

JUICIO DE LEGALIDAD - Debe realizarse según las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de la expedición del acto / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Primera, de 27 de mayo de 2010, Radicación 25000-23-27-000-2005-01869-01, C.P. Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.

DEMANDA – Constituye el marco de la litis / CONCEPTO DE VIOLACIÓN – Constituye el marco dentro del cual puede moverse el juez administrativo / JUSTICIA ROGADA – Alcance / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Primera, de 2 de marzo de 2017, Radicación 08001-33-31-004-2011-00660-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO – Objeto / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA - Objeto / COMPETENCIA DE ASAMBLEA DEPARTAMENTAL – Para crear Empresas Industriales y Comerciales del nivel departamental / COMPETENCIA DE ASAMBLEA DEPARTAMENTAL – Para autorizar la formación de Sociedades de Economía Mixta

[E]l ordenamiento jurídico, para los eventos en que los departamentos quisieren desarrollar actividades industriales y comerciales, previó unas estructuras para llevarlas a cabo, que denominó empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales deberían contar con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente. Ahora bien, esta Sala debe señalar que pese a que las actividades industriales y comerciales del Estado pueden ser desarrolladas igualmente por las sociedades de economía mixta, es necesario hacer referencia a la Sentencia C-316 de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, proferida por la Corte Constitucional, que declaró la inexecutable de la expresión «sociedades de economía mixta» contenida en el inciso primero del artículo 6° de la Ley 643 de 2001, tras considerar que tratándose del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, cuando su operación se hace de manera directa, no puede ser posible hacerlo a través de una sociedad de economía mixta. [...] Aplicados los conceptos esbozados por la Corte Constitucional para el monopolio rentístico de licores destilados, no es posible que las sociedades de economía mixta puedan ser consideradas como una estructura jurídica acorde con el ordenamiento jurídico que pueda ser empleada por los departamentos para explotar directamente el precitado monopolio.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Quinta, de 4 de junio de 2009, Radicación 73001-23-31-000-2008-00032-01, C.P. Filemón Jiménez Ochoa.

MONOPOLIO DE LICORES DESTILADOS – Objeto / MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LICORES DESTILADOS – Se ejerce directamente por el departamento a través de Empresas Industriales y Comerciales / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO – Naturaleza jurídica / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA – Naturaleza jurídica / MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LICORES DESTILADOS – No puede ser operado a través de Sociedades de Economía Mixta / MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LICORES EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA - Comercialización, introducción y venta de la producción de licores / MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LICORES EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – Debe ser operado a través de una

Empresa Industrial y Comercial / SENTENCIA - Efectos ex tunc / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Efectos

[E]l Departamento de Antioquia no puede continuar desnaturalizando el régimen jurídico que le corresponde a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, siguiendo lo expuesto en esta decisión judicial, en la medida en que ha decidido, siguiendo para el efecto la Ley 1816 de 2016, ejercer directamente el monopolio sobre la producción de licores destilados a través de su propia industria licorera. Al respecto es menester indicar que la Ley 1816 de 2016, establece como modalidades del ejercicio del monopolio de licores destilados por los departamentos, la de producción y la de introducción y dentro de la primera modalidad, esto es, la de producción se contempla para su ejercicio, las siguientes formas: «[...] 3.1. Monopolio sobre la producción de licores destilados. [...] El monopolio sobre la producción de licores destilados se ejercerá directamente, o indirectamente: Ejercicio directo del monopolio de producción: Producción a través de su propia industria licorera. A través del sistema de maquila: producción de licores sobre los que el departamento contratante ostente la titularidad de la propiedad industrial. Ejercicio indirecto del monopolio de producción: A través de la suscripción de contratos que permitan temporalmente que la producción sea realizada por terceros [...]». Así las cosas, se exhortará a la Gobernación del Departamento de Antioquia para que en un término máximo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente a la firmeza de esta providencia judicial, realice los trámites pertinentes para que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia adopte la organización y estructura jurídica que corresponde al desarrollo de las actividades industriales y comerciales que lleva a cabo, esto es, la producción, comercialización y venta de licores, alcoholes y productos afines, al amparo del monopolio rentístico sobre la producción de licores destilados, que ente territorial ha decidido implementar. Lo anterior, sin perder de vista lo expuesto en la Sentencia C-316 de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, proferida por la Corte Constitucional. Para esta Sala, si bien las disposiciones que regulan el monopolio rentístico de licores destilados no establecieron la estructura que debían adoptar las licoreras departamentales, para el evento del ejercicio directo del monopolio sobre la producción de licores destilados, es posible evidenciar de la lectura del artículo 6° de la Ley 643 de enero de 6 de 2001, «[...] Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar [...]», que los departamentos y el Distrito Capital, operan este monopolio directamente «[...] por intermedio de las empresas industriales y comerciales y sociedades de capital público establecidas en la presente ley para tal fin [...]», creándose incluso la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud, Etesa, cuyo objeto era la explotación «[...] como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad [...]», entidad que fue posteriormente remplazada por la «[...] Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, denominada COLJUEGOS [...]», lo que quiere indicar que son dicho tipo de empresas, las estructuras jurídicas adecuadas para la explotación de los monopolios rentísticos previstos en el ordenamiento jurídico.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Secciones Segunda y Cuarta, de 10 de diciembre de 2015, Radicación 17001-23-33-000-2013-00109-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; 30 de junio de 2005, Radicación 11001-03-25-000-2002-00086-01, C.P. Ana Margarita Olaya Forero; 30 de agosto de 2016, Radicación 76001-23-31-000-2006-03720-01, C.P. Hugo Fernando Bastidas

Bárceñas; y Corte Constitucional, sentencia C-316 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO / CÓDIGO DE COMERCIO / DECRETO 1050 DE 1968 / LEY 489 DE 1998 / LEY 14 DE 1983 / LEY 1816 DE 2016 / CÓDIGO DE RÉGIMEN DEPARTAMENTAL / DECRETO 1983 DE 2001

NORMA DEMANDADA: DECRETO 625 DE 1968 (20 de agosto) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 2 (No anulado) / DECRETO 625 DE 1968 (20 de agosto) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 4 (No anulado) / DECRETO 449 DE 1973 (5 de abril) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 1 (No anulado) / DECRETO 2865 DE 1996 (19 de julio) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 42 NUMERAL 1.1 (Anulado) / DECRETO 4698 DE 1996 (11 de septiembre) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 1 (No anulado) / DECRETO 4698 DE 1996 (11 de septiembre) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 2 (No anulado) / DECRETO 1394 DE 2000 (20 de junio) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 11 (Anulado) / DECRETO 1983 DE 2001 (6 de noviembre) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 14 (Anulado) / DECRETO 2102 DE 2001 (6 de noviembre) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 6 (Anulado) / DECRETO 2202 DE 2001 (28 de noviembre) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 6 (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-93419-01

Actor: JOSÉ GABRIEL VELÁSQUEZ SÁNCHEZ, BERNARDO RAMÍREZ ZULUAGA Y MANUEL ANTONIO MUÑOZ URIBE

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Referencia: Naturaleza jurídica de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, señores **Manuel Antonio Muñoz Uribe** y **José Gabriel Velásquez Sánchez**, contra la sentencia del 10 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de

Antioquia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad, fue presentada por los señores **José Gabriel Velásquez Sánchez, Bernardo Ramírez Zuluaga y Manuel Antonio Muñoz Uribe** en contra del Departamento de Antioquia.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda¹

Los señores **José Gabriel Velásquez Sánchez, Bernardo Ramírez Zuluaga y Manuel Antonio Muñoz Uribe**, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitaron la nulidad de los artículos 2° y 4° del Decreto 625 de 20 de agosto de 1968², del artículo 1° del Decreto 449 de 5 de abril de 1973³, del artículo 42 del Decreto de 2865 de 19 de julio de 1996⁴, de los artículos 1° y 2° del Decreto 4698 de 11 de septiembre de 1996⁵, del artículo 11 del Decreto 1394 de 20 de junio de 2000⁶, del artículo 14 del Decreto 1983 de 10 de octubre de 2001⁷, del artículo 6° del Decreto 2102 de 6 de noviembre de 2001⁸ y del artículo 6° del Decreto 2202 de 28 de noviembre de 2001⁹, decretos expedidos por el Gobernador del Departamento de Antioquia, en cuanto adscribieron la **Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia** a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, en lugar de constituirla como una empresa industrial y comercial del departamento (pretensión 1.1), lo que a su vez trae como consecuencia que sus trabajadores sean considerados como empleados públicos y no como trabajadores oficiales (pretensión 1.2).

I.1.1.- Los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda

¹ Folios 1-16, cuaderno 1.

² «Por el cual se reorganiza la Secretaría de Hacienda y la Superintendencia de Rentas»

³ «Por el cual se hace uso de una facultad ordenanzal»

⁴ «Por el cual se definen las unidades administrativas que conforman los organismos de la Administración Central del Departamento y se dictan otras disposiciones».

⁵ «Por medio del cual se asigna la planta de cargos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia».

⁶ «Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica para la Administración Departamental, se define las unidades administrativas que conforman los organismos, se define la planta de cargos globalizada y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental - Nivel Central, su respectiva planta de cargos».

⁷ «Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica de la Administración Departamental del orden central, se definen las unidades administrativas que conforman los organismos, la planta de cargos globalizada, y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental, su respectiva planta de cargos».

⁸ «Por medio del cual se aclara el Decreto número 1983 del 10 de octubre de 2001».

⁹ «Por medio del cual se actualiza el Manual Específico de Funciones y de Requisitos de los cargos, de los niveles: Profesional, Técnico y Tecnológico, Administrativo y Asistencial, y Operativo y Auxiliar, adscritos a los diferentes Organismos de la Administración Departamental del orden central».

Los demandantes relataron que la historia de la actual **Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia** se remonta a la época colonial, para luego hacer referencia a la Ordenanza 38 de 28 de abril de 1919, proferida por la Asamblea Departamental de Antioquia, la cual dispuso que:

«[...] de conformidad con la Ley 8ª de 1909, “La Renta de Licores monopolizados continuará siendo departamental. Esta renta comprende: la producción, rectificación, conservación y venta del aguardiente de caña y sus compuestos...” [...]».

Luego hizo referencia a la expedición de los actos administrativos demandados, señalando, en relación con cada uno de ellos, lo siguiente:

«[...] 2.4. Por Decreto número 625, de agosto 20 de 1968, el Gobernador del Departamento de Antioquia, invocando la Ordenanza 12 de 1967, reorganizó la Secretaría de Hacienda y la Superintendencia de Rentas, adscribiendo la Fábrica de Licores de Antioquia a la Secretaría de Hacienda; para esto último, la ordenanza no otorgó facultad.

2.5. Por Decreto 0449, de 5 de abril de 1973, el Gobernador de Antioquia, invocando la Ordenanza número 57 de 1972 adscribió la Fábrica de Licores de Antioquia “a la Secretaría de Hacienda y por su conducto al Despacho del Gobernador”, pero sin que la ordenanza hubiera otorgado facultad para ello.

2.6. Invocando “sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por la Ordenanza 6E del 27 de febrero de 1996”, el Gobernador de Antioquia expidió el Decreto 2865, de 19 de julio de 1996 [...] En este decreto la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, de acuerdo a su artículo 42, quedó incorporada a la Secretaría de Hacienda como parte de su “ESTRUCTURA ORGÁNICA”. La ordenanza invocada no otorgó al Gobernador facultad para ello, pero es que, de todos modos, el decreto quedó viciado de inconstitucionalidad sobreviniente y de ilegalidad.

2.7. Por Decreto 4698 de 11 de septiembre de 1996, el Gobernador de Antioquia, invocando supuestas “atribuciones constitucionales y legales” asignó la planta de cargos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia”.

2.8. Nuevamente, invocando “sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por la ordenanza número 040, del 23 de diciembre de 1999, determinó “la nueva estructura orgánica para la Administración Departamental”; de nuevo adscribió la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia a la Secretaría de Hacienda y dependiendo directamente del Despacho del Gobernador, sin que tuviera ninguna autorización para ello.

2.9 Como lo explicaremos el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 30 de junio de 2005,

proferida en proceso instaurado por el mismo Departamento de Antioquia, inaplicó por inconstitucionales los decretos departamentales identificados entre los actos administrativos demandados.

2.10 De nuevo el Gobernador de Antioquia, “en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por la Ordenanza número 011 de 27 de junio de 2001” [...] expidió el decreto (sic) 1983 de 10 de octubre de 2001 [...] Sin ninguna autorización para ello, como en los demás decretos antes relacionados, la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia sigue siendo una dependencia de la Secretaría de Hacienda, pues es una de las que denomina “UNIDADES ESTRATÉGICAS DE GESTIÓN”. (Art. 14).

2.11 Por Decreto 2102, de 6 de noviembre de 2001, invocando las mismas atribuciones anteriores, el Gobernador de Antioquia dice aclarar el Decreto 1983, de 10 de octubre de 2001. La Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia continúa haciendo parte de las “UNIDADES ESTRATÉGICAS DE GESTIÓN” de la Secretaría de Hacienda (art. 6°).

2.12. Por último, mediante el Decreto número 2202, de 28 de noviembre de 2001, el Gobernador de Antioquia [...] “actualiza el Manual Específico de Funciones y de Requisitos de los cargos ...”.[...] Ninguna modificación se hace en relación con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, pues continúa como dependencia de la Secretaría de Hacienda, tal como lo dispuso el Decreto 1983, de 10 de octubre de 2001, aclarado por el 2102, de 6 de noviembre de 2001 [...].».

Destacan que con fundamento en los mencionados actos administrativos que ubican a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia como una simple dependencia de la Secretaría de Hacienda y, por ello, del despacho del Gobernador, y no como una entidad descentralizada y autónoma, se les ha negado la posibilidad de negociar los pliegos de peticiones que ha presentado el sindicato de dicha fábrica, toda vez que no se les considera como trabajadores oficiales, sino como empleados públicos, los cuales carecen del derecho a la negociación colectiva.

Explican que la **Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia** desarrolla actividades típicamente comerciales que encuadran con los actos que el artículo 20 del Código de Comercio califica como mercantiles, además de ser una empresa en los términos del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990.

Pese a lo anterior, la **Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia** nunca ha sido inscrita como comerciante, «[...] ni el Departamento de Antioquia, que con ella asume la calidad de comerciante, de conformidad con el artículo 10 del

Código de Comercio, con lo cual se está evadiendo el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 19 y 20 de dicho código [...]».

I.1.2.- Las normas violadas

Los demandante consideran que los actos demandados transgredieron los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 39, 53, 55, 56, 300 (numeral 7°) y 336 de la Constitución Política; los artículos 60 (numeral 6°), 233, 252 y 304 del Decreto 1222 de abril 18 de 1986¹⁰; los artículos 3°, 9°, 373, 374, 433 y 434 del Código Sustantivo del Trabajo; las leyes 26¹¹ y 27¹² de septiembre 15 de 1976 (aprobatorias de los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo) y los artículos 10°, 19, 25 y 28 del Código de Comercio.

I.1.3.- El concepto de la violación

I.1.3.1.- Violación de los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 39, 53, 55, 56, 300 (numeral 7°) y 336 de la Constitución Política

Los demandantes señalan que el Departamento de Antioquia, al expedir los actos administrativos acusados, transgredió los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 39, 53, 55, 56, 300 (numeral 7°) y 336 de la Constitución Política, esgrimiendo para el efecto las siguientes razones:

«[...] Hay inconstitucionalidad, porque la reforma constitucional de 1968 que reformó la Constitución Política de 1886 ya había consagrado como competencia de las Asambleas Departamentales la creación de las empresas industriales o comerciales del Estado, que es lo mismo que quedó consagrado en el Artículo 300, núm. 7 de la Constitución de 1991 [...] No cabe discusión alguna sobre que el Departamento de Antioquia se encuentra autorizado por la ley para ejercer el monopolio sobre la producción de licores y alcoholes, al igual que lo hace, que es adscribiendo tal actividad a la Secretaría de Hacienda, y con dependencia del gobernador, resulta claramente violatorio del Artículo 336 de la Constitución, en su inciso tercero, que establece [...] Es que no debe olvidarse que si bien es cierto que la Constitución otorga autonomía administrativa a los departamentos para sus asuntos seccionales, como lo dice el Artículo 298, en él mismo también se

¹⁰ «Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental».

¹¹ «Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación adoptado por la Trigésima primera Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra 1948)»

¹² «Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra 1949)».

dispone que ello se hará “en los términos establecidos por la Constitución” [...] Ahora bien, no existiendo una ley que establezca “un régimen propio”, como dice el Artículo 336, para los monopolios rentísticos del Estado, específicamente para la producción de licores y alcoholes, al menos, como se trata de actividades de naturaleza industrial y comercial, es más que obvio que el “régimen propio” para su organización, administración, control y explotación sea el de empresa independiente, como lo disponen los artículos 300 y 336 de la C.P. [...]».

I.1.3.2.- Violación de los artículos 60 (numeral 6°), 233, 252 y 304 del Decreto 1222 de 1986; los artículos 3°, 9°, 373, 374, 433 y 434 del Código Sustantivo del Trabajo; las leyes 26 y 27 de 1976 (aprobatorias de los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo) y los artículos 10°, 19, 25 y 28 del Código de Comercio.

