabajadores no cumplen las condiciones de ley.
6. Luego de citar un aparte del Concepto emitido por la Sala, referido a la valoración del grado de responsabilidad del Ministerio, señala que el proceso de liquidación del Fondo Ganadero del Putumayo lleva 9 años, lo que de por sí dificulta dicho análisis de responsabilidad, pues implicaría recaudar suficientes elementos probatorios que permitan concluir, válidamente, y a falta de decisión judicial al respecto, que la entidad controlante y/o sus agentes o administradores fueron responsables de la situación de insolvencia del Fondo Ganadero.
7. Que para arribar a una conclusión, sin que haya mediado una decisión judicial que así lo haya probado y declarado, no basta un análisis directo de los antecedentes inmediatos, sino que habría que surtir una actuación administrativa y además involucraría el análisis de la responsabilidad de los agentes que en su momento representaron al MADR, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, para lo cual es necesario tener claro el marco normativo y el procedimiento a seguir, con base en el cual se pueda llevar a cabo una actuación en tal sentido, ello con el fin de respetar las garantías del derecho al debido proceso y de defensa de los agentes, actuación que buscaría concluir sobre responsabilidades institucionales y personales y eventuales daños antijurídicos que pudieran haber causado.

8. Que una vez adelantada la actuación administrativa antes referida, y se concluyera la procedencia de asumir responsabilidad subsidiaria por el pasivo pensional el concepto indica que en el evento en que el Ministerio tenga que asumir pagos en su condición de accionista para efectos de atender el pasivo pensional del Fondo Ganadero del Putumayo, podrá realizar acuerdos conciliatorios, para que desde el punto de vista presupuesta! la fuente que respalde su reconocimiento y pago lo será el rubro asignado en el presupuesto de dicha entidad para sentencias y conciliaciones.

9. Que dentro del trámite judicial de liquidación de una sociedad, podrían actuar como convocantes de una conciliación, la sociedad a través de su liquidador, o los acreedores, en forma separada o de consuno.

10. Que no obstante se suscitan los siguientes interrogantes: i) La procedencia de la conciliación para resolver el caso, en tanto que el objeto de la misma serían asuntos pensionales, siendo el derecho a la pensión irrenunciable, conforme a los artículos 48 de la Constitución Política, 14 del Código Sustantivo del Trabajo y 3° de la Ley 100 de 1993; ii) Quiénes serían parte de la conciliación, dado que, en el caso particular en su gran mayoría se trata de expectativas pensionales, lo que conllevaría el reconocimiento de bonos pensionales, para cuya definición el MADR no tiene competencia, como quiera que la misma está radicada en el Ministerio de Hacienda y Crédito Públicos, conforme con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1299 de 1994, y este Ministerio no es parte en el proceso de liquidación judicial del Fondo Ganadero del Putumayo y iii) en caso de haber conciliación judicial, no sería procedente el proceso judicial de responsabilidad patrimonial subsidiaria, porque conforme con los artículos 66 de la Ley 446 de 1998, el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta presta mérito ejecutivo, con lo cual cobra mayor importancia el hecho de que, para conciliar, habría que determinar, mediante una actuación administrativa idónea y basada en elementos probatorios al efecto, que efectivamente existen elementos determinantes de responsabilidad del Ministerio.

Con fundamento en lo anterior se solicita complementar y/o aclarar el Concepto emitido para lo cual se formulan las siguientes PREGUNTAS:

1. *¿Cuál es el marco normativo dentro del cual el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debería adelantar el estudio que se recomienda en el concepto que nos ocupa, para determinar si existe su eventual responsabilidad patrimonial frente a la normalización del pasivo pensional a cargo del Fondo Ganadero del Putumayo S.A. en liquidación judicial, que conduzca a una conciliación? ¿Tal marco es el contenido en los artículos 34 a 45 de la Ley 1437 de 2011? ¿Ello implicaría dar aplicación a los artículos 37 y 38 ibídem respecto de los agentes que actuaron en cualquier tiempo en los órganos sociales del Fondo Ganadero del Putumayo en representación del MADR?*

2. *Para el caso particular del Fondo Ganadero del Putumayo, teniendo en cuenta la información y comentarios que se indican en el acápite de Contexto y justificación del presente escrito, ¿Es viable el trámite de conciliación judicial ante la Superintendencia de Sociedades (o ante otra instancia), dentro del proceso de liquidación judicial del Fondo ganadero en cuestión, teniendo en cuenta que se trata de asuntos pensionales, y que la emisión de bonos pensionales es competencia no del MADR sino del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien no es parte en el proceso de liquidación judicial del Fondo Ganadero del Putumayo?*

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: i) Determinación de la responsabilidad de los agentes estatales que actuaron en los órganos sociales del Fondo, iii) La conciliación sobre derechos pensionales.

i) Estudio para determinar la responsabilidad patrimonial respecto del pasivo pensional de quienes participaron en órganos sociales o de administración de una sociedad.

