

MEMORANDO
OAJ –2022220000040633

PARA: Eduardo Elías Barcha Bolívar
Vicepresidente de Fondos en Administración

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica

FECHA: Junio 24 de 2022

ASUNTO Aplicación retrospectiva de un reglamento operativo
Radicados – 2022-7000-0002770-3 y 2022-7000-0003401-3

Cordial saludo,

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿De qué manera puede aplicarse un reglamento a situaciones jurídicas que surgieron con anterioridad a su expedición?

2. MARCO NORMATIVO

- **Constitución Política**

“**ARTICULO 6o.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

- **Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**

“**ARTÍCULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES.** En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

- **Código Civil**

“**ARTICULO 11. OBLIGATORIEDAD DE LA LEY - MOMENTO DESDE EL CUAL SURTE EFECTOS.** La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación.”

“**ARTICULO 1603. EJECUCION DE BUENA FE.** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

“**ARTICULO 2155. RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO.** El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga.”

“ARTICULO 2157. LIMITACION DEL MANDATO. El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo.”

3. CONSIDERACIONES

Aspectos Generales

Las consultas contenidas en los radicados 2022-7000-0002770-3 y 2022-7000-0003401-3 dan cuenta de un interrogante en común que gira en torno a si resulta viable dar curso a modificaciones de los reglamentos operativos que sean vinculantes para beneficiarios cuyas obligaciones surgieron con antelación a las modificaciones que se pretenden introducir por parte de la junta administradora.

En el primer caso, tenemos el Convenio 1467-2015 del Fondo Mejorar la Educación Inicial con plazo de ejecución vigente hasta el 30 de junio de 2024, según el área consultante y del cual refieren que cuenta con 57 beneficiarios activos de 105 en total, 48 de ellos han sido condonados exitosamente y entre los restantes, hay 7 casos específicos que presentan inconvenientes con el cumplimiento del requisito de condonación anteriormente mencionado, dado que su situación laboral se vio afectada con la pandemia - COVID 19, en algunos casos porque prescindieron de sus cargos y en otros, fueron trasladados de la modalidad inicial a la sección de primaria, impidiendo cumplir con los 2 años de labor requeridos (contados a partir desde la obtención del título de grado) en el marco de la modalidad inicial (transición, jardín y pre-jardín).

El segundo caso materia de consulta, refiere la problemática que viene suscitándose con los beneficiarios del programa ser pilo paga en sus diferentes versiones que desean retomar los beneficios de este programa y, en consecuencia, generan situaciones administrativas de diversa índole, entre ellas predominantemente, la atinente a la condonación, recaudo de cartera y giros retroactivos.

Vale la pena precisar que los interrogantes planteados en la consulta, de orden meramente técnico, son del resorte de la junta administradora del fondo, y en tal virtud esta Oficina no es la llamada por vía de un concepto a indicar cómo debe proceder el constituyente en cada situación excepcional que se le presente, por lo que, el alcance de este concepto se concentrará en indicar cómo hacer vinculantes para los estudiantes que requieran retomar los beneficios del programa ser pilo pago, y del Fondo Mejorar la Educación Inicial, los planes, beneficios y políticas que determine el constituyente en procura de garantizar la condonación de la totalidad de los créditos adjudicados a estudiantes con menores recursos económicos y destacados puntajes en las Pruebas de Estado del programa en sus cuatro versiones.

La solución propuesta

A efectos de solucionar la problemática, se pueden considerar 2 alternativas:

1. Que la Junta Administradora del Fondo, en tanto órgano competente para expedir o modificar el reglamento operativo vigente, inaplique las disposiciones del mismo que imposibilitan el proceso de condonación de créditos, la realización de giros de períodos, entre otras novedades, y proceda a resolver ad-hoc los casos concretos de los actuales beneficiarios, de manera que se posibilite la mencionada condonación, a continuación

de lo cual expida una modificación general del reglamento operativo vigente para los futuros beneficiarios.

2. Que la Junta Administrativa del Fondo expida una modificación general del reglamento operativo vigente, que resulte aplicable tanto a los actuales como a los futuros beneficiarios, y al amparo de esa modificación, continúe y finiquite el proceso de condonación de créditos y demás novedades de los créditos.

A esos efectos, se consulta cuál de las dos alternativas presenta mayor viabilidad jurídica.

La aplicación de reglas ad-hoc para resolver los casos concretos viola el principio de inderogabilidad singular del reglamento

La primera de las opciones propuestas, trae consigo inaplicar para los casos concretos de los actuales beneficiarios, las disposiciones del reglamento operativo vigente que imposibilitan el proceso de condonación de créditos, y en su lugar, proceder a tal condonación de manera ad-hoc por parte de la Junta Administradora del Fondo para resolver esos casos concretos, sólo a continuación de lo cual se procederá a expedir una modificación general del reglamento operativo, que será aplicable a los futuros beneficiarios.