Como se indicó anteriormente, los demandantes denunciaron la violación de las normas citadas anteriormente, exponiendo para el efecto los siguientes argumentos:

«[...] Hay ilegalidad, porque **de conformidad con los artículos 252 y 255 del Código de Régimen Departamental (D. 1222 de 1986) las empresas industriales y comerciales deben crearse como entidades descentralizadas, con personalidad jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y no como parte o apéndice de otro organismo o dependencia departamental. La competencia para su creación reside en las Asambleas Departamentales, por mandato constitucional,** como ya quedó dicho, y lo repite el artículo 261 del Código de Régimen Departamental, a iniciativa de los gobernadores; o, por éstos, después de recibir la correspondiente autorización de las asambleas (art. 262, Código citado) para crearlas [...] Integrando los Artículos 300, numeral 7 y 336, de la Constitución, con los artículos 252, 255 y 308 del C. de R. D., relativos a las empresas industriales o comerciales, debe decirse que el querer y propósito tanto del Constituyente como del legislador no son otros que autorizar a los departamentos para desarrollar actividades con fines lucrativos o de arbitrio rentístico, al igual que los particulares; pero como esto aparecería extraño o ajeno hacerlo por los órganos y funcionarios administrativos o de autoridad, propiamente dichos, considerando que lo más lógico, práctico y conveniente era separar los actos de autoridad, propios de las funciones esenciales clásicas del Estado, de los actos de gestión, propios del Estado intervencionista, particularmente en el mundo económico, **optó por disponer que ello se hiciera a través de entidades u organismos autónomos, independientes de quienes ejerzan el poder de autoridad, aunque sometiéndolos al control de tutela gubernamental, tal como está previsto en el artículo 263 y siguientes del C. de R. D. Esas entidades u organismos son las denominadas “empresas industriales y comerciales del Estado”, cuya creación se autoriza para los tres niveles de** la administración: nacional, departamental y municipal [...] **Claramente se dispone en**

los artículos 252, 255 y 308 del D. 1222 de 1986 (C. de R. D.), que las empresas comerciales e industriales son entidades descentralizadas, por lo cual deben ser dotadas de personalidad jurídica, autonomía y capital independiente. Estas son verdaderas normas imperativas, por lo cual no queda a opción o discrecionalidad de los departamentos desarrollar actividades comerciales o industriales y crear o no para ello los correspondientes organismos o entidades descentralizadas, con su personalidad jurídica, autonomía y capital independientes [...] Ahora bien, que las actividades que desarrolla la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia son típicamente industriales y comerciales, no hace falta decirlo y explicarlo en la presente demanda, pues son los mismos decretos acusados como viciados de nulidad absoluta los que lo demuestran objetiva y palmariamente [...] Siendo que de acuerdo al Artículo 300 de la Constitución, numeral 7, y el artículo 60, numeral 6, del C. de R. D., de competencia de las Asambleas Departamentales la creación de las empresas industriales y comerciales, y ajustándose nítidamente el objeto y actividades de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia a lo mismo que ellas deben desarrollar, es obvio que desde hace muchos años el Gobernador de Antioquia debió haber presentado a la Asamblea la iniciativa correspondiente para su creación, como entidad con personalidad jurídica, autonomía y capital independiente. Al no hacerlo así, sino, por el contrario, empeñarse en mantenerla como una simple dependencia de la Secretaría de Hacienda por medio de los decretos a los que pertenecen las normas demandadas, resulta incuestionable que se ha declarado en rebeldía contra la Constitución y la ley, arrogándose una atribución que ninguna norma le otorga, quedando, por consiguiente, viciados de nulidad por incompetencia del funcionario [...]».

Reitera que a los afiliados al sindicato al cual están vinculados los trabajadores de la **Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia** se les han venido desconociendo sus derechos a presentar pliegos de peticiones y a celebrar convenciones colectivas de trabajo con el pretexto de que son empleados públicos y no trabajadores oficiales, porque esa fábrica no está constituida como un ente autónomo, sino que es una dependencia de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia. Agrega que:

«[...] Con este comportamiento y argumentación, fundándose en decretos que además de violatorios de la Constitución, son violatorios de los artículos 233, inciso segundo, y 304, inciso segundo, del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), que disponen que quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales son trabajadores oficiales, salvo los que en los estatutos puedan clasificarse como empleados públicos, por desempeñar cargos de dirección o de confianza, la administración del Departamento de Antioquia está también violando la normas constitucionales y legales que establecen la protección para los trabajadores y las garantías de que deben gozar en sus

aspiraciones de mejorar sus salarios y demás condiciones de trabajo y que éste se desempeñe con dignidad y justicia, y en especial las que prevén los derechos de sindicalización y contratación colectiva [...] Importa decir que ya es un hecho que el Consejo de Estado se pronunció, por la vía de inaplicabilidad por ser inconstitucionales, sobre los decretos 625 de 1968, 449 de 1973, 2865 y 4698 de 1996 y 1394 de 2000, aquí demandados, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el propio Departamento de Antioquia contra la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Hoy Ministerio de la Protección Social), con relación a la Resolución 749, de 8 de junio de 2001, que le ordenó dar cumplimiento al artículo 433 del Código Sustantivo del Trabajo con respecto a la negociación del pliego de peticiones presentado por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Bebidas Alcohólicas (“Sintrabecólicas”), Seccional de Medellín. Algunos de los apartes de la sentencia proferida por la alta Corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, el día 30 de junio del año 2005, son los siguientes: [...]»

I.2.- La contestación de la demanda por parte del departamento de Antioquia¹³

El Departamento de Antioquia, en la oportunidad procesal correspondiente y mediante apoderado judicial, contestó la demanda solicitando que se desestimaran las pretensiones de la misma. Luego de referirse a los hechos de la demanda, expuso sus argumentos defensivos, de la siguiente manera:

«[...] FRENTE A LA INCOMPETENCIA [...] **La Fábrica de Licores y Alcoholes del Departamento nunca ha sido creada como una entidad descentralizada del Departamento, como es obvio y conforme con la Constitución de 1886 y la de 1991, las facultades para crear Empresas Industriales y Comerciales de Estado han estado y están en cabeza de la Honorable Asamblea Departamental y aun con ello nunca ha sido creada la Fábrica de Licores y Alcoholes del Departamento como entidad descentralizada** [...] Por lo tanto mal haría el señor Gobernador en desbordar sus facultades constitucionales y legales, incurriendo en un indebido vicio de nulidad por incompetencia al usurpar facultades de la Asamblea, así pues siempre que la Asamblea ha otorgado facultades para reestructurar el Departamento de Antioquia, es obvio que también le está dando facultades para reorganizar y reestructurar en la Fábrica de Licores y Alcoholes del Departamento, toda vez que esta siempre ha sido una autonomía administrativa y presupuestal [...] **Son incomprensibles las pretensiones de los demandantes que parece que no conocieran las normas legales, ya que sin ordenanza de creación de la Fábrica de Licores y Alcoholes del Departamento como entidad descentralizada con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal aducen un vicio de nulidad por incompetencia frente a los actos demandados, sin aportar el acta de creación de la Fábrica de Licores y Alcoholes del Departamento como Empresa**

¹³ Folios 76-103, cuaderno 3.

Industrial y Comercial del Estado [...] Dentro de los Decretos Departamentales 625 del 20 de agosto de 1968, 0449 del 5 de abril de 1973, 2865 del 19 de julio de 1996, 4698 del 11 de septiembre 1996, 1394 del 20 de junio de 2000, 1983 del 10 de octubre de 2001, 2102 del 6 de noviembre de 2001 y 2202 del 28 de Noviembre de 2001 de los cuales se solicita la nulidad por parte de los demandantes **puede observarse claramente en sus encabezamientos y dentro de los considerándos (sic) que al momento de la expedición de cada uno de ellos, existían facultades otorgadas al Gobernador ya que siempre se profirieron los decretos con base en ordenanzas, atendiendo y dando cumplimiento de esta manera a las normas constitucionales transcritas anteriormente, las cuales autorizan ampliamente al Gobernador para estructurar la administración departamental y dentro de ella la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia** [...] Es evidente que existen facultades del señor Gobernador para expedir los actos administrativos demandados por medio de los cuales se ha adscrito la Fábrica de Licores y Alcoholes de Departamento de Antioquia a la Secretaria de Hacienda, bien como dependencia, como unidad administrativa o como unidad estratégica de gestión en virtud de las autorizaciones conferidas por las ordenanzas respectivas acorde con las conveniencias y circunstancias del momento histórico con miras a lograr un buen funcionamiento de la entidad territorial [...]

El Departamento de Antioquia se refirió a la violación de las normas de orden legal señalando que:

«[...] **En virtud de lo señalado anteriormente los accionantes a pesar de que alegan ser trabajadores oficiales, son EMPLEADOS PÚBLICOS del Departamento de Antioquia, adscritos a la unidad administrativa Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, vinculados conforme a lo definido en el multicitado decreto y la falta de competencia no puede predicarse por no tener la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia la naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Departamento, ello por cuanto si bien el numeral 7 del artículo 300 de la Constitución Política se asigna entre otras funciones a las Asambleas la creación de Empresas Industriales o Comerciales del Departamento, no por ser la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia una Unidad de Gestión adscrita a la Secretaría de Hacienda, se configura la falta de competencia ya que el mismo artículo determina que corresponde a las dumas determinar la estructura de la Administración Departamental por medio de ordenanzas, en las cuales el Gobernador del Departamento se ha fundamentado para expedir los actos administrativos materia del debate, teniendo presente que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia hace parte del nivel central del Ente Departamental** [...] **El Departamento de Antioquia es una entidad con autonomía administrativa, financiera y presupuestal y por ello tiene amplias facultades para determinar su estructura, para el cumplimiento de sus funciones y por el hecho que la Ley consagra varios formas o tipos de personas jurídicas o entidades descentralizadas del orden territorial no se sigue que necesariamente que la Fábrica de Licores y Alcoholes**

de Antioquia tenga que obedecer a una de ella, bien podría ser una sociedad de economía mixta o una dependencia mixta sin autonomía vinculada al Departamento de Antioquia o a una de sus secretarías como unidad administrativa [...] Además no ha existido vocación por parte de la Asamblea Departamental para declararla como Empresa Industrial o Comercial del Departamento y en cada momento histórico ha existido la motivación para siempre haber considerado que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia está adscrita a la Administración Departamental, adscripción justificada y basada en las facultades constitucionales y legales, al respecto me permito aportar copia de la Certificación OSG 055 del 17 de abril de 2006 expedida por el Secretario General de la Asamblea Departamental de Antioquia, en donde se constata que no ha existido ordenanza de transformación de la Fábrica de Licores y Alcoholes en Empresa Industrial y Comercial, tal como lo pretenden los demandantes. [...] Por lo tanto queda demostrado que no es dado afirmar que no existen facultades dadas a el señor (sic) Gobernador para la expedición de los decretos solicitados en nulidad [...]».

Luego se refirió a una serie de decisiones administrativas y judiciales en las que se ha discutido la naturaleza jurídica de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, así como la de los servidores públicos que allí prestan sus servicios.

Mencionó la sentencia del 10 de febrero de 1977, proferida por la Corte Suprema de Justicia y en la que consideró los servidores públicos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia son empleados públicos del departamento de Antioquia.

Citó la sentencia del 9 de febrero de 2000, expedida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual negó las pretensiones del Sindicato Sintrabecólicas contra el Departamento de Antioquia para que «[...] el Gobernador de Antioquia recibiera la Comisión Negociadora del sindicato y diera inicio a las etapas de arreglo directo en el conflicto laboral nacido de la presentación de un pliego de peticiones presentados en noviembre 10 de 1999 [...]», al considerarlo improcedente pues encontró que el sindicato estaba compuesto por empleados públicos y, por ello, resultaba aplicable el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo:

«[...] y por tanto la conducta del Gobernador del Departamento de Antioquia, al abstenerse de dar trámite al pliego de peticiones presentado por SINTRABECOLICAS es concordante con lo dispuesto por el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo que deviene improcedente someter al trámite de los artículos 432 y 433 el pliego de peticiones que con miras a celebrar convención colectiva, presenta el actor en representación de los empleados públicos del Departamento que laboran en la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia [...]»

Mencionó la sentencia del 6 de abril de 2000, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la acción de cumplimiento identificada con el número ACU-1223, providencia judicial en la que la Corporación:

«[...] REVOCÓ la sentencia impugnada, para en su lugar ORDENAR al Gobernador del Departamento de Antioquia dar cumplimiento al artículo 8 de la Ley 411 de 1997, en lo tocante a la relación laboral con el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Bebidas Alcohólicas “SINTRABECÓLICAS”, Subdirectiva Medellín [...] La Corporación en la sentencia arriba aludida CONFIRMÓ la providencia del A-QUO, en la cual adujo que estaba ampliamente acreditado que las personas que laboran en la Fábrica de Licores son servidores públicos al servicio del Departamento de Antioquia, con el cual tienen una dependencia laboral legal y reglamentaria y como consecuencia de ello responden a la Regla General definida en el artículo 13 de la Ley 3ª de 1986 [...]»

La demandada aludió al trámite iniciado por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de la Bebidas Alcohólicas ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad, Dirección Territorial de Antioquia, para que se investigara a la Fábrica de Licores de Alcoholes de Antioquia, por la:

«[...] presunta negativa a dar inicio a la etapa de arreglo directo con el fin de debatir el pliego de peticiones presentado en noviembre 28 de 2000, y el ente ministerial resolvió dicha petición mediante la Resolución N° 053 del 24 de enero de 2001 [...] **Esta resolución proferida por la Coordinación del grupo de Inspección y Vigilancia de la Dirección Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia le ordenó a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, dar cumplimiento al artículo 8 de la Ley 411 de 1997, como se le ordenó el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Expediente ACU-1223 del 6 de abril de 2000** [...] Contra dicha decisión fueron interpuestos los recursos de reposición y en subsidio apelación por las partes y se confirmó dicha decisión mediante la Resolución N° 235 del 16 de febrero de 2001 de la misma Coordinación, en la cual además se concedió el recurso de apelación para ante la Dirección Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia [...] La Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hoy de la Protección Social, al resolver el recurso de apelación contra la Resolución 053 del 24 de enero de 2001 [...] expidió la Resolución 0749 del 8 de junio de 2001, por la cual revocó la Resolución apelada, y requirió a la Fábrica de Licores a dar cumplimiento al artículo 433 del Código Sustantivo del Trabajo [...]».

Mencionó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el trámite de la acción de cumplimiento identificada con el número 2002-2843, en la que decidió:

«[...] 1. INAPLICAR la resolución 00749 del 8 de junio de 2001, proferida por el Director Territorial de Cundinamarca del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, en virtud de la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Antioquia contra la resolución 00053 del 24 de enero de 2001, emanada de la Dirección Territorial de Antioquia de la misma entidad, y se ordenó ilegalmente al ente territorial demandado dar cumplimiento al artículo 433 del C.C.T. (sic) [...] “2. Declárese que el asunto sometido a examen de esta Corporación, ya fue fallado en primera y segunda instancia, en las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 9 de febrero de 2000, expediente 994068, y por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado el 6 de abril de 2000, expedientes ACU-1223, respectivamente lo que se infiere de la copia de esta última sentencia que obra en el expediente [...]».

Resaltó que con sustento en la decisión anterior, la Directora Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia expidió la Resolución 2136 del 20 de septiembre de 2002, en la que decidió revocar la Resolución 2296 del 23 de noviembre de 2001, proferida por la Coordinación del Grupo de Inspección y Vigilancia de la Dirección Territorial de Antioquia, por la cual se había sancionado a la Fábrica de Licores de Alcoholes de Antioquia.

Subrayó que mediante sentencia del 30 de junio de 2005 proferida en el trámite del proceso 1135 - 02, la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, negó las pretensiones de la demanda formulada contra la Resolución 749 del 8 de junio de 2001, proferida por la Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, haciendo referencia a su parte considerativa en la siguiente forma:

«[...] pero en la parte CONSIDERATIVA fue más allá encasillando a los funcionarios públicos de la Fábrica de Licores y Alcoholes del Departamento de Antioquia como Trabajadores Oficiales y presumiendo que al ser la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia una empresa donde se fabrican licores y alcoholes, la Sala entendía que *“no era voluntad de la administración que esta pueda desnaturalizar las actividades industriales o comerciales, que según la Constitución Política deben adelantarse a través de Empresas Industriales y Comerciales de los órdenes nacional, departamental o municipal, para que pueda serlo mediante dependencias administrativas como lo hizo mediante años el Departamento de Antioquia...”* [...] Con la Acción de Nulidad y Restablecimiento presentada ante la Sala Accionada, no se estaba cuestionando la naturaleza jurídica de la Fábrica de Licores y

Alcoholes de Antioquia, como tampoco la clasificación de los servidores públicos que en ella laboran, la pretensión era que se declarara la nulidad de la Resolución 749 del 8 de junio de 2001, proferida por la Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hoy de la Protección Social, esto es, sólo se estaba demandando un acto administrativo que resolvió un recurso de apelación contra la Resolución 053 del 24 de enero de 2001, proferida por la Coordinadora del Grupo de Inspección y Vigilancia de la Dirección Territorial de Trabajo de Antioquia, que ordenó cumplir la Sentencia ACU-1223 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo [...]»

Manifestó que la posición consignada por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado en la sentencia del 30 de junio de 2005, contradice la tesis expuesta por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 6 de abril de 2000, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y a la calidad de los servidores públicos que allí laboran.

Adujo que como consecuencia de lo decidido por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, en la sentencia del 30 de junio de 2005, el Juez 15 Penal del Circuito de Medellín, al resolver una acción de tutela presentada por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de la Bebidas Alcohólicas, profirió la sentencia del 8 de noviembre en la que acogió los planteamientos expuestos en la parte considerativa de la sentencia de la Corporación y protegió los derechos constitucionales de los demandantes. Agregó la demandada en relación con esta decisión judicial que:

«[...] Pero este Juez fue aún más allá al ordenarle al Gobernador de Antioquia en la parte resolutive de la providencia nombrar una Comisión Negociadora por parte de la Administración para debatir el pliego de peticiones presentado por la Asociación sindical (sic) de conformidad con el artículo 433 del C.S.T., y peor aún se atrevió a violar la Constitución Política en su numeral 7° del artículo 300, que contempla las funciones de la Asamblea Departamental, ordenando , “reorganizarse la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia como Empresa Industrial y Comercial del Estado” [...] siendo ésta (sic) una función constitucional atribuida a esa Corporación y un Juez de la República no podía atribuirse esa función motu proprio (sic) [...]».

Subraya que la decisión proferida por el Juez 15 Penal del Circuito de Medellín fue revocada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 13 de diciembre de 2005, negando las pretensiones de la acción de amparo constitucional.