En el concepto que emitió la Sala se puntualizó que tanto el Ministerio de Agricultura como los demás socios del Fondo Ganadero del Putumayo debían establecer cuál era el mecanismo más adecuado para lograr la normalización del pasivo pensional que se encuentran previstos en el Decreto 1270 de 2009.

En el marco de la responsabilidad deben diferenciarse tres clases a saber:

- a) La Responsabilidad de la matriz o controlante
- b) Responsabilidad de los socios
- c) Responsabilidad patrimonial derivada del artículo 90 de la Constitución Política.

Al respecto la Sala debe precisar que en el Concepto 2295 no se determinó que el Ministerio de Agricultura debía responder por el pasivo pensional, sino que se le recomendó que valorara su actuación como socio del Fondo Ganadero del Putumayo con el fin de concretar si le asistía o no alguna responsabilidad o había ocasionado algún daño en relación con el pasivo pensional que adeuda dicha sociedad.

En este sentido, se reitera lo manifestado en el mencionado concepto del veinticuatro (24) de abril de dos mil diecisiete (2017) en cuanto que el Estado podría ser responsable por los daños antijurídicos que ocasione por la acción u omisión de sus agentes conforme a lo previsto en el artículo 90 Constitucional, en este caso; por el obrar de los directivos y administradores de la sociedad, cuando en su gestión hubiesen podido generar perjuicios por el incumplimiento en el pago de las obligaciones pensionales.

responsabilidad patrimonial frente a la normalización del pasivo pensional, el Decreto 1069 del año 2015 "Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", en el artículo 2.2.4.3.1.2.2. definió los Comités de Conciliación en los siguientes términos:

"Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

PARÁGRAFO. La decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Como funciones del Comité de Conciliación se asignaron las siguientes:

"ARTÍCULO 2.2.4.3.1.2.5. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

- 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.*
- 2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.*
- 3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.*
- 4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto.*
- 5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.*
- 6. Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición. (...)"*

Así las cosas, el Comité de Conciliación debe adoptar las directrices relacionadas con la manera en que la entidad asume los litigios en su contra y prever cual es la causa originadora del conflicto, es decir, en desarrollo de la política de prevención del daño antijurídico le compete analizar si existen o no causas que permitan predicar una responsabilidad por parte del Ministerio en la normalización del pasivo pensional.

Las anteriores disposiciones establecen que será el Comité de Conciliación de las entidades el que deberá efectuar el estudio y análisis correspondiente para delimitar si procede o no la conciliación en un asunto específico.

ii) La conciliación sobre derechos pensionales

La seguridad social en materia de pensiones acorde con el artículo 48 de la Constitución Política, se ha concebido como un derecho irrenunciable, lo que significa que cuando un trabajador reúne los requisitos legalmente exigidos para acceder a esta prestación, se hace acreedor a un reconocimiento pleno, derecho que es indiscutible e irrenunciable.

La mencionada garantía de irrenunciabilidad del derecho pensional cuando ya se ha causado, está desarrollado desde el punto de vista legal en el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual es protegido por aquellas disposiciones que regulan el trabajo humano, como lo es la disposición en cita.

Así mismo, el artículo 15 de la referida codificación dispone que no es posible transar los derechos ciertos e indiscutibles.

De otra parte, la Ley 640 de 2001 reguló la conciliación en materia extrajudicial, previendo en su artículo 19, que asuntos son susceptibles de este mecanismo alternativo, dentro de los que se destacan: "las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación (...)"

A su vez, el artículo 28 de la referida Ley consagró la conciliación extrajudicial en derecho y ante qué autoridades puede adelantarse.

Sobre la conciliación judicial en materia laboral el artículo 43 del Decreto 1818 de 1998 puntualizó que una vez iniciado el proceso y en cualquier estado de éste, las partes, cuando hayan logrado las bases de un posible acuerdo, podrán de mutuo acuerdo solicitar al juez de conocimiento el concepto de Sala de Consulta. En el artículo 43 del Código de Procedimiento Laboral.

El Código Procesal del Trabajo prevé en el artículo 19 que la conciliación podrá intentarse antes o después de presentada la demanda.

Por tanto, puede concluirse que cuando un trabajador reúna en su integridad los requisitos para la pensión, nace para este un derecho indiscutible e irrenunciable respecto del cual no es posible celebrar un acuerdo conciliatorio. Ahora bien, cuando la referida situación de derecho no se ha consolidado, la limitación antes enunciada no resulta aplicable y frente a ello es posible realizar un acuerdo conciliatorio.

En materia de conciliación debe precisarse en qué etapa se pretende realizar la conciliación, esto es, si la misma es judicial o extrajudicial y el tipo de acción que se desea adelantar.