Sin embargo, el derecho administrativo, en atención al principio de inderogabilidad singular del reglamento, impide a la administración apartarse, para casos particulares, de las propias reglas que ella expide, mediante el desconocimiento de un acto de carácter general, así sea por el mismo funcionario u órgano autor de aquel.

El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos ha sido reconocido en Colombia por el Consejo de Estado, quien al respecto ha sostenido:

“Así las cosas, para la Sala resulta claro e incontrovertible que el mal entendido ejercicio de las facultades por parte del Director Ejecutivo de la CVC, así tal ejercicio haya sido convalidado por el Consejo Directivo de este organismo al proferir la Resolución No. D.E. 3729 y consagrar en su artículo 3o., literal d) las modificaciones a que se ha hecho referencia en el cuerpo de esta providencia, enunciadas en la causa petendi de la demanda y en el memorial de apelación de la sentencia, quebrantó norma de superior jerarquía. En otro giro, que mediante un acto administrativo de índole particular violó la regla general del Acuerdo tantas veces aludido, en abierto desconocimiento del principio de jerarquía normativa que impone a la administración el deber de sujetarse a las propias reglas que ella expide. Un acto de carácter general no puede ser desconocido en un caso particular así sea por el mismo funcionario u órgano autor de aquel en virtud del principio que se denomina en la doctrina como la inderogabilidad singular de los reglamentos.”¹

Este principio consiste en que los actos administrativos generales, o reglamentos, que tienen vocación de permanencia en el tiempo, y que se aplican a un número indeterminado de personas o supuestos, no pueden, mientras estén vigentes, dejar de aplicarse a casos concretos -o hacerlo de manera diferente a lo que disponen- porque en tal evento se lo deroga para un evento singular -es decir, único, aislado, ocasional, puntual- alterando su principio interno, que dispone que rige de forma idéntica, siempre.²

Tenemos entonces que si bien la Junta Administradora tiene la atribución para derogar sus reglamentos, esta no puede interpretarse como una patente de corso para desconocer el

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991) Radicación número: 1244

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejero: Enrique Gil Botero Bogotá D.C., veinte (20) de marzo dos mil doce (2012) Rad.: 11001032800020110000300 Actor: Ferleyn Espinosa Benavides Demandado: Viviane Aleyda Morales Hoyos Acción: Electoral ACLARACIÓN DE VOTO

principio de legalidad en el sentido de desconocer o pasar por alto el reglamento en los casos concretos.

La aplicación de la modificación del reglamento operativo tanto a actuales como a futuros beneficiarios, es viable en virtud del principio de retrospectividad de la norma

Desde el punto de vista de la aplicación de la Ley en el tiempo, la jurisprudencia ha diferenciado los conceptos de retroactividad y retrospectividad. Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado que la *“ley tiene efectos de retroactividad cuando se aplica a situaciones jurídicas subjetivas consolidadas antes de su vigencia. Salvo casos excepcionales las leyes no pueden ser aplicadas en esta modalidad. Se dice que la ley tiene efectos retrospectivos cuando la aplicación toma en cuenta situaciones no consolidadas antes de su vigencia.”*³

La Sala de Consulta y Servicio Civil de la mentada corporación ha sostenido que, a diferencia de las situaciones consolidadas o definidas bajo el imperio de una ley anterior, sobre las cuales rige un principio general de irretroactividad, se puede aceptar que la nueva ley gobierne no sólo las situaciones jurídicas nacidas a partir de su entrada en vigencia, sino también los efectos jurídicos presentes y futuros de aquellas nacidas bajo una ley anterior (retrospectividad)⁴.

En relación con su procedencia, dicha Sala ha señalado que i) todas las leyes se aplican hacia el futuro a partir de su vigencia, ii) no pueden desconocer derechos adquiridos o situaciones consolidadas, y iii) producen efectos de manera inmediata sobre las meras expectativas y las situaciones en curso⁵.