La entidad demandada relata que el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de la Bebidas Alcohólicas presentó una querrela ante el Ministerio de la Protección Social con el fin de que se obligara a la administración del departamento de Antioquia a negociar el pliego de peticiones de que trataba la Resolución 749 de 2001. Esta queja fue desatada mediante la Resolución 2694 de 29 de noviembre de 2005, proferida por el Grupo de Prevención, Inspección, Vigilancia y Control de la Dirección Territorial de Antioquia, en la que se ordenó a la autoridad administrativa dar cumplimiento a la Resolución 749 de 2001, decisión que fue revocada por el Director Territorial de Antioquia, en la Resolución 4448 de 23 de diciembre de 2005, considerando que:

«[...] el C. Sustantivo del Trabajo, Art. 17 y 485, “radica en cabeza de este Ministerio la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales, pero solo en situaciones objetivas y el artículo 486, ibidem le (sic) confiere las atribuciones encaminadas al cumplimiento de la función relacionada con la vigilancia y control, pero dentro de este ámbito se encuentran excluidas las funciones tendientes a declarar derechos o definir controversias, lo que implícitamente significa que los actos desarrollados por los funcionarios administrativos, no pueden invadir la órbita de otras competencias señaladas expresamente por el legislador; y esta es la razón para que el funcionario administrativo le esté vetado el pronunciamiento de juicios de valor que califiquen los derechos de las partes, función que es netamente jurisdiccional.” Tal atribución jurisdiccional fue la asumida por la autoridad del Ministerio de Trabajo al expedir la resolución 749 de 2001 [...]».

Finalmente indicó que el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de la Bebidas Alcohólicas presentó una acción de cumplimiento contra el Departamento de Antioquia para que se diera cumplimiento a lo resuelto por el Ministerio de la Protección Social en la Resolución 749 de 2001, «[...] juzgado en fallo del Honorable Consejo de Estado número (SIC) 1135-02 del 30 de junio de 2005, e iniciar de inmediato la negociación del pliego de peticiones presentado por nuestra organización [...]», la cual fue decidida por esta Corporación, en segunda instancia, en sentencia de 9 de noviembre de 2006, expediente 05001233100020060566-01, de la cual destacó la parte demandada, los siguientes apartes:

«[...] Dijo el alto Tribunal “Si la parte accionante considera que los decretos 625 de 1968, 449 de 1973, 2865 y 4698 de 1998 y 1394 de 2000, en cuanto organizaron la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia como una dependencia de la Secretaría de Hacienda de ese Departamento, vulneran dictados de la Constitución y de tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano, bien puede

intentar la acción de nulidad respectiva ante la jurisdicción contencioso administrativa, para que así se declare; mientras ello no ocurra, la presunción de legalidad de que gozan impedirá que sus demandas de negociación de pliego de peticiones sean acogidas, pues al estar vigente la calidad de la F.L.A., como dependencia orgánica de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, y la calidad de empleados públicos del personal a su servicio, la posibilidad de acudir a negociar un pliego de peticiones será nula, al estarles permitido formular peticiones respetuosas, sobre las que por supuesto pueden adelantarse las negociaciones o conciliaciones respectivas.” Y concluyó “se infiere de lo discurrido en precedencia, que la prosperidad de la acción de cumplimiento deviene inalcanzable, gracias a que recae sobre un deber legal respecto del cual existe cosa juzgada, puesto que se demostró que a esta acción le antecedieron dos acciones de cumplimiento con idéntico objeto, en las que se negó la posibilidad de acudir a la etapa de arreglo directo por la ausencia de calidad de trabajadores oficiales de las personas naturales al servicios de la F.L.A., y porque ese deber legal no está rodeado de la claridad y certeza necesarias para impartir el mandamiento de actuación reclamado, al igual que por el hecho de haber perdido su fuerza ejecutoria la Resolución No. 0749 con el paso del tiempo [...]».

El Departamento de Antioquia manifestó que no ha violado el derecho de asociación reiterando que desde su creación en 1919, la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia ha formado parte del nivel central del departamento. Así mismo sostiene que:

«[...] Si bien los servidores de la Fábrica pudieron tener la calidad de trabajadores oficiales, y en consecuencia presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas a la luz de la legislación de 1945, ello no es posible de acuerdo con la legislación de 1968 ya que tal calidad sólo es aplicable en ese nivel, a los servidores dedicados a la construcción y sostenimiento de obras públicas, que no es el caso de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia (Corte Suprema de Justicia – Sentencia de 10 de febrero de 1977) [...] Como puede observarse, existen suficientes asideros legales y pronunciamientos de las autoridades administrativas y jurisdiccionales que impiden la ocurrencia de conflictos colectivos sindicales en la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia ante la imposibilidad de negociarse pliegos de peticiones, debido a la naturaleza jurídica de la Fábrica y a la calidad de empleados públicos de sus servidores [...] Otro aspecto para aclarar es que el propósito de la Administración Departamental tampoco ha sido debilitar y destruir el sindicato como lo afirma la parte actora, actualmente existen más de seis (6) sindicatos y asociaciones de empleados en la Gobernación de Antioquia, de más de 3000 empleados que conforman la planta de cargos de la Administración Departamental, entre ellos tres (3) en la Unidad Administrativa Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, SINTRABECOLICAS, SINALTRALIC y ADEA, con aproximadamente más de 100 afiliados de 246 empleados que laboran actualmente en ella. Es de anotar que la planta de personal de la Unidad Administrativa Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, depende estrictamente en

lo que concierne a nombramiento vinculación o desvinculación de funcionarios, de las directrices de la Gobernación de Antioquia como se deduce de toda la documentación que hace parte del acervo probatorio [...]».

Dio cuenta que los Decretos 625 de 1968, 449 de 1973, 2865 y 4698 de 1996 y 1394 de 2000, mediante los cuales se determina la organización de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia ya habían sido derogados por los «[...] *Decretos Ordenanzas 1983 del 10 de octubre de 2001 y 2102 del 6 de noviembre de 2001, y 2202 del 28 de noviembre del mismo año mediante los cuales se determinó la nueva estructura orgánica de la Administración Departamental, autorizada en el año 2001, por la Ordenanza N° 11 del 27 de junio 2001 [...]*», actos administrativos que se encuentran vigentes y fueron dictados con base en las facultades otorgadas a la «[...] *Asamblea Departamental y al Gobernador por los artículos 6, 123, 150, numeral 19, literal e), 300 numeral 7 y 305 numeral 7 de la Constitución Política de Colombia, para determinar la estructura orgánica de las administraciones departamentales y definir las unidades administrativas que conforman sus organismos [...]*».

Reafirma que «[...] *Hasta el momento [...]*», la Fábrica de Licores y Alcoholes sigue siendo una unidad administrativa adscrita a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia y sus servidores continúan siendo empleados públicos, lo cual solo cambiará cuando así lo determine la Asamblea Departamental conforme a la competencia asignada por la Constitución Política de Colombia en el numeral 7 del artículo 300. Agregó que:

«[...] La Constitución Política le reserva al Gobernador la iniciativa en la creación de entidades descentralizadas del orden territorial porque es a él a quien le corresponde dirigir a la función administrativa, vigilando que exista equilibrio en la administración, coherencia en la política sectorial y en los planes y programas; por lo que la creación de una Empresa Industrial y Comercial del Estado dependen de la Asamblea Departamental, a quienes le corresponde coordinar sus actuaciones para el adecuado descentralización, de conformidad con los artículos 209, 210 y 300 numeral 7 y 305 numeral 7 de la Constitución Política [...]»

El Departamento de Antioquia propuso las excepciones de «[...] *INEPTA DEMANDA POR LA INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN [...] NO HAY CAUSA PARA ACTUAR [...] INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES Y ACCIONES [...] EXCEPCIÓN A JUSTICIA ROGADA [...]*».

En relación con la excepción de ineptitud de la demanda por la indebida escogencia de la acción, la demandada explicó que en esta demanda se busca, implícitamente, un restablecimiento del derecho consistente en que se declare que los trabajadores demandantes son trabajadores oficiales, razón por la que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En lo que se refiere a la excepción consistente en que no hay causa para actuar, manifestó que:

«[...] el Gobernador de Antioquia está plenamente facultado para crear, suprimir y fusionar empleos de sus dependencias, conforme al artículo 305 numeral 7 de la Constitución Política Colombiana, adicionalmente los Decretos Departamentales [...] de los cuales se pretende la nulidad fueron derogados por los Decretos Ordenanzaes 1983 del 10 de octubre de 2001 y 2102 del 6 de noviembre de 2001 y 2202 del 28 de noviembre del mismo año, mediante los cuales se determinó la nueva estructura orgánica de la Administración Departamental, autorizada en el año 2001, por la Ordenanza N° 11 del 27 de junio de 2001, los cuales fueron expedidos con amplias facultades otorgadas por la Asamblea Departamental de Antioquia [...]»

Frente a la indebida acumulación de pretensiones y acciones, la demandada considera que lo que se pretende es un verdadero restablecimiento del derecho consistente en que se declare a los servidores públicos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia como trabajadores oficiales, desnaturalizando la acción de nulidad.

En lo que se refiere a la excepción a justicia rogada, indica que *«[...] En el evento en la Honorable Magistrada encuentre ajustados a derecho nuestros planteamientos y decida que se trata de una acción de nulidad y restablecimiento tener en cuenta los presupuestos de la Acción de nulidad y restablecimiento, esto es el agotamiento de Vía gubernativa y la competencia [...]»*.

I.3.- La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia¹⁴

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia del 10 de febrero de 2012, decidió negar las pretensiones de la demanda, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

¹⁴ Folios 95-100, cuaderno 1.

«[...] 4. Dado que la solicitud de nulidad parcial de los Decretos demandados, se fundamenta en el hecho de que en todos ellos se alude a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia (F.L.A.), como una dependencia adscrita a la Secretaría de Hacienda del Departamento, los cargos formulados por los actores contra dichos actos, serán analizados en conjunto [...] 4.1. La Constitución Política, regula en su Título XI, Capítulo II, artículos 297 a 310, lo concerniente a la Organización del Régimen Departamental. Sobre las competencias de las Asambleas Departamentales, el artículo 300-7 de la Carta, establece lo siguiente: [...] A su vez, el artículo 305-7 y 8 de la Constitución, se refiere a las atribuciones del Gobernador en los siguientes términos: [...] En el mismo sentido, el artículo 94-9, del Decreto 1222 de 1996 “Por el cual se expide el código del Régimen Departamental”, señala como atribuciones del Gobernador, entre otras: [...] El Título X, capítulo I, artículos 252 a 326 del mismo Código, se refiere a las entidades descentralizadas. El artículo 255, define las empresas industriales y comerciales en los siguientes términos: [...] **4.2 De conformidad con las normas Constitucionales y Legales citadas, es claro que la competencia para crear las empresas industriales y comerciales, es exclusiva de las Asambleas Departamentales mientras que al Gobernador, le corresponde únicamente la creación de los empleos de sus dependencias y la supresión o fusión de las entidades departamentales, actuando siempre dentro de las facultades otorgadas por las ordenanzas respectivas.** En pocos términos el Gobernador tiene atribuciones para definir la estructura del Departamento y las dependencias de éste, pero no para crear las entidades del sector descentralizado o transformar sus dependencias en entidades de esa índole. Tal creación estará a su cargo, excepcionalmente, sólo cuando la Asamblea lo autorice para tales efectos mediante la Ordenanza respectiva [...] Sobre el tema, se pronunció el H. CONSEJO DE ESTADO, en sentencia del 26 de junio de 2008, proferida por la Sección Segunda, Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en la cual dicha Corporación se pronunció para sostener: [...] **5. En el caso concreto, no existe ninguna ordenanza de la Asamblea Departamental de Antioquia, mediante la cual se creara o transformara la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia (F.L.A.), en una empresa industrial y comercial del Estado. Así se deduce del escrito OSG055 del 17 de abril de 2006, suscrito por el Dr. LUIS EDUARDO TOBÓN CARDONA, Secretario General de la Asamblea Departamental de Antioquia, en la cual se lee: [...] De acuerdo con lo anterior, mientras no exista el acto que cree o transforme a la Fábrica de Licores de Antioquia (F.L.A.), en una entidad descentralizada con personería jurídica propia, no puede afirmarse que los Decretos expedidos por el Gobernador de Antioquia, sometidos a consideración en el presente caso, estén viciados de nulidad, pues al adscribir la FLA como una Unidad Estratégica de Gestión perteneciente a la Secretaría de Hacienda (Artículo 14 del Decreto Departamental 1983 del 11 de octubre de 2001), el Gobernador simplemente está ejerciendo legítimamente sus atribuciones constitucionales y legales como autoridad administrativa del Departamento, las cuales le permiten determinar la estructura de sus dependencias con base en aspectos de índole económico, financiero y de contratación [...] No puede pretenderse que el Gobernador, denomine a la F.L.A., como una empresa industrial y comercial del Estado, pues en tal caso, estaría**

invadiendo la órbita de las funciones de las Asambleas Departamentales, desconociendo abiertamente el artículo 121 de nuestra Carta Política, según el cual “Ninguna autoridad del Estado, podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la Ley [...] 6. En conclusión de acuerdo con lo visto, al no encontrarse probados los cargos formulados por el actor contra los Decretos Departamentales Nos 625 del 20 de agosto de 1968 (artículos 2° y 4°), 0449 del 5 de abril de 1973 (artículo 1°), 2865 del 19 de julio de 1996 (artículo 42), 4698 del 11 de septiembre de 1996 (artículos 1° y 2°), 1394 del 20 de junio del 2000 (artículo 11), 1983 del 10 de octubre de 2001 (artículo 14), 2102 del 6 de noviembre de 2001 (artículo 6°), 2202 del 28 de noviembre de 2001 (artículo 6°), todos ellos expedidos por el Gobernador de Antioquia, no procederá la declaratoria de nulidad de dichos actos administrativos [...].».

I.4.- El recurso de apelación presentado por los señores Manuel Antonio Muñoz Uribe y José Gabriel Velásquez Sánchez¹⁵

Inicialmente debe advertirse que mediante providencia del 30 noviembre de 2012, la magistrada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, actuando como ponente, admitió el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la parte demandante.

Posteriormente, la consejera advirtió que de acuerdo con el «[...] *artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1 [2] del Acuerdo 55 de 2003, el conocimiento de este proceso corresponde a la Sección Primera de esta Corporación [...]*», ordenando remitirlo a esta Sección, a través del auto de 11 de abril de 2013.

Esta Sección avocó el conocimiento de este proceso judicial, mediante decisión del 6 de julio de 2015¹⁶.

En lo que se refiere al contenido del recurso de apelación, se tiene que los señores Manuel Antonio Muñoz Uribe y José Gabriel Velásquez Sánchez, inconformes con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentaron recurso de apelación a fin de que se revoque la decisión judicial y, en su lugar, acceda a la pretensiones de la demanda, de acuerdo con los siguientes argumentos:

¹⁵ Folios 108-121, cuaderno 1.

¹⁶ Folio 294, cuaderno 1.

«[...] 1. El Tribunal eludió pronunciarse sobre la demanda y sobre la violación de derechos fundamentales por parte del Departamento de Antioquia [...] Por fortuna para los trabajadores de la FLA y para su Sindicato, la propia Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha definido desde hace muchos años la naturaleza de vínculo que liga a los servidores de una empresa de licores con la administración. [...] Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia.- “El fallador no se ocupó del análisis de una verdad elemental ya establecida y aceptada pacíficamente por la jurisprudencia que analizó desde hace mucho tiempo la reforma administrativa de 1968 [...] **Los trabajadores que sirven al Estado se clasifican como empleados públicos y como trabajadores oficiales. Son empleados públicos todos aquellos que colaboran en la consecución de los fines del Estado, es decir quienes orientan su actividad a los fines administrativos, todo de acuerdo al art. 5 del Decreto 3135 de 1968 [...] Son trabajadores oficiales, vinculados por contrato de trabajo, aquellos servidores que se desempeñan en organismos que se ocupan de la construcción y sostenimiento de las Obras Públicas, o de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o aquellos que desempeñan labores propias de los particulares y nada tienen que ver con las funciones administrativas o con los fines del Estado como son la seguridad del Orden Público [...]** Quedan entonces muy claros los elementos de la clasificación: Por el órgano, o por la función. Por el órgano, el Departamento pretende (y de alguna manera lo ha logrado) impedir la plenitud del ejercicio del derecho a negociar sus condiciones de empleo a los trabajadores de la FLA, y lo ha logrado porque no hay autoridad que lo obligue a negociar y a cumplir las convenciones sobre DD.HH. Laborales. Pero la Corte ha definido la calidad de trabajadores oficiales de la FLA por el oficio que desempeñan, propio de los particulares: Producir y vender licor.

[...]

2° Jurisprudencia del Consejo de Estado.- Desde la demanda se ha hecho un análisis jurídico del asunto sometido a la consideración de los jueces contenciosos. Pero valga insistir que el Consejo de Estado no sólo se pronunció sobre los Decretos demandados (decretos 625 de 1968, 449 de 1973, 2865 y 4698 de 1996 y 1394 de 2000) inaplicándolos por inconstitucionales. También en otra ocasión de manera tajante determinó que ni siquiera la Asamblea se puede arrogar la competencia reservada al legislador de clasificar sus servidores, expropiándoles la naturaleza de trabajadores oficiales y con ello los derechos de negociación y contratación colectiva, que son derechos de jus cogens. Miremos: [...] Decreto Departamental 01485 de octubre 3 de 1977.- El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, en sentencia de 25 de septiembre de 1982, con ponencia del Dr. Álvaro Orejuela Gómez, en Acción de Nulidad instaurada por el Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia, contra el Decreto Departamental 01485, de octubre 3 de 1977, dictado por el Gobernador de Antioquia, tuvo oportunidad de examinar concienzudamente el punto de si los gobernadores o las asambleas tienen facultad o no para hacer clasificación del personal a su servicio, es decir, determinar quiénes serán trabajadores oficiales y

quienes serán empleados públicos, concluyendo de manera categórica que ni los gobernadores, ni las asambleas están facultados para hacer tal cosa, ya que ninguna norma legal y mucho menos constitucional los autoriza. Debemos aclarar que esta sentencia fue anterior a la Constitución de 1991, pero la situación jurídica es la misma, ya que esta última, tampoco da ninguna autorización a los gobernadores ni a las asambleas para hacer clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, razón por la cual los jueces no debieran tolerar la comisión de actos indebidos u omisiones indebidas [...] Se concluye de los parágrafos, que Ni el Gobernador Ni la Asamblea Departamental tenían (ni tienen) competencia para clasificar a sus servidores como empleados públicos y trabajadores oficiales, pues esta es competencia EXCLUSIVA del órgano legislativo del poder público.

[...]