De otra parte, en lo que concierne al trámite de liquidación judicial que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades, verificado el procedimiento consagrado en la Ley 1116 de 2006, se advierte que la posibilidad de realizar acuerdos conciliatorios se previó únicamente en el artículo 34 de la aludida Ley, respecto del contenido del acuerdo de reorganización, en el que se estipuló:

"ARTÍCULO 34. CONTENIDO DEL ACUERDO. Las estipulaciones del acuerdo deberán tener carácter general, en forma que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido, y respetarán para efectos del pago, la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley.

(...)

PARÁGRAFO 1. Los acuerdos de reorganización que suscriban los empleadores que tengan a su cargo el pago de pasivos pensionales, deberán incluir un mecanismo de normalización de pasivos pensionales. Dichos mecanismos podrán consistir en la constitución de reservas adecuadas dentro de un plazo determinado, la conciliación, negociación y pago de pasivos, la conmutación pensional total o parcial y la constitución de patrimonios autónomos, todo ello de conformidad con la ley y con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional." (Negrillas y subrayado de la Sala)

De manera que, en principio, puede concluirse que en el trámite de liquidación judicial no existe norma que prevea la posibilidad de celebrar una conciliación.

Finalmente, la Sala debe explicar una vez más que será el Comité de Conciliación quien estudie, analice y haga los respectivos planteamientos sobre la eventual responsabilidad o no, por parte del Ministerio de Agricultura como socio del Fondo Ganadero del Putumayo por el no pago de las obligaciones pensionales por parte de esta sociedad y en desarrollo de una política de prevención del daño antijurídico y con fundamento en las normas legales, además valorar si es procedente o no un acuerdo conciliatorio.

Conforme a lo expuesto la Sala reitera el concepto en cuanto a la sugerencia de analizar la posible responsabilidad si así lo considera.

Con fundamento en las precedentes consideraciones,

La Sala RESPONDE:

1. ¿Cuál es el marco normativo dentro del cual el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debería adelantar el estudio que se recomienda en el concepto que nos ocupa, para determinar si existe su eventual responsabilidad patrimonial frente a la normalización del pasivo pensional a cargo del Fondo Ganadero del Putumayo S.A. en liquidación judicial, que conduzca a una conciliación? ¿Tal marco es el contenido en los artículos 34 a 45 de la Ley 1437 de 2011? ¿Ello implicaría dar aplicación a los artículos 37 y 38 ibídem respecto de los agentes que actuaron en cualquier tiempo en los órganos sociales del Fondo Ganadero del Putumayo en representación del MADR?

El marco normativo para definir si existe o no responsabilidad del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en la normalización del pasivo pensional del Fondo Ganadero del Putumayo es el previsto en el Decreto 1069 de 2015, artículos 2.2.4.3.1.2.2. y 2.2.4.3.1.2.5, frente a lo cual corresponde al Comité de Conciliación del Ministerio adelantar el estudio pertinente para determinar y evaluar si existe una eventual responsabilidad de la entidad por el no pago del pasivo pensional en el Fondo Ganadero del Putumayo, en el que se deberán observar las normas sustantivas y procedimentales vigentes así como las pautas jurisprudenciales sobre la materia para decidir si hay lugar a formular un acuerdo conciliatorio ya sea judicial o extrajudicial y fijar si el mismo es procedente, en aplicación de la prevención del daño antijurídico.

2. Para el caso particular del Fondo Ganadero del Putumayo, teniendo en cuenta la información y comentarios que se indican en el acápite de Contexto y justificación del presente escrito, ¿Es viable el trámite de conciliación judicial ante la Superintendencia de Sociedades (o ante otra instancia), dentro del proceso de liquidación judicial del Fondo ganadero en cuestión, teniendo en cuenta que se trata de asuntos pensionales, y que la emisión de bonos pensionales es competencia no del MADR sino del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien no es parte en el proceso de liquidación judicial del Fondo Ganadero del Putumayo?

Teniendo en cuenta la normatividad que regula el proceso de liquidación judicial - Ley 1116 de 2006, expresamente no se consagra la posibilidad de una conciliación; no obstante puede hacerse uso de ella acudiendo a lo normado en el artículo 34 de la referida ley, esto es, respecto del acuerdo de reorganización.

En lo relativo a la celebración de la conciliación ante otra instancia deberá establecerse si la misma es judicial o extrajudicial y la clase de acción que se pretenderá ejercer.

antijurídico, analizar y evaluar la posibilidad de un acuerdo conciliatorio, según la responsabilidad que le pueda asistir o no, por el no pago de las obligaciones pensionales del Fondo Ganadero del Putumayo.

Remítase al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

| | |
|--|--|
| OSCAR DARIO AMAYA NAVAS Presidente de la Sala | GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR Consejero de Estado |
|--|--|

| | |
|---|--|
| EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ Consejero de Estado | ÁLVARO NAMÉN VARGAS Consejero de Estado |
|---|--|

LUCIA MAZUERA ROMERO

Secretaria de la Sala

13 JUN 2018, levantada la reserva legal mediante oficio No. 20181140093111 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Fecha y hora de creación: 2026-06-09 23:14:30