En la misma línea, la Corte Constitucional ha sostenido que *“mientras la retroactividad se refiere a la aplicación de la ley a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de normas derogadas, la retrospectividad es un efecto connatural a todas las regulaciones jurídicas y versa sobre su aplicación respecto de asuntos que, si bien estaban regulados por la ley derogada, no generaron situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, sino que se mantienen a la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que se incorporan integralmente a dicha regulación, sin importar el estado en el que se encuentran. En este orden de ideas, la retrospectividad implica una simple modificación de las situaciones jurídicas no consolidadas al amparo de una ley, como consecuencia de un tránsito normativo.”*⁶

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, ha señalado que si bien es cierto que el legislador descartó en general que la ley fuera retroactiva –principio que, dicho sea de paso, no es absoluto, al punto que la Ley 153 de 1887 derogó expresamente el artículo 13 del C.C., que lo establecía-, no lo es menos que, también, por regla, consagró el postulado de vigencia inmediata de la ley, la cual, rigiendo hacia el futuro, cobija necesariamente las situaciones jurídicas en curso, esto es, aquellas que venían desarrollándose con anterioridad a su promulgación y que continúan ejecutándose bajo su imperio, que es a lo que en Colombia la doctrina y la jurisprudencia han denominado retrospectividad⁷.

Observancia al principio de proporcionalidad

De optar por acoger esta línea de interpretación, desde tomarse en consideración que la expedición de un nuevo reglamento operativo debe garantizar su sujeción de

3 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Providencia del 31 de octubre de 1995, expediente 1438.

4 CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 11 de diciembre de 2014. Radicado No 2233.

5 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 27 de julio de 2011. Radicado No 2064

6 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-068 de 2013

7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de octubre de 2005. Magistrado Ponente: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. Expediente No. 08001-31-10-004-2000-00591-01

proporcionalidad, toda vez que, al margen del régimen jurídico al cual se halla sujeto el convenio, la Junta Administradora está integrada por servidores públicos que lo expiden al amparo del convenio pero en ejercicio de funciones administrativas, lo cual supone el cumplimiento del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo -CPACA-, de acuerdo con el cual, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Recordemos que, una competencia administrativa es discrecional cuando la autoridad administrativa, en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión, es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la norma jurídica. Por el contrario, estamos en presencia de una competencia reglada cuando la norma jurídica ha previsto expresamente y de manera anticipada la conducta que, frente a determinadas situaciones de hecho, debe asumir la administración.

En otras palabras, equivale a decir que se debe asegurar por parte de la Junta Administradora que las modificaciones al reglamento operativo partan de la situación fáctica que actualmente acaece, estén orientadas y sean idóneas para alcanzar el fin último que nos concierne, que es ejecutar efectivamente la finalidad del convenio.

Respeto al principio de confianza legítima

Recordemos que existe el deber del Estado de no defraudar la confianza legítima de los Administrados, de manera súbita e intempestiva, de manera tal que se impida a estos acomodar sus expectativas y su situación al nuevo escenario.

En este orden de ideas tenemos que, cualquier modificación al reglamento operativo demanda para la Junta Administradora la carga de analizar cuando menos, si existen expectativas legítimas creadas por la administración, esto es, si por actos o promesas de la administración se indujo a los particulares a creer que la sujeción a un proceso o a unas reglas de juego definidas habría de producir determinadas consecuencias. De igual forma habrá que analizar si existen razones de interés general que obliguen a la administración a defraudar dicha confianza, y de ser así, y en aplicación del principio de protección, deberá adoptar las medidas necesarias para evitar que la modificación reglamentaria sea brusca e intempestiva, lo que a menudo supone conferirle a los afectados un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.

Así las cosas, presentamos las siguientes conclusiones, recordando que el alcance de este concepto no es obligatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en tal virtud, constituye criterio auxiliar de interpretación:

4. CONCLUSIONES

1. A partir de las consideraciones y problemáticas expuestas, esta Oficina atina a interpretar que, resulta jurídicamente viable, si a bien lo tiene la Junta Administradora del Fondo, dar curso a una modificación del reglamento operativo tanto a actuales como a futuros beneficiarios, en virtud del principio de retrospectividad de la norma, toda vez que se estaría aplicando a relaciones jurídicas vigentes y en curso, pese a haberse originado antes de su entrada en vigencia, y no se violaría el principio de inderogabilidad singular del reglamento, en tanto se modificaría el reglamento operativo de manera general y abstracta y el nuevo reglamento sería aplicable a todos los beneficiarios presentes y futuros, y no solo a casos particulares.

2. De acogerse esta interpretación por parte de la Junta Administradora de cada fondo, podría dar curso a regular de manera general y en un nuevo reglamento operativo, las situaciones jurídicas particulares que hoy día no tiene la posibilidad de resolver con la normativa vigente. Eso sí, tomando siempre en consideración que, al ser el reglamento operativo una norma derivada no puede contravenir los términos, alcances y finalidades del convenio que le dio origen y debe observar principios como el de proporcionalidad y confianza legítima.

Cordialmente,



ANA LUCY CASTRO CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Ricardo Cortés Pardo

Datos Abiertos