3- Monopolio departamental de licores.- No cabe discusión alguna sobre que el Departamento de Antioquia se encuentra autorizado por la ley para ejercer el monopolio sobre la producción de licores y alcoholes, al igual que lo hacen los demás departamentos del país. Pero la forma como lo hace, que es adscribiendo tal actividad a la Secretaría de Hacienda y con dependencia del gobernador, resulta claramente violatorio del Artículo 336 de la Constitución, en su inciso tercero, que establece: [...] Es que no debe olvidarse que si bien es cierto que la Constitución otorga autonomía administrativa a los departamentos para sus asuntos seccionales, como lo dice el Artículo 298, en él mismo también se dispone que ello se hará “en los términos establecidos por la Constitución”. [...] Ahora bien, no existiendo una ley que establezca “un régimen propio”, como dice el Artículo 336, para los monopolios rentísticos del Estado, específicamente para la producción de licores y alcoholes, al menos, como se trata de actividades de naturaleza industria y comercial, es más que obvio que el “régimen propio” para su organización, administración, control y explotación sea el de empresa independiente, como lo disponen los artículos 300 y 336 de la C.P. [...] Siendo que de acuerdo al Artículo 300 de la Constitución, numeral 7, y el artículo 60, numeral 6, del C. de R. D., de competencia de las Asambleas Departamentales la creación de las empresas industriales y comerciales, y ajustándose nítidamente el objeto y actividades de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia a lo mismo que ellas debe desarrollar, es obvio que desde hace muchos años el Gobernador de Antioquia debió haber presentado a la Asamblea la iniciativa correspondiente para su creación como entidad con personalidad jurídica, autonomía y capital independiente. Al no hacerlo así, sino, por el contrario, empeñarse en mantenerla como una simple dependencia de la Secretaría de Hacienda por medio de los decretos a los que pertenecen las normas demandadas, resulta incuestionable que se ha declarado en rebeldía contra la Constitución y la ley, arrogándose una atribución que ninguna norma le otorga, quedando, por consiguiente, viciados de nulidad por incompetencia del funcionario.

[...]

4. Inaplicabilidad de los decretos demandados.- Importa repetir que ya el Consejo de Estado se pronunció, por la vía de inaplicabilidad por ser inconstitucionales, sobre los decretos 625 de 1968, 449 de 1973, 2865 y 4698 de 1996 y 1394 de 2000, aquí demandados, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el propio Departamento de Antioquia contra la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Hoy Ministerio de la Protección Social), con relación a la Resolución 749, de 8 de junio de 2001, que le ordenó dar cumplimiento al artículo 433 del Código Sustantivo del Trabajo con respecto a la negociación del pliego de peticiones presentado por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Bebidas Alcohólicas (“Sintrabecólicas”), Seccional de Medellín. Algunos de los apartes de la sentencia proferida por la alta Corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, el día 30 de junio del año 2005, son los siguientes: (se cita)

[...]

5. [...] En conclusión, los trabajadores sindicalizados son víctimas de una doble circunstancia: del abuso de poder del Gobernador que arbitrariamente los clasifica como empleados públicos para eludir la negociación colectiva; y de los tinterillos a su servicio que colaboran en lo que el H. Consejo de Estado llama con razón la defraudación de la Constitución, con la afirmación contundente que con la adscripción de la Constitución, con la afirmación contundente que con la adscripción de la FLA a la Secretaría de Hacienda del Departamento se “configura un claro fraude a los mandatos constitucionales (art. 300.7)”

Finalmente, repito la parte final de la alegación presentada en el proceso: [...] Si se lee atentamente esta segunda pretensión de la demanda, sin prevención o ánimo de distorsionar su sentido, se verá claramente que allí no se contiene ninguna petición que pueda conllevar a que se esté pidiendo el restablecimiento de derecho alguno, inclusive porque la calidad de trabajadores oficiales no sería declarada por el fallo o sentencia sino que es una consecuencia prevista en la ley para quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado” Y específicamente a una empresa de PRODUCCIÓN DE LICORES, cuyo sentido y calidad de la relación laboral ya ha sido bien definidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia [...] En conclusión, no son solamente los trabajadores organizados en sindicatos los únicos damnificados con la simple operación fraudulenta de adscribir la FLA al despacho del Gobernador a través de la Secretaría de Hacienda, cosa que podría alegar a ciertos agentes estatales y a algunos juristas que proclaman su aversión a los derechos humanos laborales. También han resultado perjudicados el fisco nacional, que no percibe impuestos de la Empresa de licores y la buena fe de los comerciantes, entre los cuales se cuentan a los demás licoreras del país, que compiten con Antioquia en inferioridad de condiciones. Lo raro es que los organismos de control no tomen cartas en el asunto [...] Los actos administrativos demandados son violatorios, además, de derechos fundamentales, situación eludida por el Tribunal en su sentencia, razón por la cual debe ser REVOCADA la sentencia de

primera instancia por el H. Consejo de Estado, acogiendo en su lugar las pretensiones de la demanda [...]».

I.5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del agente del Ministerio Público

Mediante auto del 18 de enero de 2013¹⁷, el magistrado sustanciador del proceso ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto.

Los demandantes presentaron sus alegatos de conclusión¹⁸ reafirmando todos los conceptos de violación expuestos en la demanda, en los alegatos presentados en primera instancia y en el recurso de apelación. La entidad pública demandada guardó silencio.

El agente del Ministerio Público intervino en esta etapa procesal¹⁹ para indicar que:

«[...] el tema sometido a estudio en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida en el asunto de la referencia, se observa que está referido a un acto administrativo que adscribió la Fábrica de Licores de Antioquia a la Secretaría de Hacienda y la implicación laboral de sus empleados, el cual no corresponde a ninguno de los negocios ni actos administrativos de los cuales debe conocer la Sección 4ª, según el artículo 1º del acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado [...]»

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

II.1.- El nombramiento de conjuces en el presente proceso judicial

Para efectos de dirimir el empate que se presentaba en la decisión de este proceso judicial, se efectuó el 19 de abril de 2018, el sorteo de los respectivos conjuces, siendo elegidos los doctores Juan Carlos Henao Pérez y Camilo Calderón Rivera., a quienes les fue comunicado su nombramiento mediante oficios 1279 y 1280 de 20 de abril de 2018. Para adoptar esta decisión sólo se tendrá en cuenta al doctor Henao Pérez como conjuce, toda vez que fue quien aceptó la designación y atendiendo que solo se requería la presencia de uno de los conjuces sorteados.

¹⁷ Folio 226, cuaderno 1.

¹⁸ Folios 229-235, cuaderno 1.

¹⁹ Folios 227, cuaderno 1.

II.2.- Los actos administrativos demandados

Lo son los artículos 2° y 4° del Decreto 625 de 20 de agosto de 1968²⁰, del artículo 1° del Decreto 449 de 5 de abril de 1973²¹, del artículo 42 del Decreto de 2865 de 19 de julio de 1996²², de los artículos 1° y 2° del Decreto 4698 de 11 de septiembre de 1996²³, del artículo 11 del Decreto 1394 de 20 de junio de 2000²⁴, del artículo 14 del Decreto 1983 de 10 de octubre de 2001²⁵, del artículo 6° del Decreto 2102 de 6 de noviembre de 2001²⁶ y del artículo 6° del Decreto 2202 de 28 de noviembre de 2001²⁷, expedidos por el Gobernador del Departamento de Antioquia, cuyo contenido es el siguiente:

«[...] DECRETO NÚMERO 625 DE 1968 [...] (Agosto 20) [...] “Por el cual se reorganiza la Secretaría de Hacienda y la Superintendencia de Rentas” [...] Artículo 2°.- A la Dirección de Rentas de la Secretaría de Hacienda corresponde administrar, conservar e incrementar el patrimonio del Departamento; la debida percepción de todos los ingresos del Fisco Departamental, la distribución y venta al público de los productos fabricados o importados por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia dentro del Departamento. [...] Artículo 4°.- La División de Recaudos es la unidad orgánica para liquidar y recaudar los impuestos departamentales, efectuar la venta al público de los productos de la Fábrica de Licores y hacer los pagos delegados por Secretaría de Hacienda [...]»

«[...] DECRETO NÚMERO 0449 DE 1973 [...] (ABR 1973) [...] “Por el cual se hace uso de una facultad ordenanza” [...] Artículo 1°.- A partir de la vigencia de este Decreto la Fábrica de Licores de Antioquia estará adscrita a la Secretaría de Hacienda y por su conducto al Despacho del Gobernador y tendrá las siguientes funciones: [...] 1. Producir licores, alcoholes y sus derivados. [...] 2. Adquirir en otros departamentos o en el extranjero, materias primas, licores y demás especies relacionadas con el monopolio de producción de licores. [...] 3. Fomentar la venta de sus productos en la nación y en el extranjero. [...] Transportar sus productos en el Departamento. [...] 5. Distribuir y vender en otros departamentos o

²⁰ «Por el cual se reorganiza la Secretaría de Hacienda y la Superintendencia de Rentas»

²¹ «Por el cual se hace uso de una facultad ordenanza»

²² «Por el cual se definen las unidades administrativas que conforman los organismos de la Administración Central del Departamento y se dictan otras disposiciones».

²³ «Por medio del cual se asigna la planta de cargos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia».

²⁴ «Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica para la Administración Departamental, se define las unidades administrativas que conforman los organismos, se define la planta de cargos globalizada y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental - Nivel Central, su respectiva planta de cargos».

²⁵ «Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica de la Administración Departamental del orden central, se definen las unidades administrativas que conforman los organismos, la planta de cargos globalizada, y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental, su respectiva planta de cargos».

²⁶ «Por medio del cual se aclara el Decreto número 1983 del 10 de octubre de 2001».

²⁷ «Por medio del cual se actualiza el Manual Específico de Funciones y de Requisitos de los cargos, de los niveles: Profesional, Técnico y Tecnológico, Administrativo y Asistencial, y Operativo y Auxiliar, adscritos a los diferentes Organismos de la Administración Departamental del orden central».

en otros países, los productos elaborados o adquiridos y también en el de Antioquia cuando se estime conveniente [...]»

«[...] DECRETO NÚMERO 2865 DE 1996 [...] (19 JUL 1996) [...] “Por el cual se definen las unidades administrativas que conforman los organismos de la Administración Central del Departamento y se dictan otras disposiciones” [...] ARTÍCULO 42.- ESTRUCTURA ORGÁNICA [...] 1. DESPACHO DEL SECRETARIO [...] 1.1. FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA [...] 1.2. SUBSECRETARIA DE HACIENDA [...] 1.2.1. DIRECCIÓN FINANCIERA [...] 1.2.2. DIRECCIÓN PRESUPUESTAL [...] 1.2.3. DIRECCIÓN DE CONTADURÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO [...] 1.2.4 DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN E IMPUESTOS [...] 1.3. DIRECCIÓN DE ASESORÍA CATASTRAL [...]»

«[...] DECRETO NÚMERO 4698 DE 19 [...] (11 SET. 1996) [...] “Por medio del cual se asigna la planta de cargos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia” [...] ARTÍCULO 1º.- Para efectos del desarrollo de los planes, programas y proyectos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, asígnese el siguiente número de plazas: [...] ARTÍCULO 2º.- El número de cargos requeridos por las distintas Unidades Administrativas que integran la estructura orgánica de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, será el determinado mediante resolución que para el efecto emita el Gerente, acorde con los planes, programas y proyectos [...]»

«[...] DECRETO NÚMERO 1394 DE 2000 [...] (20 de junio) [...] “Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica para la Administración Departamental, se define las unidades administrativas que conforman los organismos, se define la planta de cargos globalizada y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental - Nivel Central, su respectiva planta de cargos” [...] ARTÍCULO 11º.- SECRETARÍA DE HACIENDA. [...] MISIÓN [...] Fortalecer el fisco departamental a través de la eficiente administración de los ingresos, la identificación de nuevas fuentes de recursos y la aplicación racional de fondos que facilite la gestión de gobierno, con miras a lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad, haciendo de la organización departamental el Ente líder en proyectos de inversión social [...] PROCESOS [...] Administración de los recursos financieros y físicos de la Administración Departamental orientadas a facilitar la gestión de gobierno [...] UNIDADES ESTRATÉGICAS DE GESTIÓN [...] 1. DESPACHO [...] 1.1 FABRICA DE LICORES Y AL ALCOHOLES DE ANTIOQUIA [...] 1.2 [...] 1.2.1 DIRECCIÓN DE CONTADURÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO [...] 1.2.2 DIRECCIÓN FINANCIERA [...] 1.2.3 DIRECCIÓN PRESUPUESTAL [...] 1.2.4 DIRECCIÓN DE BIENES [...] 1.2.5 DIRECCIÓN DE RENTAS [...]»

«[...] DECRETO NÚMERO 1983 DE 2001 [...] (10 OCT 2001) [...] “Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica de la Administración Departamental del orden central, se definen las unidades administrativas que conforman los organismos, la planta de cargos globalizada, y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental, su respectiva planta de cargos” [...] ARTÍCULO 14º.- SECRETARÍA DE HACIENDA [...] MISIÓN [...] Fortalecer el fisco departamental a través de la eficiente administración de los ingresos, la identificación de nuevas fuentes de recursos y la aplicación racional de

fondos que facilite la gestión de gobierno, con mirar a lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad, haciendo de la organización departamental el ente líder en proyectos de inversión social [...] UNIDADES ESTRATÉGICAS DE GESTIÓN [...] 1. DESPACHO DEL SECRETARIO [...] 1.1 FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA [...] 1.2 DIRECCIÓN DE CONTABILIDAD [...] 1.3 DIRECCIÓN DE PLANEACIÓN FINANCIERA [...] DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO [...] 1.5 DIRECCIÓN DE RENTAS [...] ESTRUCTURA ORGÁNICA [...]»

«[...] DECRETO NÚMERO 2102 DE 2001 [...] (06 NOV. 2001) [...] “Por medio del cual se aclara el Decreto número 1983 del 10 de octubre de 2001” [...] ARTÍCULO 6°.- El artículo 14° del decreto 1983 de octubre 10 de 2001, queda de la siguiente manera: [...] MISIÓN [...] Fortalecer el fisco departamental a través de la eficiente administración de los ingresos, la identificación de nuevas fuentes de recursos y la aplicación racional de fondos que facilite la gestión de gobierno, con miras a lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad, haciendo de la organización departamental el ente líder en proyectos de inversión social [...] UNIDADES ESTRATÉGICAS DE GESTIÓN [...] 1. DESPACHO DEL SECRETARIO [...] 1.1. FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA [...] 1.2 DIRECCIÓN DE CONTABILIDAD [...] 1.3 DIRECCIÓN DE PLANEACIÓN FINANCIERA [...] 1.4 DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO [...] 1.5 DIRECCIÓN DE RENTAS [...] 1.6 DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DEPARTAMENTAL [...]»

«[...] DECRETO NÚMERO 2202 DE 2001 [...] (28 NOV. 2001) [...] “Por medio del cual se aclara el Decreto número 1983 del 10 de octubre de 2001” [...] ARTÍCULO 6°.- Actualizar el Manual Específico de Funciones y de Requisitos de los cargos de los niveles: Profesional, Técnico y Tecnológico, Administrativo y Asistencial, y Operativo y Auxiliar, adscritos a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, en la siguiente forma: [...]»

II.3.- El problema jurídico

Sea lo primero indicar, en relación con las excepciones de «[...] *INEPTA DEMANDA POR LA INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN [...] NO HAY CAUSA PARA ACTUAR [...] INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES Y ACCIONES [...] EXCEPCIÓN A JUSTICIA ROGADA [...]*», propuestas por la Gobernación del Departamento de Antioquia en la contestación de la demanda y frente a las cuales no hubo decisión alguna por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia de primera instancia de 10 de febrero de 2012, que esta Sala no hará pronunciamiento alguno en relación con aquellas.

Lo anterior, en la medida en que, conforme el artículo 320 del Código General del Proceso, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente, en relación con los reparos concretos formulados

por el apelante, y en este caso, los apelantes José Gabriel Velásquez Sánchez, Bernardo Ramírez Zuluaga y Manuel Antonio Muñoz Uribe, parte demandante en este proceso, no manifestaron inconformidad con la sentencia de primera instancia derivada de dicha falta de pronunciamiento.

Adicionalmente, la falta de pronunciamiento en relación con las excepciones que propuso en la contestación, habría sido motivo suficiente para que la Gobernación del Departamento de Antioquia, parte demandada en este proceso, hubiera presentado el correspondiente recurso de apelación, ya sea en forma principal, o adhiriendo a la presentada por la parte demandante, conforme lo autoriza el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil.

Aclarado lo anterior y abordando el fondo de la controversia, el problema jurídico que debe resolverse en el presente proceso se contrae a determinar si los artículos 2° y 4° del Decreto 625 de 1968, el artículo 1° del Decreto 449 de 1973, el artículo 42 del Decreto de 2865 de 1996, los artículos 1° y 2° del Decreto 4698 de 1996, el artículo 11 del Decreto 1394 de 2000, del artículo 14 del Decreto 1983 de 2001, del artículo 6° del Decreto 2102 de 2001 y del artículo 6° del Decreto 2202 de 2001, expedidos por el Gobernador del Departamento de Antioquia, transgredieron los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 39, 53, 55, 56, 300 (numeral 7) y 336 de la Constitución Política; los artículos 60 (numeral 6°), 233, 252 y 304 del Decreto 1222 de 1986; los artículos 3°, 9°, 373, 374, 433 y 434 del Código Sustantivo del Trabajo; las leyes 26 y 27 de 1976 (aprobatorias de los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo) y los artículos 10°, 19, 25 y 28 del Código de Comercio, en cuanto adscribieron la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, siendo lo procedente la creación de una empresa industrial y comercial del orden departamental que lleve a cabo dicha actividad, lo cual ha traído como consecuencia que los servidores públicos que cumplen sus labores en dicha fábrica sean considerados como empleados públicos y no como trabajadores oficiales, categoría que se ajusta a la naturaleza de la labor que desarrolla la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.

II.4.- El análisis del problema jurídico y de los cargos formulados en el recurso de apelación

Como se indicó el punto central del debate es determinar si los actos administrativos demandados, en tanto adscribieron la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, se ajustan a los postulados de la disposiciones constitucionales y legales citadas o si, por el contrario, el Departamento de Antioquia las ha violado en tanto ha debido constituir para la realización de la actividad que desarrolla dicha fábrica, una empresa industrial y comercial del Estado, lo que implica, en consecuencia, que sus trabajadores no pueden ser considerados como empleados públicos sino como trabajadores oficiales.

II.4.1.- La Sala inicialmente emprenderá el estudio de legalidad de **los artículos 2 y 4 del Decreto 625 de 1968 y del artículo 1 del Decreto 449 de 1973,** expedidos por el Gobernador de Antioquia, advirtiendo que el análisis involucrara, única y exclusivamente, las disposiciones que el actor manifiesta que fueron violadas, que estaban vigentes al momento de expedirse dichos decretos. Lo anterior por cuanto, el juicio de legalidad del acto administrativo debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición. Al respecto, en Sentencia de 27 de mayo de 20110, Magistrado Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, la Sección explicó:

«[...] Además, se tiene que el decaimiento del acto administrativo tiene efectos ex nunc y que por lo mismo no afecta la presunción de legalidad de éste, por lo cual aun después de su decaimiento es susceptible de control de legalidad por esta jurisdicción, **toda vez que dicha legalidad se determina a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición,** y en el caso del decaimiento, es sabido que corresponde a situaciones o circunstancias ex post o sobrevivientes, incluso con posterioridad a la firmeza del acto administrativo. La nulidad y el decaimiento del acto administrativo son dos situaciones distintas, para las cuales la primera tiene acciones contencioso administrativas, mientras que la segunda no tiene una acción en este ámbito, sino la excepción anotada [...]»²⁸

Nótese cómo para la fecha en que fue expedido el Decreto 625 de 1968 no se encontraba vigente la actual Constitución Política, ni el Decreto 1222 de 1986, ni las leyes 26 y 27 de 1976, ni el Decreto 410 de marzo 27 de 1971²⁹. Así mismo, para la fecha en que fue expedido el Decreto 449 de 1973, de las normas

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-27-000-2005-01869-01. Actor: COLCLINKER S.A. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE.

²⁹ «Por el cual se expide el Código de Comercio»

enunciadas por el demandante, las únicas vigentes eran el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950) y el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971).

II.4.1.1.- Iniciando el examen de los **artículos 2 y 4 del Decreto 625 de 1968**, expedido por el Gobernador de Antioquia, tenemos que mediante dicho decreto se reorganizó la Secretaría de Hacienda y la Superintendencia de Rentas del Departamento de Antioquia. Las normas que el actor considera que fueron violadas, vigentes al momento de expedición del decreto, son los artículos 3º, 9º, 373, 374, 433 y 434 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo contenido es el siguiente:

«[...] ARTICULO 3o. RELACIONES QUE REGULA. El presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares.

[...]

ARTICULO 9o. PROTECCION AL TRABAJO. El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes. Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones.

[...]

ARTICULO 373. FUNCIONES EN GENERAL. Son funciones principales de todos los sindicatos:

- 1). Estudiar las características de la respectiva profesión y los salarios, prestaciones, honorarios, sistemas de protección o de prevención de accidentes y demás condiciones de trabajo referentes a sus asociados para procurar su mejoramiento y su defensa.
- 2). Propulsar el acercamiento de empleadores y trabajadores sobre las bases de justicia, de mutuo respeto y de subordinación a la ley, y colaborar en el perfeccionamiento de los métodos peculiares de la respectiva actividad y en el incremento de la economía general.
- 3). Celebrar convenciones colectivas y contratos sindicales; garantizar su cumplimiento por parte de sus afiliados y ejercer los derechos y acciones que de ellos nazcan.
- 4). Asesorar a sus asociados en la defensa de los derechos emanados de un contrato de trabajo o de la actividad profesional correspondiente, y representarlos ante las autoridades administrativas, ante los empleadores y ante terceros.
- 5). Representar en juicio o ante cualesquiera autoridades u organismos los intereses económicos comunes o generales de los agremiados o de la profesión respectiva, y representar esos mismos intereses ante los

empleadores y terceros en caso de conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por arreglo directo, procurando la conciliación.

6). Promover la educación técnica y general de sus miembros;

7). Prestar socorro a sus afiliados en caso de desocupación, enfermedad, invalidez o calamidad;

8). Promover la creación y fomentar el desarrollo de cooperativas, cajas de ahorros, préstamos y auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, institutos técnicos o de habilitación profesional, oficinas de colocación, hospitales, campos de experimentación o de deportes y demás organismos adecuados a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y previsión contemplados en los estatutos;

9). Servir de intermediarios para la adquisición y distribución entre sus afiliados de artículos de consumo, materias primas y elementos de trabajo a precio de costo; y

10). Adquirir a cualquier título y poseer los bienes inmuebles y muebles que requieran para el ejercicio de sus actividades.

[...]

ARTICULO 374. OTRAS FUNCIONES. Corresponde también a los sindicatos:

1). Designar de entre sus propios afiliados las comisiones de reclamos permanentes o transitorias, y los delegados del sindicato en las comisiones disciplinarias que se acuerden.

2). Presentar pliegos de peticiones relativos a las condiciones de trabajo o a las diferencias con los empleadores, cualquiera que sea su origen y que no estén sometidas por la ley o la convención a un procedimiento distinto, o que no hayan podido ser resueltas por otros medios.

3). Adelantar la tramitación legal de los pliegos de peticiones, designar y autorizar a los afiliados que deban negociarlos y nombrar los conciliadores y árbitros a que haya lugar, y

4). Declarar la huelga de acuerdo con los preceptos de la Ley.

[...]

ARTICULO 433. INICIACION DE CONVERSACIONES. Modificado por el art. 27, Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:

1. El patrono o la representante, están en la obligación de recibir a los delegados de los trabajadores dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación oportuna del pliego de peticiones para iniciar conversaciones. Si la persona a quién se presentare el pliego considerare que no está autorizada para resolver sobre él debe hacerse autorizar o dar traslado al patrono dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación del pliego, avisándolo así a los trabajadores. En todo caso, la iniciación de las conversaciones en la etapa de arreglo directo no puede diferirse por más de cinco (5) días hábiles a partir de la presentación del pliego.

2. Modificado por el art. 21, Ley 11 de 1984. El nuevo texto es el siguiente: El patrono que se niegue o eluda iniciar las conversaciones de arreglo directo dentro del término señalado será sancionado por las autoridades del trabajo con multas equivalentes al monto de cinco (5) a diez (10) veces el salario mínimo mensual más alto por cada día de

mora, a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. Para interponer los recursos legales contra las resoluciones de multa, el interesado deberá consignar previamente su valor a órdenes de dicho establecimiento. [...]».

Como puede apreciarse, las normas que el actor considera violadas se refieren al ámbito de aplicación del código, la protección al trabajo, las funciones asignadas a los sindicatos y a la iniciación de conversaciones en los eventos en que se presente un conflicto sindical.

La Sala, por lo anterior, no evidencia la transgresión de las precitadas normas por los artículos demandados en la medida en que no adscriben la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia a la Secretaría de Hacienda y la Superintendencia de Rentas del Departamento de Antioquia, ni regulan aspecto alguno relacionado con el régimen aplicable a los servidores públicos de la fábrica, refiriéndose a un asunto distinto, atinente a la distribución y venta al público de los productos fabricados e importados por la fábrica.

II.4.1.2.- De otro lado, el **artículo 1 del Decreto 449 de 1973** adscribió la Fábrica de Licores de Antioquia a la Secretaría de Hacienda y estableció que tendría como funciones las de producir licores, alcoholes y sus derivados; adquirir materias primas, licores y demás especies relacionadas con el monopolio de producción de licores; fomentar las ventas de sus productos; transportarlos, distribuirlos y venderlos.

Como se indicó anteriormente, las únicas normas vigentes al momento de expedirse este decreto eran los artículos 3°, 9°, 373, 374, 433 y 434 del Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950), normas que ya fueron citadas, y los artículos 10°, 19, 25 y 28 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), cuyo contenido es el siguiente:

«[...] ARTÍCULO 10. <COMERCIANTES - CONCEPTO - CALIDAD>. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

[...]

ARTÍCULO 19. <OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES>. Es obligación de todo comerciante:

- 1) Matricularse en el registro mercantil;
- 2) Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;
- 3) Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;
- 4) Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades;
- 5) Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, y
- 6) Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal.

[...]

ARTÍCULO 25. <EMPRESA - CONCEPTO>. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

[...]

ARTÍCULO 28. <PERSONAS, ACTOS Y DOCUMENTOS QUE DEBEN INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO MERCANTIL>. Deberán inscribirse en el registro mercantil:

- 1) Las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como los comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras, quienes lo harán dentro del mes siguiente a la fecha en que inicien actividades;
- 2) Las capitulaciones matrimoniales y las liquidaciones de sociedades conyugales, cuando el marido y la mujer o alguno de ellos sea comerciante;
- 3) La interdicción judicial pronunciada contra comerciantes; las providencias en que se imponga a estos la prohibición de ejercer el comercio; los concordatos preventivos y los celebrados dentro del proceso de *quiebra*; la declaración de *quiebra* y el nombramiento de síndico de ésta y su remoción; la posesión de cargos públicos que inhabiliten para el ejercicio del comercio, y en general, las incapacidades o inhabilidades previstas en la ley para ser comerciante;
- 4) Las autorizaciones que, conforme a la ley, se otorguen a los menores para ejercer el comercio, y la revocación de las mismas;
- 5) Todo acto en virtud del cual se confiera, modifique o revoque la administración parcial o general de bienes o negocios del comerciante;
- 6) La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración;
- 7) Los libros de contabilidad, los de registro de accionistas, los de actas de asambleas y juntas de socios, así como los de juntas directivas de sociedades mercantiles
- 8) Los embargos y demandas civiles relacionados con derechos cuya mutación esté sujeta a registro mercantil;
- 9) La constitución, adiciones o reformas estatutarias y la liquidación de sociedades comerciales, así como la designación de representantes legales y liquidadores, y su remoción. Las compañías vigiladas por la Superintendencia de Sociedades deberán cumplir, además de la

formalidad del registro, los requisitos previstos en las disposiciones legales que regulan dicha vigilancia, y
10) Los demás actos y documentos cuyo registro mercantil ordene la ley. [...]»

Si bien la actividad realizada por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia podría ser calificada como una empresa³⁰ y catalogar a la entidad como gestora de actividades propias de un comerciante, el demandante ha omitido enunciar, dentro de las disposiciones legales que se consideran violadas, aquellas que, estando vigentes al momento de expedición del acto administrativo demandado, exigían que esas actividades, que bien podrían considerarse como industriales y comerciales, **se desarrollaran bajo la modalidad de empresas industriales y comerciales del Estado.**

De forma análoga y en relación con la violación de las normas del Código Sustantivo de Trabajo citadas líneas atrás, el demandante omitió enunciar aquellas disposiciones vigentes al momento de expedir el Decreto 449 de 1973 **que establecían el régimen de los servidores públicos que prestaban sus servicios en esas empresas.**

Así pues, conforme lo ha indicado esta Sección, le está vedado al juez contencioso-administrativo realizar el juicio de legalidad respecto de normas no invocadas en la demanda, destacando que la justicia que se imparte en esta jurisdicción es rogada. Al respecto la Sala³¹, en Sentencia de 2 de marzo de 2017, destacó lo siguiente:

«[...] Sobre el particular, la Sección Primera³², del Consejo de Estado, en sentencia de 12 de junio de 2014, sostuvo:

“Al respecto, cabe advertir que el Juez Contencioso Administrativo no puede realizar el estudio de legalidad del acto administrativo acusado con base en normas no invocadas en la demanda, ni atender conceptos de violación no explicados, sino que debe

³⁰ «[...] 1. Producir licores, alcoholes y sus derivados. [...] 2. Adquirir en otros departamentos o en el extranjero, materias primas, licores y demás especies relacionadas con el monopolio de producción de licores. [...] 3. Fomentar la venta de sus productos en la nación y en el extranjero. [...] Transportar sus productos en el Departamento. [...] 5. Distribuir y vender en otros departamentos o en otros países, los productos elaborados o adquiridos y también en el de Antioquia cuando se estime conveniente [...]»

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 08001-33-31-004-2011-00660-01. Actor: LUIS ALIRIO GUARÍN ORTÍZ. Demandado: ÁREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA Y OTROS.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González, Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-24-000-2005-00434-01.

limitarse a estudiar las razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, expuestas en la demanda.

Sobre el particular, es oportuno traer a colación la sentencia de 27 de noviembre de 2003 de esta Sección (Expedientes Acumulados núms. Rad.: 1101-03-24-000-2002-00398-01 y 1101-03-24-000-2002-00080-01 (8456 y 7777), Actores: José Darío Forero Fernández, Hugo Hernando Torres y otro, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), en la que se precisó:

“Respecto de la interposición de demandas de nulidad ante lo contencioso administrativo, es necesario recordar que la justicia contencioso administrativa es “rogada” es decir, que solo puede pronunciarse respecto de los hechos y normas que se hayan esgrimido en la demanda de donde resulta que la precisa y adecuada cita de los fundamentos de derecho y de las normas violadas viene a constituir el marco dentro del cual puede moverse el juzgador. Así lo ha expresado esta Corporación a través de sus fallos de los cuales se destaca el siguiente pronunciamiento:

“En atención al carácter de "justicia rogada" que tiene la justicia administrativa, el juez no puede realizar el estudio de legalidad con normas no invocadas en la demanda, pues la expresión tanto de los fundamentos de derecho que se invocan como vulnerados, así como el concepto de la violación, constituyen el marco dentro del cual puede moverse el juez administrativo. Así lo ha señalado en reiterada jurisprudencia esta Corporación. En distintos fallos se ha dicho: "Esta jurisdicción es por esencia rogada. Ello significa que es el accionante, en el señalamiento que hace de las disposiciones transgredidas con los actos administrativos que acusa, quien determina el marco de juzgamiento. **No le está permitido al juez administrativo confrontar el acto impugnado con normas no invocadas en la demanda ni atender a conceptos de violación diferentes a los expuestos en el libelo** En otros términos, al juzgador solo le es dado analizar el acto enjuiciado a la luz de las disposiciones que se indican como violadas y por los motivos planteados en el escrito introductorio". (Confr. Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación 8051. C.P. Joaquín Barreto Ruíz. Noviembre 29 de 1995). En otro fallo se ratifica este criterio en la siguiente forma: **"El juez administrativo no tiene competencia para realizar un control general de legalidad. Está limitado por la demanda que constituye el marco de litis por manera que no puede analizar un acto que no se acusa"**. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P: Miren de La Lombana. Radicación 1468). **Cuando la ley habla de citar las disposiciones violadas no se cumple con este requisito con la simple cita del ordenamiento al cual pertenecen las normas infringidas, sino que éstas deben señalarse con toda precisión.** El control que realiza el Consejo de Estado no es un control general de legalidad que supondría la confrontación con todos los ordenamientos superiores relacionados con el acto acusado, labor que resultaría imposible de ejecutar. Resulta procedente la prosperidad de la excepción de inepta demanda propuesta por la apoderada del Ministerio de Agricultura". (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero. Expediente: 6536. Fecha: 02/04/18)." (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

*Consecuente con el precedente jurisprudencial enunciado, **considera la Sala que el Juez Contencioso Administrativo no puede realizar el estudio de legalidad del acto administrativo acusado con fundamento en normas superiores de derecho no invocadas en la demanda, ni atender conceptos de violación no explicados, sino que debe limitarse a estudiar las razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, expuestas en la demanda, que constituyen el marco de la litis o del juzgamiento.***

*En otras palabras, **al Juez le está vedado pronunciarse sobre cuestiones o asuntos de fondo que no fueron objeto del debate en el proceso, conforme lo ha sostenido esta Sección en reiterados pronunciamientos, entre ellos, en sentencia de 7 de junio de 2012 (Expediente núm. 73001-23-31-000-2007-00153-01, Actor: Ricardo Guarnizo Morales, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), en la cual se dijo que:***

“Reitera la Sala que al juez en cada instancia le está vedado pronunciarse sobre cuestiones o asuntos de fondo que no fueron objeto del debate procesal, toda vez que su competencia está circunscrita al ámbito del proceso...”. [...]».

II.4.2.- La Sala procederá ahora a realizar el control de legalidad del artículo 42 del Decreto de 2865 de 1996, los artículos 1 y 2 del Decreto 4698 de 1996, el artículo 11 del Decreto 1394 de 2000, del artículo 14 del Decreto 1983 de 2001, del artículo 6 del Decreto 2102 de 2001 y del artículo 6 del Decreto 2202 de 2001, expedidos por el Gobernador de Antioquia, para lo cual, inicialmente, precisará el contenido de las normas constitucionales y legales que el demandante ha considerado como violadas³³, así:

LEY 26 DE 1976

«[...] Artículo primero. Apruébase el siguiente Convenio Internacional del Trabajo, adoptado por la Trigesimaprimer Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo [...]».

LEY 27 DE 1976

«[...] Artículo primero. Apruébase el siguiente Convenio Internacional del Trabajo, adoptado por la Trigesimasegunda Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo [...]».

DECRETO 1222 DE 1986

«[...] **ARTÍCULO 60.-**Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas:

³³ No se citarán las disposiciones correspondientes al Código Sustantivo del Trabajo y al Código de Comercio por cuanto ya fueron transcritas líneas atrás.

[...]

6. Crear, a iniciativa del gobernador, los establecimientos públicos sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales conforme a las normas que determine la ley.

[...]

PARAGRAFO-En los casos de los ordinales 5º, 6º y 7º, las asambleas conservan el derecho de introducir en los proyectos y respecto a las materias específicas sobre que versen, las modificaciones que acuerden (C.P., ARTICULO 187).

[...]

ARTÍCULO 233.- Los servidores departamentales son empleados públicos sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos departamentales se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta departamentales son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

[...]

ARTICULO 252.-Son entidades descentralizadas del orden departamental los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta.

[...]

ARTÍCULO 304.- Las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Sentencia 536 de 1996 de la Corte Constitucional

Quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos [...].».

NORMAS CONSTITUCIONALES

«[...] **ARTICULO 1o.**- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[...]

ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

[...]

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.

[...]

ARTICULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

ARTICULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

ARTICULO 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

ARTICULO 300. <Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 1 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

[...]

7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del

departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.³⁴

[...]

ARTICULO 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores [...].».

En relación con las disposiciones que se consideran transgredidas, es menester señalar que esta Corporación ha indicado que el Decreto 1222 de 1986 se encuentra vigente a pesar de que se haya expedido la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998³⁵, toda vez que:

³⁴ ARTÍCULO 300. Corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas: [...] 7. Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

³⁵ «[...] Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones [...]». El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 establece: [...] Artículo 85º.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: [...] a. Personería jurídica; [...] b. Autonomía administrativa y financiera; [...] c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución [...] El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal [...] A las empresas industriales y

«[...] el hecho de que esta Ley contenga normas aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, no implica que se haya derogado o no se tenga en cuenta lo dispuesto en esta materia por el Código de Régimen Departamental, Decreto 1222 de 1986, **pues este Estatuto se encuentra vigente y debe entenderse que sus normas son armónicas con las generales que fija la Ley 489 de 1998.** [...]»³⁶.

Para efectos de resolver el problema jurídico es necesario resaltar que tanto el Decreto 1050 de 5 de julio de 1968³⁷ como la Ley 489 coinciden en indicar que **el objeto de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta es el de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, contando con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente.**

En el nivel departamental, las normas constitucionales y legales citadas muestran que les está asignada a las asambleas departamentales la creación de las empresas industriales o comerciales del nivel departamental, así como la potestad de autorizar la formación de sociedades de economía mixta³⁸, en el evento en que estos entes territoriales pretendan el desarrollo de este tipo de actividades.

En relación con las actividades que desarrolla la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia tenemos que las mismas pueden ser catalogadas de industriales y comerciales.

comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley 142 de 1994 [...]». El artículo 97 de la Ley 489 de 1998 indica: «[...] ARTICULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. [...] Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen. [...] PARAGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado. [...]».

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA. Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA. Bogotá D. C., cuatro (4) de junio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00032-01. Actor: CARMEN GUZMAN TORRES. Demandado: GERENTE DE LA FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA.

³⁷ «[...] Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional [...]». El artículo 6 del Decreto 1050 de 1968 señala: [...] Artículo 6o.- De las empresas industriales y comerciales del Estado. Son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, **que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado**, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: [...] **a) Personería jurídica;** [...] **b) Autonomía administrativa;** y [...] **c) Capital independiente**, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial [...]». El artículo 8 del Decreto 1050 de 1968 señala: «[...] Artículo 8o.- De las sociedades de economía mixta. Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. [...] El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social. [...]».

³⁸ Constitución Política, Artículo 300, numeral 7.

El Decreto 449 del 5 de abril de 1973, al establecer la organización interna de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, describe de manera general las funciones de esa dependencia de la Secretaría de Hacienda, así:

«[...] 1. Producir licores, alcoholes y sus derivados. [...] 2. Adquirir en otros departamentos o en el extranjero, materias primas, licores y demás especies relacionadas con el monopolio de producción de licores. [...] 3. Fomentar la venta de sus productos en la nación y en el extranjero. [...] 4. Transportar sus productos en el Departamento. [...] 5. Distribuir y vender en otros departamentos o en otros países, los productos elaborados o adquiridos y también en el de Antioquia cuando se estime conveniente [...]»

A su turno, el Decreto 2865 de 1996, en su artículo 48, señala que la finalidad de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, es:

«[...] Producir licores, alcoholes y productos afines, administrar canales de distribución, realizar actividades de integración vertical y horizontal y ejercer el monopolio de licores como arbitrio rentístico conferido por ley a los departamentos [...]»

En el mismo sentido, el Decreto 1394 de 2000, en su artículo 12, destaca que la misión de la Fábrica de Licores de Antioquia es:

«[...] Procurar al Departamento de Antioquia, recursos económicos con destino a sus proyectos de educación, salud y demás programas de inversión social, **originados en el ejercicio del monopolio rentístico dedicado a la producción, comercialización y venta de licores, alcoholes y productos afines**; atendiendo el mercado nacional e internacional, a través de un amplio portafolio de productos basado en la excelencia operacional, la proximidad al cliente, el respeto a las normas ambientales y el desarrollo del talento humano [...]»

Los decretos demandados citados permiten colegir que la actividad central de la Fábrica de Licores de Antioquia es la producción, comercialización y venta de licores, alcoholes y productos afines.

Esta actividad puede ser catalogada, en primer lugar, como mercantil, como se indicó anteriormente, en tanto el Código de Comercio considera mercantiles, entre otras, las actividades que desarrollan: «[...] 12) *Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes* [...] 17) *Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes* [...]». Nótese que la Fábrica de Licores y

Alcoholes de Antioquia transforma materias primas para obtener licores y productos afines y, por ello mismo, como su nombre lo indica, fabrica licores.

En segundo lugar, se puede decir que es igualmente industrial, como se mencionó anteriormente, pues siendo industrial, «1. Adj. Perteneiente o relativo a la industria» e industria «[...] 2. F. Conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales [...]»³⁹, la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia realiza una serie de operaciones materiales para transformar materias primas en licores y productos afines.

Los entes departamentales, para efectos del aprovechamiento del monopolio de licores destilados que se ha constituido en su favor, como así lo indican los artículos 61 de la Ley 14 de 1983⁴⁰ y la Ley 1816 de 19 de diciembre de 2016⁴¹, norma que derogó la Ley 14 de 1983, han empleado la forma de empresas industriales y comerciales para desarrollar la actividad de fabricación de licores, en los eventos en que los entes territoriales han decidido ejercer directamente el monopolio de producción a través de su propia industria licorera.

³⁹ <http://dle.rae.es/?id=LRwJlbQ>

⁴⁰ «Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones». El artículo 61 de la Ley 14 de 1983 establece: «[...] **Artículo 61º. La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia.** En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta Ley [...] Las intendencias y Comisarías cobrarán el impuesto de consumo que determina esta Ley para los licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros [...]».

⁴¹ «Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones». Los artículos 1 y 2 de la Ley 1816 indican: «[...] **Artículo 1º. Objeto. El objeto del monopolio como arbitrio rentístico sobre los licores destilados es el de obtener recursos para los departamentos**, con una finalidad social asociada a la financiación preferente de los servicios de educación y salud y al de garantizar la protección de la salud pública. [...] **Parágrafo.** Para todos los efectos de la presente ley, se entenderá que **el monopolio rentístico de licores destilados versará sobre su producción e introducción. Cada Departamento ejercerá el monopolio de distribución y comercialización respecto de los licores destilados que produzca directamente** [...] **Artículo 2º. Definición y finalidad.** El monopolio como arbitrio rentístico sobre los licores destilados se define como **la facultad exclusiva del Estado para explotar directamente o a través de terceros la producción e introducción de licores destilados y para organizar, regular, fiscalizar y vigilar la producción e introducción de licores destilados en los términos de la presente ley [...] La finalidad del monopolio como arbitrio rentístico es la de reservar para los departamentos una fuente de recursos económicos derivados de la explotación de actividades relacionadas con la producción e introducción de licores destilados.** En todo caso, el ejercicio del monopolio deberá cumplir con la finalidad de interés público y social que establece la Constitución Política [...] **Parágrafo 1º.** Los vinos, aperitivos y similares serán de libre producción e introducción, y causarán el impuesto al consumo que señala la ley [...] **Parágrafo 2º.** El Gobierno nacional, en desarrollo de la potestad reglamentaria y teniendo en cuenta las normas técnicas del Ministerio de Salud y Protección Social definirá la gama de productos incluidos en las categorías de licores destilados, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, así como de alcohol potable, para los efectos de esta ley. Hasta que se expida ese reglamento se aplicarán las definiciones correspondientes contenidas en el Decreto 1686 de 2012 [...] **Parágrafo 3º.** Entiéndase por licor destilado la bebida alcohólica con una graduación superior a 15 grados alcoholométricos a 20° C, que se obtiene por destilación de bebidas fermentadas o de mostos fermentados, alcohol vínic, holandas o por mezclas de alcohol rectificado neutro o aguardientes con sustancia de origen vegetal, o con extractos obtenidos con infusiones, percolaciones o maceraciones que le den distinción al producto, además, con adición de productos derivados lácteos, de frutas, de vino o de vino aromatizado [...]».

Para citar algunos ejemplos tenemos que la Fábrica de Licores del Tolima se creó como «[...] una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por lo cual tiene el carácter de entidad descentralizada del orden departamental, de acuerdo con lo previsto por el artículo 252 del Decreto Ley 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental: [...]»⁴²; la Industria Licorera de Caldas, «[...] es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de orden Departamental, vinculada a la Secretaría de Hacienda del departamento de Caldas, que tiene como actividades fabricar, producir, introducir, distribuir, vender alcoholes y sus derivados sujetos al monopolio departamental y cualquier otro producto relacionado con dicha actividad, así como fomentar la venta de sus productos en el país y en el exterior [...]»⁴³; La Industria Licorera del Valle «[...] es una empresa industrial comercial (sic) del estado (sic), especializada en la producción y comercialización de alcoholes y licores [...]»⁴⁴; y la Empresa de Licores de Cundinamarca «[...] fue constituida en 1905 con el objeto fundamental de producir perfumes y esencias, en 1931 se cataloga como fábrica de licores dependiente de la Secretaría de Hacienda y en 1958 la Asamblea la convirtió en empresa comercial e industrial del estado (sic) [...]»⁴⁵.

La Sala, siguiendo los conceptos anteriores, encuentra que el ordenamiento jurídico, para los eventos en que los departamentos quisieren desarrollar actividades industriales y comerciales, previó unas estructuras para llevarlas a cabo, que denominó empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales deberían contar con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente.

Ahora bien, esta Sala debe señalar que pese a que las actividades industriales y comerciales del Estado pueden ser desarrolladas igualmente por las sociedades de economía mixta, es necesario hacer referencia a la Sentencia C-316 de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, proferida por la Corte Constitucional, que declaró la inexequibilidad de la expresión «sociedades de economía mixta»

⁴² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA. Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA. Bogotá D. C., cuatro (4) de junio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00032-01. Actor: CARMEN GUZMAN TORRES. Demandado: GERENTE DE LA FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA.

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00109-01(1412-14). Actor: GLORIA MERCEDES SUAREZ GONZALEZ. Demandado: INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS.

⁴⁴ www.ilvalle.com.co/site/quienes-somos/

⁴⁵ <https://sites.google.com/a/licoreracundinamarca.com.co/licoreracundinamarca-com/home/la-empresa>

contenida en el inciso primero del artículo 6° de la Ley 643 de 2001, tras considerar que tratándose del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, cuando su operación se hace de manera directa, **no puede es posible hacerlo a través de una sociedad de economía mixta**, en la medida en que:

«[...] ésta no obstante hacer parte de la estructura de la Administración Pública, como organismo vinculado, es de carácter mixto, que representa intereses no sólo estatales sino de los particulares.

El solo hecho que esas empresas tengan capital privado, excluye de entrada la posibilidad que puedan ser operadores directos del monopolio de juegos de suerte y azar, pues implicaría (i) el traslado de la titularidad del monopolio a particulares, cuestión que riñe con la intención del Constituyente de autorizar los monopolios sólo como arbitrio rentístico y como una actividad desarrollada únicamente por el Estado y (ii) que las utilidades obtenidas como consecuencia de la operación directa del monopolio sean repartidas entre particulares, lo cual tampoco es admisible a la luz de la Carta Política.

Sobre el punto esta Corporación ha sostenido:

“Cuando la ley crea un monopolio, debe hacerlo, por expreso mandato constitucional (artículo 336 C.P.), como arbitrio rentístico, es decir, con la finalidad única de obtener recursos para el fisco, lo cual excluye de plano toda posibilidad de que se repartan utilidades a particulares, así sea parcialmente, pues con ello se desvirtuaría por completo la específica y perentoria exigencia del Constituyente. Por tanto, siendo característica de las sociedades de economía mixta la concurrencia de aportes entre el Estado e inversionistas privados, y siendo de su esencia, en cuanto sociedades comerciales (artículos 8° del Decreto 1050 de 1968, 98 y 461 del Código de Comercio), el reparto de los dividendos a los que tienen derecho los socios, no se concibe que los particulares perciban tales rendimientos de la explotación de actividades expresamente reservadas al monopolio del Estado, como las indicadas en la demanda, menos todavía si el objeto específico -la explotación de juegos de suerte y azar- tiene en la Constitución una finalidad tan clara, en cuanto a la destinación de los recursos obtenidos, como la salud pública.

Así las cosas, los dineros obtenidos en desarrollo del objeto propio de un monopolio estatal no pueden distraerse en la función de ofrecer utilidades a favor de sujetos diferentes del propio Estado”⁴⁶.

3.3. En efecto, si se admitiera la posibilidad de que las sociedades de economía mixta puedan ser operadores directos, tal como está redactado el artículo 6 de la Ley 643 de 2001⁴⁷, se desnaturalizaría por completo el carácter de arbitrio rentístico de los monopolios y

⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-587 del 7 de diciembre de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁴⁷ Cabe advertir que el legislador sólo hizo alusión a las sociedades de economía mixta en el artículo 6 de la Ley 643 de 2001 para considerarlas como operadores directos, en tanto que en el resto del texto legal no se hizo mención alguna.

se desconocería que, por mandato de la Constitución, éstos tienen una finalidad de interés público o social y que las rentas que se perciban como consecuencia del desarrollo de esa actividad deben estar destinadas de manera exclusiva a los servicios de salud. Precisamente la calidad de economía mixta de una sociedad no se adquiere por la mayor o menor participación de capital público, sino por la intención del legislador y por la participación del sector privado. De tal manera que se pueden constituir sociedades de economía mixta en las cuales la participación económica que tenga el Estado sea minúscula, mientras que el aporte mayoritario sea de los particulares. Ese mayor porcentaje de capital aportado por particulares hace, teniendo en cuenta el régimen de reparto de utilidades, que las rentas obtenidas en ejercicio del monopolio de juegos de suerte y azar se destinen a los particulares y no a la salud. No aparecería claro el cumplimiento de esa destinación constitucional de las rentas en una sociedad de tal naturaleza en la que el Estado tenga una participación mínima.

3.4. Conforme a lo expuesto, resulta contrario a la Constitución, y así habrá de declararse, que el artículo 6 de la Ley 643 de 2001 establezca la posibilidad que las sociedades de economía mixta sean operadores directos de los juegos de suerte y azar, pues sería desconocer que la operación directa es una modalidad reservada sólo al Estado y aceptar que los ingresos obtenidos por tal concepto fueran destinados, así sea en parte, a engrosar el patrimonio de los particulares, desconociendo que por disposición del Constituyente las rentas obtenidas en ejercicio del monopolio de juegos de suerte y azar deben ser destinadas exclusivamente a los servicios de salud [...]»

Aplicados los conceptos esbozados por la Corte Constitucional para el monopolio rentístico de licores destilados, no es posible que las sociedades de economía mixta puedan ser consideradas como una estructura jurídica acorde con el ordenamiento jurídico que pueda ser empleada por los departamentos para explotar directamente el precitado monopolio.

Ahora bien, el Departamento de Antioquia tiene razón al afirmar que la ley consagra varias formas o tipos de personas jurídicas o entidades descentralizadas del orden territorial para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, no obstante, dentro de ellas, no consagró «[...] una dependencia mixta sin autonomía vinculada al Departamento de Antioquia o a una de sus secretarías como unidad administrativa [...]».

Si se revisa con detenimiento el Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986), en momento alguno se les encomendó a los gobernadores de los departamentos la realización de actividades industriales y comerciales. En efecto, el artículo 94, establece como atribución de los Gobernadores, únicamente, la de:

«[...] 6. Coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del orden departamental. [...] Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos, son agentes del gobernador, con excepción de los representantes designados por las asambleas [...]».

Nótese, igualmente, como el Decreto 1983 de 2001, al consignar la misión de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, en el artículo 14, indica que este consiste en «[...] Fortalecer el fisco departamental a través de la eficiente administración de los ingresos, la identificación de nuevas fuentes de recursos y la aplicación racional de fondos que facilite la gestión de gobierno, con miras a lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad, haciendo de la organización departamental el ente líder en proyectos de inversión social [...]»⁴⁸, sin que se mencione como un asunto a cargo de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, la realización de actividades industriales y comerciales, pese a que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia es una de sus unidades de gestión.

Adicionalmente, no puede aceptarse la afirmación consistente en que «[...] no ha existido vocación por parte de la Asamblea Departamental para declararla como Empresa Industrial o Comercial del Departamento [...]» o el argumento central de la primera instancia consistente en que no existe el acto administrativo que cree o transforme la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y por ello el Departamento está ejerciendo válidamente sus atribuciones constitucionales y legales, pues esto equivale a aceptar que ciertos entes territoriales tienen aval para transgredir las disposiciones constitucionales y legales a voluntad, como lo ha hecho durante años el Departamento de Antioquia, las cuales, se reitera, establecen que las actividades industriales y comerciales que desarrollan los departamentos deben llevarse a cabo bajo la forma de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta en la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado.

Por lo anterior, deben desaparecer del ordenamiento jurídico las disposiciones demandadas que prevén que la Fábrica de Licores de Antioquia es una dependencia de la Secretaría de Hacienda del departamento de Antioquia, esto

⁴⁸ En el mismo sentido, el artículo 6° del Decreto 2102 de 2001, por medio del cual se aclara el Decreto 1983 de 10 de octubre de 2001.

es, los numerales 1.1 del artículo 42 del Decreto 2865 de 1996, del artículo 11 del Decreto 1394 de 2000, del artículo 14 del Decreto 1983 de 2000 y del artículo 6° del Decreto 2102 de 2001, por contravenir los artículos 60 (numeral 6°) y 252 del Decreto 1222 de 1986 y el artículo 300 de la Carta Política, en la medida en que la actividad industrial y comercial de la Fábrica de Licores de Antioquia debe desarrollarse bajo el esquema de las empresas industriales y comerciales del Estado creadas por la asamblea departamental.

Ahora bien, siguiendo la anterior argumentación, debe ponerse de presente que la desnaturalización del régimen propio del desarrollo de actividades industriales y comerciales por parte del Departamento de Antioquia, tuvo como efecto la mutación del régimen de los servidores públicos que laboran en la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.

Es así como el departamento de Antioquia, en la contestación de la demanda⁴⁹, sostiene que sus servidores públicos ostentan la condición de empleados públicos de acuerdo con el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968⁵⁰.

Sin embargo, en atención a que dichos servidores públicos realizan una actividad industrial y comercial del Estado, el régimen jurídico aplicable es el contenido en los artículos 233 y 304 del Decreto 1222 de 1986, disposiciones que consideran que quienes prestan servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta departamentales son trabajadores oficiales, dejando a los estatutos de dichas empresas la precisión de qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, por lo que los numerales 1.1 del artículo 42 del

⁴⁹ Fol. 84, cuaderno 3.

⁵⁰ **Artículo 5°.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.** Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Subrayado declarado inexecutable Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Subrayado declarado executable.

Adicionalmente debe indicarse que el artículo 233 del Decreto 1222 de 1986, señala: **ARTÍCULO 233.-Los servidores departamentales son empleados públicos sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.** En los estatutos de los establecimientos públicos departamentales se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. [...] Quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta departamentales son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.[...].»

Decreto 2865 de 1996, del artículo 11 del Decreto 1394 de 2000, del artículo 14 del Decreto 1983 de 2000 y del artículo 6° del Decreto 2102 de 2001, son igualmente violatorios de los artículos 233 y 304 del Decreto 1222 de 1986.

La Sección, por el contrario, no encuentra que los artículos 1° y 2° del Decreto 4698 de 1996 y el artículo 6° del Decreto 2202 de 2001, sean preceptos que quebranten los artículos 60 (numeral 6) 233, 252 y 304 del Decreto 1222 de 1986 y el artículo 300 de la Carta Política, puesto que en su contenido no hay manifestación alguna consistente en que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia sea una dependencia de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, en la medida en que el Decreto 4698 de 1996 asigna la planta de cargos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia y el artículo 6° del Decreto 2202 de 2001 actualiza el manual de funciones y requisitos de los cargos de los niveles.

La tesis que aquí se esboza tiene respaldo en las consideraciones que realizó la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, que en sentencia de 30 de junio de 2005, Magistrada Ponente: Ana Margarita Olaya Forero⁵¹, explicó:

«[...] La Sala entiende que **no es a voluntad de la administración que esta pueda desnaturalizar las actividades industriales o comerciales, que según la Constitución Política deben adelantarse a través de Empresas Industriales y Comerciales de los órdenes nacional, departamental o municipal, para que puedan serlo mediante dependencias administrativas, pues como lo hizo durante muchos años el Departamento de Antioquia, mediante los decretos arriba relacionados, ello configura un claro fraude a los mandatos constitucionales (art. 300,7), según los cuales aquellas actividades industriales o comerciales, deben ser cumplidas mediante una Empresa Industrial y Comercial**; lo contrario, sería desnaturalizar el régimen jurídico a que debería estar sometida la respectiva empresa, incluido el que corresponde a sus servidores, que por mandato de la ley (artículos 233 y 304 del decreto ley 1222 de 1986) deben ser **trabajadores oficiales**. [...] Por ello la Sala inaplica, por inconstitucionales, los decretos de la Gobernación de Antioquia 625 de 1968, 449 de 1973, 2865 y 4698 de 1996 y 1394 de 2000, en cuanto organizaron la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia como una dependencia de la Secretaría de Hacienda de ese Departamento y, por consiguiente, dadas sus actividades de producción de licores, alcoholes y sus derivados y venta de los mismos (f.105-106), la tiene como una Empresa Industrial y Comercial del Departamento y por ende a sus

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A. Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005). Radicación número: 11001-03-25-000-2002-00086-01(1135-02). Actor: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA- FABRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA. Demandado: NACION - MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

servidores como trabajadores oficiales (artículos 233 y 304 del decreto ley 1222 de 1986). [...]».

La Sala finalmente debe manifestar que no es del resorte de esta acción determinar si al sindicato al que se encuentran afiliados los trabajadores de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia se le vienen desconociendo su derecho legítimo a presentar pliegos de peticiones y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, en la medida en que esta persigue «[...] *la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto* [...]»⁵².

Esta Sala no puede dejar de mencionar que la desnaturalización del régimen propio del desarrollo de actividades industriales y comerciales por parte del Departamento de Antioquia, ha tenido efectos no solamente desde el punto de vista laboral, sino igualmente tributario, en la medida en que la Fábrica de Licores y Alcoholes Antioquia desarrolla actividades industriales y comerciales.

III.- DECISIÓN

Evidenciada la violación de los artículos 60 (numeral 6) 233, 252 y 304 del Decreto 1222 de 1986 y el artículo 300 de la Carta Política por parte de los numerales 1.1 del artículo 42 del Decreto 2865 de 1996, del artículo 11 del Decreto 1394 de 2000, del artículo 14 del Decreto 1983 de 2000 y del artículo 6 del Decreto 2102 de 2001, la sentencia de primera instancia debe ser revocada parcialmente y, en su lugar, se declarará la nulidad de las disposiciones señaladas en subrayado y negrillas, en la siguiente forma:

«[...] **DECRETO NÚMERO 2865 DE 1996** [...] **(19 JUL 1996)** [...] “Por el cual se definen las unidades administrativas que conforman los organismos de la Administración Central del Departamento y se dictan otras disposiciones” [...] ARTÍCULO 42.- ESTRUCTURA ORGÁNICA [...] 1. DESPACHO DEL SECRETARIO [...] **1.1. FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA** [...] 1.2. SUBSECRETARIA DE HACIENDA [...] 1.2.1. DIRECCIÓN FINANCIERA [...] 1.2.2. DIRECCIÓN PRESUPUESTAL [...] 1.2.3. DIRECCIÓN DE CONTADURÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO [...] 1.2.4 DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN E IMPUESTOS [...] 1.3. DIRECCIÓN DE ASESORÍA CATASTRAL [...]»

⁵² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Bogotá D. C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 76001-23-31-000-2006-03720-01(21520). Actor: LEASING DE OCCIDENTE. Demandado: MUNICIPIO DE PALMIRA.

«[...] **DECRETO NÚMERO 1394 DE 2000** [...] **(20 de junio)** [...] “Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica para la Administración Departamental, se define las unidades administrativas que conforman los organismos, se define la planta de cargos globalizada y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental - Nivel Central, su respectiva planta de cargos” [...] **ARTÍCULO 11°.- SECRETARÍA DE HACIENDA.** [...] **MISIÓN** [...] Fortalecer el fisco departamental a través de la eficiente administración de los ingresos, la identificación de nuevas fuentes de recursos y la aplicación racional de fondos que facilite la gestión de gobierno, con miras a lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad, haciendo de la organización departamental el Ente líder en proyectos de inversión social [...] **PROCESOS** [...] Administración de los recursos financieros y físicos de la Administración Departamental orientadas a facilitar la gestión de gobierno [...] **UNIDADES ESTRATÉGICAS DE GESTIÓN** [...] 1. **DESPACHO** [...] **1.1 FABRICA DE LICORES Y AL ALCOHOLES DE ANTIOQUIA** [...] 1.2 [...] 1.2.1 DIRECCIÓN DE CONTADURÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO [...] 1.2.2 DIRECCIÓN FINANCIERA [...] 1.2.3 DIRECCIÓN PRESUPUESTAL [...] 1.2.4 DIRECCIÓN DE BIENES [...] 1.2.5 DIRECCIÓN DE RENTAS [...]

«[...] **DECRETO NÚMERO 1983 DE 2001** [...] **(10 OCT 2001)** [...] “Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica de la Administración Departamental del orden central, se definen las unidades administrativas que conforman los organismos, la planta de cargos globalizada, y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental, su respectiva planta de cargos” [...] **ARTÍCULO 14°.- SECRETARÍA DE HACIENDA** [...] **MISIÓN** [...] Fortalecer el fisco departamental a través de la eficiente administración de los ingresos, la identificación de nuevas fuentes de recursos y la aplicación racional de fondos que facilite la gestión de gobierno, con miras a lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad, haciendo de la organización departamental el ente líder en proyectos de inversión social [...] **UNIDADES ESTRATÉGICAS DE GESTIÓN** [...] 1. **DESPACHO DEL SECRETARIO** [...] **1.1 FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA** [...] 1.2 DIRECCIÓN DE CONTABILIDAD [...] 1.3 DIRECCIÓN DE PLANEACIÓN FINANCIERA [...] DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO [...] 1.5 DIRECCIÓN DE RENTAS [...] **ESTRUCTURA ORGÁNICA** [...]

«[...] **DECRETO NÚMERO 2102 DE 2001** [...] **(06 NOV. 2001)** [...] “Por medio del cual se aclara el Decreto número 1983 del 10 de octubre de 2001” [...] **ARTÍCULO 6°.-** El artículo 14° del decreto 1983 de octubre 10 de 2001, queda de la siguiente manera: [...] **MISIÓN** [...] Fortalecer el fisco departamental a través de la eficiente administración de los ingresos, la identificación de nuevas fuentes de recursos y la aplicación racional de fondos que facilite la gestión de gobierno, con miras a lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad, haciendo de la organización departamental el ente líder en proyectos de inversión social [...] **UNIDADES ESTRATÉGICAS DE GESTIÓN** [...] 1. **DESPACHO DEL SECRETARIO** [...] **1.1. FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA** [...] 1.2 DIRECCIÓN DE CONTABILIDAD [...] 1.3 DIRECCIÓN DE PLANEACIÓN FINANCIERA [...] 1.4 DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO [...] 1.5 DIRECCIÓN DE RENTAS [...] 1.6 DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DEPARTAMENTAL [...]

IV.- DE LOS EFECTOS QUE CONLLEVA LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS

Esta Sala ha considerado, por regla general, que la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, tiene efectos *ex tunc*, esto quiere decir que afecta el nacimiento del acto anulado, retrotrayendo la situación jurídica al momento en que se encontraba antes de que hubiera sido expedida la actuación de la administración. En efecto, en sentencia de 2 de junio de 2016⁵³, la Sala señaló:

«[...] Frente a la segunda petición del libelo demandatorio, relativa a que como consecuencia de esa nulidad se declare la vigencia y fuerza ejecutoria de las Resoluciones que resultaron decaídas o fenecidas, la Sala estima, al igual que lo hizo en la precitada sentencia de 3 de abril de 2014, que la misma no resulta procedente **debido a que el restablecimiento del statu quo jurídico de dichos actos deviene de forma inmediata y como desenlace natural de la anulación anunciada, sin que se requiera la intervención adicional del juez para ese punto específico; esto es, que debido a los efectos ex tunc que producirá esta sentencia de nulidad, la situación jurídica en análisis se retrotraerá al estado anterior que existía hasta cuando fue expedida la Resolución núm. 004183 de 21 de diciembre de 2006, como si este acto jamás hubiese nacido a la vida jurídica y como si los actos decaídos por medio de aquél jamás hubiesen perdido su fuerza ejecutoria, por lo que no se requiere una declaración judicial en ese sentido y así se resolverá en la parte resolutive de esta providencia [...]**».

Así mismo, en sentencia de 18 de septiembre de 2014⁵⁴, señaló lo siguiente:

«[...] **Los efectos de la sentencia de nulidad de los actos que violan las normas sustanciales que regulan la materia son ex tunc, es decir que se daría desde su nacimiento, retrotrayendo la situación jurídica a la anterior a la expedición del acto anulado, debiéndose tener como si éste no hubiera existido, pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo las situaciones consolidadas;** situación que no se podría predicar del tercero interesado en el resultado de este proceso, ya que se trata de un bien de uso público, no susceptible de enajenación (objeto ilícito). El efecto de la sentencia de nulidad retrotrae las cosas al estado anterior y posibilita al juez, cuando se encuentra

⁵³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00125-00. Actor: SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE OMNITEMPUS LTDA.- SINTRAOMNITEMPUS - MARCO ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ. Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 52001-23-31-000-2005-01421-01. Actor: WILLIAM RIVAS ZORRILLA. Demandado: ALCALDIA MUNICIPAL DE SAN ANDRES DE TUMACO. Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION PUBLICA DE NULIDAD.

involucrado un interés general, para hacer las declaraciones necesarias, en este caso, para cancelar cualquier afectación sobre un bien de uso público. Los perjuicios de los que habla el recurrente ya sea a la Nación o a los particulares será motivo de otro tipo de proceso [...]»

En Sentencia de 10 de marzo de 2011⁵⁵, la Sección reiteró lo siguiente:

«[...] No obstante, la Sala decidirá de fondo los cargos formulados contra el decreto cuestionado en vista de que, como tiene establecida la jurisprudencia de esta Corporación, el decaimiento de los actos administrativos no constituye una causal que lo vicie de nulidad y no impide el enjuiciamiento de su legalidad pues siguen amparados por la presunción de legalidad y su enjuiciamiento debe efectuarse con base en los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición;⁵⁶ **máxime si se considera que sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que los acompañó mientras produjeron efectos [...]**».

Igualmente en la providencia de 8 de julio de 2010⁵⁷, la Sala destacó lo siguiente:

«[...] Particularmente, la segunda causal referida en el artículo 66 se conoce como *decaimiento del acto administrativo*, figura sobre la cual se ha dicho lo siguiente:

“ (...) como quiera que tal fenómeno (decaimiento) en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, **ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.**

La nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. **Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo sobrevive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido una de sus caracteres principales, cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir.**”⁵⁸

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D. C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00380-01. Actor: ALVARO RESTREPO VALENCIA. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

⁵⁶ Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 19 de febrero de 1998, expediente 4490; de 3 de agosto de 2000, expediente 5722 y de 15 de junio 15 de 1992, entre otras.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., ocho (08) de julio de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00956-01. Actor: INVERSIONES KARITO LTDA. Y OTROS. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Referencia: APELACION SENTENCIA.

⁵⁸ Sección Primera, sentencia de 16 de febrero de 2001 M.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Expediente 3531. Actora: Susana Montes de Echeverry.

Es claro, entonces, que la nulidad del acto administrativo afecta su validez desde el momento de su expedición y, por ende, surte efectos ex tunc, mientras que la pérdida de fuerza ejecutoria implica que por alguna de las causales contenidas en el artículo 66 del C.C.A., cesa sus efectos desde el momento en que se configura la causal y hacia futuro *sin afectar su validez por todo el tiempo de su existencia jurídica*⁵⁹ [...]».

Lo anterior quiere significar, entonces, que en el presente caso debe operar la regla general seguida por esta Sala en relación con los efectos de la nulidad de actos administrativos y, en consecuencia, la nulidad de las disposiciones señaladas anteriormente contenidas en los decretos 2865 de 19 de julio de 1996, 1394 de 20 de junio de 2000, 1983 de 10 de octubre de 2001 y 2102 de 6 de noviembre de 2001, las afectaría en tal forma que debe entenderse que nunca nacieron a la vida jurídica, pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo las situaciones consolidadas.

Ahora bien, el presente caso presenta una serie de particularidades que resulta necesario abordar. Esta Sala ha evidenciado que existen disposiciones de carácter departamental, expedidas con posterioridad a los actos administrativos enjuiciados, por las cuales se ha establecido la estructura orgánica de la administración central del Departamento de Antioquia, como lo son la Ordenanza 12 de 14 de agosto de 2008⁶⁰, expedida por la Asamblea del Departamento de Antioquia; el Decreto 2575 de 14 de octubre de 2008⁶¹, expedido por el Gobernador de Antioquia; y la Ordenanza 8 de 9 de mayo de 2013⁶², en las cuales se ha mantenido el régimen jurídico de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, razón por la que la nulidad de los actos administrativos aquí demandados en nada afectará la existencia de dicho ente.

Por ello, esta Sala considera que el Departamento de Antioquia no puede continuar desnaturalizando el régimen jurídico que le corresponde a la **Fábrica de Licores y**

⁵⁹ ídem

⁶⁰ «[...] “POR MEDIO DE LA CUAL SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN DEPARTAMENTAL DEL SECTOR CENTRAL Y SE CONCEDE UNAS FACULTADES” [...]». Consultada en <http://www.asambleadeantioquia.gov.co/2016/index.php/ordenanzas/2016-09-23-20-07-06/ano-2008/send/3-2008/476-ordenanza-12-14-ago-2008-por-medio-de-la-cual-se-establece-la-estructura-organica-de-la-administracion-departamental-del-sector-central-y-se-conceden-unas-facultades>

⁶¹ «[...] “Por medio del cual se determina la Estructura Orgánica de la Administración Departamental del Orden Central, se definen las dependencias que conforman los Organismos y se señalan sus funciones ” [...]».

⁶² «[...] “POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA LA ORDENANZA 12 DEL AÑO 2008, EL DECRETO ORDENANZAL 2575 DE 2008, LA ORDENANZA 13 DE 2009, LA ORDENANZA 29 DE 2010, LA ORDENANZA 29 DE 2011 Y LA ORDENANZA 19 DE 2012 [...]».

Consultada en <http://www.asambleadeantioquia.gov.co/2016/index.php/ordenanzas/2016-09-23-20-06-30/ano-2013/send/8-2013/202-ordenanza-08-09-mayo-2013-por-medio-de-la-cual-se-modifica-la-ordenanza-12-del-ano-2008-el-decreto-ordenanzal-2575-de-2008-la-ordenanza-13-de-2009-la-ordenanza-29-de-2010-la-ordenanza-29-de>

Alcoholes de Antioquia, siguiendo lo expuesto en esta decisión judicial, en la medida en que ha decidido, siguiendo para el efecto la Ley 1816 de 2016, ejercer directamente el monopolio sobre la producción de licores destilados a través de su propia industria licorera. Al respecto es menester indicar que la Ley 1816 de 2016, establece como modalidades del ejercicio del monopolio de licores destilados por los departamentos, la de producción⁶³ y la de introducción⁶⁴ y dentro de la primera modalidad, esto es, la de producción se contempla para su ejercicio, las siguientes formas:

«[...] 3.1. Monopolio sobre la producción de licores destilados. [...] El monopolio sobre la producción de licores destilados se ejercerá directamente, o indirectamente:

Ejercicio directo del monopolio de producción:

- Producción a través de su propia industria licorera
- A través del sistema de maquila: producción de licores sobre los que el departamento contratante ostente la titularidad de la propiedad industrial.

Ejercicio indirecto del monopolio de producción:

⁶³ **Artículo 7°. Monopolio como arbitrio rentístico sobre la producción de licores destilados.** Los departamentos ejercerán el monopolio de producción de licores destilados directamente, que incluye la contratación de terceros para la producción de licores destilados y alcohol potable con destino a la fabricación de licores sobre los cuales el departamento contratante ostente la titularidad de la propiedad industrial. También podrán permitir temporalmente que la producción sea realizada por terceros mediante la suscripción de contratos adjudicados mediante licitación pública, en los términos del artículo 8° de la presente ley.

Parágrafo. Los cabildos indígenas y asociaciones de cabildos indígenas legalmente constituidos y reconocidos por el Ministerio del Interior en virtud de su autonomía constitucional, continuarán la producción de sus bebidas alcohólicas tradicionales y ancestrales para su propio consumo, máxime cuando se empleen en el ejercicio de su medicina tradicional. Estas prácticas formarán parte de sus usos, costumbres, cosmovisión y derecho mayor.

Artículo 8°. Contratos para el ejercicio del monopolio como arbitrio rentístico sobre la producción de licores destilados. Los contratos se adjudicarán mediante licitación pública a iniciativa del Gobernador. La entidad estatal deberá utilizar un procedimiento de subasta ascendente sobre los derechos de explotación cuyo valor mínimo será fijado por la Asamblea, conforme se establece en este artículo.

El proceso de licitación, las reglas para la celebración, ejecución y terminación de los contratos se sujetarán a las normas de la presente ley, sin perjuicio de las reglas generales previstas en las normas de contratación estatal vigentes.

El valor mínimo de los derechos de explotación, para los términos del proceso de licitación al que se refiere el presente artículo, será definido por la Asamblea como un porcentaje mínimo sobre las ventas, igual para todos los productos, que no podrá depender de volúmenes, precios, marcas o tipos de producto. Dicho valor, debe estar soportado por un estudio técnico que verifique su idoneidad y compatibilidad con los principios del artículo 6° de la presente ley.

Los contratos tendrán una duración de entre cinco (5) y diez (10) años. Podrán prorrogarse por una vez y hasta por la mitad del tiempo inicial, caso en el cual el contratista continuará remunerando al departamento los derechos de explotación resultantes del proceso licitatorio del contrato inicial. Así mismo, las prórrogas no podrán ser ni automáticas ni gratuitas. El proceso de adjudicación de los contratos deberá cumplir los principios de competencia, igualdad en el trato y en el acceso a mercados, y no discriminación, de conformidad con las reglas definidas en la presente ley

⁶⁴ **Artículo 9°. Monopolio como arbitrio rentístico sobre la introducción de licores destilados.** Para ejercer el monopolio sobre la introducción de licores destilados, los gobernadores otorgarán permisos temporales a las personas de derecho público o privado de conformidad con las siguientes reglas:

1. La solicitud de permiso deberá resolverse en un término máximo de treinta (30) días hábiles, respetando el debido proceso y de conformidad con la ley.
2. Los permisos de introducción se otorgarán mediante acto administrativo particular, contra el cual procederán los recursos de ley, garantizando que todos los licores, nacionales e importados tengan el mismo trato en materia impositiva, de acceso a mercados y requisitos para su introducción.
3. Los permisos de introducción tendrán una duración de diez (10) años, prorrogables por un término igual.

- A través de la suscripción de contratos que permitan temporalmente que la producción sea realizada por terceros [...]»⁶⁵.

Así las cosas, se exhortará a la Gobernación del Departamento de Antioquia para que en un término máximo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente a la firmeza de esta providencia judicial, **realice los trámites pertinentes para que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia adopte la organización y estructura jurídica que corresponde al desarrollo de las actividades industriales y comerciales que lleva a cabo, esto es, la producción, comercialización y venta de licores, alcoholes y productos afines, al amparo del monopolio rentístico sobre la producción de licores destilados, que ente territorial ha decidido implementar. Lo anterior, sin perder de vista lo expuesto en la Sentencia C-316 de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, proferida por la Corte Constitucional.**

Para esta Sala, si bien las disposiciones que regulan el monopolio rentístico de licores destilados no establecieron la estructura que debían adoptar las licoreras departamentales, para el evento del ejercicio directo del monopolio sobre la producción de licores destilados, es posible evidenciar de la lectura del artículo 6° de la Ley 643 de enero de 6 de 2001, «[...] *Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar [...]*», que los departamentos y el Distrito Capital, operan este monopolio directamente «[...] *por intermedio de las empresas industriales y comerciales y sociedades de capital público establecidas en la presente ley para tal fin [...]*», creándose incluso la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud, Etesa, cuyo objeto era la explotación «[...] *como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad [...]*», entidad que fue posteriormente remplazada por la «[...] *Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, denominada COLJUEGOS [...]*», lo que quiere indicar que son dicho tipo de

⁶⁵ Circular Externa 033 de 15 de diciembre de 2017, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. «[...] *PARA: Gobernadores, productores, importadores y distribuidores de productos sujetos al monopolio de licores destilados y alcohol potable con destino a la fabricación de licores o gravados con el impuesto al consumo [...]* ASUNTO: *Aplicación de la Ley 1816 de 2016 "por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones"* [...]». http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-096187%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

empresas, las estructuras jurídicas adecuadas para la explotación de los monopolios rentísticos previstos en el ordenamiento jurídico.

Todo lo expuesto, sin perjuicio de la posibilidad con que cuenta el ente territorial para ejercer el monopolio rentístico de licores destilados en las demás modalidades y formas de ejercicio que son permitidas por el ordenamiento jurídico.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del 10 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los numerales 1.1 del artículo 42 del Decreto 2865 de 1996; del artículo 11 del Decreto 1394 de 2000; del artículo 14 del Decreto 1983 de 2000 y del artículo 6 del Decreto 2102 de 2001, actos administrativos expedidos por el Gobernador del Departamento de Antioquia, por las razones expuestas en la presente decisión judicial.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de febrero de 2012 en cuanto **NEGÓ** las pretensiones de la demanda frente a los artículos 2 y 4 del Decreto 625 de 1968; el artículo 1 del Decreto 449 de 1973; los artículos 1 y 2 del Decreto 4698 de 1996 y el artículo 6 del Decreto 2202 de 2001, actos administrativos expedidos por el Gobernador del Departamento de Antioquia.

CUARTO: EXHOTAR a la Gobernación de Antioquia para que dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente a la firmeza de esta decisión judicial, realice los trámites pertinentes ante la Asamblea Departamental del Departamento de Antioquia para que la **Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia** adopte la organización y estructura jurídica que corresponde al desarrollo de las actividades industriales y comerciales que lleva a cabo, esto es, la producción, comercialización y venta de licores, alcoholes y productos afines, al amparo del monopolio rentístico de licores destilados, conforme lo señalado en esta providencia judicial.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Consejera de Estado
Salva Voto

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado
Salva Voto

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Conjuez
Aclara Voto

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

**SALVAMENTO DE VOTO DE MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Y
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-93419-01

Actor: JOSÉ GABRIEL VELÁSQUEZ SÁNCHEZ Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

De manera respetuosa señalamos las razones de nuestro disenso frente a lo resuelto por la mayoría de la Sala en la sentencia de 21 de junio de 2018, mediante la cual se revocó parcialmente la sentencia de 10 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó la totalidad de las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declaró la nulidad de los numerales 1.1 del artículo 42 del Decreto 2865 de 1996; del artículo 11 del Decreto 1394 de 2000; del artículo 14 del Decreto 1983 de 2000 y del artículo 6 del Decreto 2102 de 2001, actos administrativos expedidos por el Gobernador del Departamento de Antioquia.

Sobre el particular precisamos lo siguiente:

1. Antecedentes

Los señores José Gabriel Velásquez Sánchez, Bernardo Ramírez Zuluaga y Manuel Antonio Muñoz Uribe, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicitaron que se declarara la nulidad de los artículos 2° y 4° del Decreto 625 de 20 de agosto de 1968⁶⁶, 1° del Decreto 449 de 5 de abril de 1973⁶⁷, 42 del Decreto de 2865 de 19 de julio de 1996⁶⁸, 1° y 2° del Decreto 4698 de 11 de septiembre de 1996⁶⁹, 11 del Decreto 1394 de 20 de junio de 2000⁷⁰, 14 del Decreto 1983 de 10 de octubre de 2001⁷¹, 6° del Decreto 2102 de 6 de noviembre de 2001⁷² y 6° del Decreto 2202 de 28 de noviembre de 2001⁷³, decretos todos expedidos por el Gobernador del Departamento de Antioquia, en cuanto adscribieron la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia (en adelante la FLA) a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia.

⁶⁶ «Por el cual se reorganiza la Secretaría de Hacienda y la Superintendencia de Rentas»

⁶⁷ «Por el cual se hace uso de una facultad ordenanza»

⁶⁸ «Por el cual se definen las unidades administrativas que conforman los organismos de la Administración Central del Departamento y se dictan otras disposiciones».

⁶⁹ «Por medio del cual se asigna la planta de cargos de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia».

⁷⁰ «Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica para la Administración Departamental, se define las unidades administrativas que conforman los organismos, se define la planta de cargos globalizada y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental - Nivel Central, su respectiva planta de cargos».

⁷¹ «Por medio del cual se determina la nueva estructura orgánica de la Administración Departamental del orden central, se definen las unidades administrativas que conforman los organismos, la planta de cargos globalizada, y se asigna a cada organismo de la Administración Departamental, su respectiva planta de cargos».

⁷² «Por medio del cual se aclara el Decreto número 1983 del 10 de octubre de 2001».

⁷³ «Por medio del cual se actualiza el Manual Específico de Funciones y de Requisitos de los cargos, de los niveles: Profesional, Técnico y Tecnológico, Administrativo y Asistencial, y Operativo y Auxiliar, adscritos a los diferentes Organismos de la Administración Departamental del orden central».

Estiman los demandantes que los actos acusados vulneran los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 39, 53, 55, 56, 300 (numeral 7°) y 336 de la Constitución Política; 60 (numeral 6°), 233, 252 y 304 del Decreto 1222 de 1986⁷⁴; 3°, 9°, 373, 374, 433 y 434 del Código Sustantivo del Trabajo; las leyes 26⁷⁵ y 27⁷⁶ de 1976 (aprobatorias de los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo); y los artículos 10°, 19, 25 y 28 del Código de Comercio.

Aducen, en esencia, de una parte, que el Gobernador del Departamento de Antioquia se ha arrogado competencias que no tiene y ha desconocido la Constitución y la ley, toda vez que, pese a que la FLA desarrolla actividades típicamente industriales y comerciales, no ha sometido a consideración de la Asamblea del Departamento la iniciativa para que aquella sea creada como una empresa industrial y comercial del Estado de orden departamental, esto es, como una entidad descentralizada y autónoma, estructura lógica en tratándose de monopolios de producción de licores y alcoholes, manteniéndola en cambio como una simple dependencia de la Secretaría de Hacienda Departamental. Y consideran, de otro lado, que por razón de esta organización, a los trabajadores de la FLA se les considera empleados públicos y no trabajadores oficiales, tal y como debería ser, motivo por el cual se les han venido desconociendo sus derechos a presentar pliegos de peticiones y a celebrar convenciones colectivas de trabajo.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia de 10 de febrero de 2012, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que “[...] *mientras no exista el acto que cree o transforme a la Fábrica de Licores de Antioquia (F.L.A.), en una entidad descentralizada con personería jurídica propia, no puede afirmarse que los Decretos expedidos por el Gobernador de Antioquia, sometidos a consideración en el presente caso, estén viciados de nulidad, pues al adscribir la FLA como una Unidad Estratégica de Gestión perteneciente a la Secretaría de Hacienda (Artículo 14 del Decreto Departamental 1983 del 11 de octubre de 2001), el Gobernador simplemente está ejerciendo legítimamente sus atribuciones constitucionales y legales como autoridad administrativa del Departamento, las cuales le permiten*

⁷⁴ «Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental».

⁷⁵ «Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación adoptado por la Trigésima primera Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra 1948)»

⁷⁶ «Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra 1949)».

determinar la estructura de sus dependencias con base en aspectos de índole económico, financiero y de contratación [...]”.

Los accionantes solicitaron la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con fundamento básicamente en los mismos argumentos expuestos en la demanda.

En la sentencia de la cual nos apartamos, la mayoría revocó parcialmente la sentencia de primera instancia al encontrar probado el cargo de nulidad de violación de normas superiores propuesto en contra de los numerales 1.1 del artículo 42 del Decreto 2865 de 1996; del artículo 11 del Decreto 1394 de 2000; del artículo 14 del Decreto 1983 de 2000 y del artículo 6 del Decreto 2102 de 2001.

Como fundamento de la decisión se afirma que conforme al Decreto 1050 de 1968 y la Ley 489 de 1998, el objeto de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE) es desarrollar actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, contando con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente, y que en el nivel departamental, según lo dispuesto en los artículo 60 numeral 6 del Decreto 1222 de 1986 y 300 numeral 7 de la C.P., le corresponde a las asambleas departamentales la creación de las empresas industriales o comerciales del nivel departamental, en el evento en que estos entes territoriales pretendan el desarrollo de este tipo de actividades.

Se precisa igualmente que las actividades que desarrolla la FLA son catalogadas como industriales y comerciales, según se deriva de los decretos demandados, de los que se puede colegir que la actividad central de la FLA es la producción, comercialización y venta de licores, alcoholes y productos afines. Y a esto se agrega que los entes departamentales, para efectos del aprovechamiento del monopolio de licores destilados que se ha constituido a su favor, como lo indican los artículos 61 de la Ley 14 de 1983 y 1 y 2 de la Ley 1618 de 2016, han empleado la forma de las EICE para desarrollar su actividad de fabricar licores en los eventos en que han decidido ejercer directamente el monopolio de producción a través de su propia industria licorera, como ha ocurrido por ejemplo en los Departamentos Tolima, Caldas, Valle y Cundinamarca.

En este orden, se concluye por la mayoría que el ordenamiento jurídico, para los eventos en que los departamentos quieren desarrollar actividades industriales y

comerciales, previó unas estructuras para llevarlas a cabo, que denominó EICE, las cuales deben contar con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente.

Finalmente, se afirma en la providencia que el Código de Régimen Departamental no ha encomendado a los Gobernadores la realización de actividades industriales y comerciales, y que en la misión de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia (art. 14 del Decreto 1983 de 2001) no se encuentra la realización de tales actividades.

Por lo anterior, se concluye por la mayoría de la Sala que deben desaparecer del ordenamiento jurídico las disposiciones demandadas que prevén que la FLA es una dependencia de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia, en la medida en que la actividad industrial y comercial de la Fábrica de Licores de Antioquia debe desarrollarse bajo el esquema de las empresas industriales y comerciales del Estado creadas por la asamblea departamental.

2. Fundamento del salvamento de voto

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, consideramos que la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda, ha debido confirmarse, por las siguientes razones:

2.1. Los antecedentes de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia

De acuerdo con lo expresado en la sentencia de la cual discrepamos, como antecedente de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia (FLA) se encuentra la Ordenanza 38 de 1919, en cuyos fundamentos aparece que “[...] de conformidad con la Ley 8ª de 1909, “La renta de licores monopolizados continuará siendo departamental. Esta renta comprende la producción, rectificación, conservación y venta del aguardiente de caña y sus compuestos [...]”.

Mediante este acto departamental, debe precisarse, se creó “EL SACATIN”, predecesora de la Fábrica de Licores, que se encargaría de administrar la producción y venta de licores de Antioquia⁷⁷.

⁷⁷ https://es.wikipedia.org/wiki/Fábrica_de_Licores_de_Antioquia

Conforme a lo anterior, es claro que **desde la creación de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia ésta se concibió bajo el concepto de un monopolio para arbitrar recursos fiscales y no como una empresa industrial y comercial del Estado.**

2.2. Las empresas industriales y comerciales del Estado en la reforma administrativa de 1968⁷⁸.

Con el auge del Estado intervencionista, la administración pública se encontró ante nuevos requerimientos y en consecuencia fueron aumentando sus objetivos y funciones, consolidándose la idea del servicio público como una actividad de interés general prestada por el Estado. Igualmente, la ausencia de iniciativa privada en algunos sectores económicos impulsó una **intervención directa en el mercado a través de agentes económicos** -empresas industriales y comerciales- para la producción y distribución de bienes y servicios destinados a la satisfacción de las necesidades colectivas. En ese escenario, en auge del Estado intervencionista, en nuestro medio ello se tradujo en la creación de nuevas y numerosas entidades que respondieran a esas exigencias (entidades oficiales o semioficiales, institutos descentralizados, empresas oficiales o mixtas, corporaciones o empresas públicas, etc.), que no necesariamente respondían a una organización coherente y sistemática, hecho éste que condujo a que en 1968 el gobierno adelantara una reforma administrativa que permitiera “encuadernar” la estructura del Estado.

En desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1967, el Presidente de la República expidió el 5 de julio de 1968 el Decreto 1050, “*Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional*”, para lograr la ordenación racional de los distintos servicios y preservar su uniformidad técnica. En el párrafo del artículo 1º de esta norma se estableció que “*Las empresas industriales y comerciales del Estado [en adelante EICE] y las sociedades de economía mixta están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control, en los términos de las leyes y estatutos que las rijan*”; en el artículo 6º, por su parte, se dispuso que las EICE son organismos

⁷⁸ Para el efecto, se consultaron los siguientes documentos: El Estado: reflexiones acerca de sus retos en el siglo XXI, Universidad del Rosario, año 2004; Capítulo III, Disminución o extensión del Estado en 30 años de reforma administrativa, Libardo Rodríguez Rodríguez. Igualmente, IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Estudios de Derecho constitucional y administrativo, Legis, 2007. Y VIDAL PERDOMO, Jaime, Reforma Administrativa de 1968: Antecedentes, Teoría de la Organización y Funcionamiento, Sus Principales Consecuencias, Pontificia Universidad Javeriana, Revista Vniversitas, 2004.

creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa; y c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial; y en el artículo 25, se señalaron normas generales para la organización y funcionamiento de los organismos descentralizados, entre éstos las EICE (se dispuso que su dirección estaría a cargo de una junta o consejo directivo y de un gerente, director o presidente).

Con posterioridad, en uso de las mismas facultades extraordinarias, el Presidente de la República expidió el Decreto 3130 de 26 de diciembre de 1968, *“Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional”*, regulando, entre otros aspectos, el régimen de los actos y contratos de las EICE: sobre los primeros, se dijo que **los actos y hechos que estas realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado** y a la jurisdicción ordinaria (aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos); y sobre los segundos, que los contratos que celebren para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del gobierno, y que las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares (aunque autoriza la inclusión de la cláusula de caducidad de contrato) (artículos 31 y 34).

Según se advierte, reafirmando la intervención del Estado en la economía, en la reforma administrativa del año 1968 se crearon las EICE como organismos descentralizados por servicios cuyo objeto es la realización de actividades económicas (industriales y comerciales), en el contexto de un mercado bajo el esquema de la libre competencia, y sometidas al mismo régimen de los particulares, en cuanto se refiere a la actividad misma.

No obstante, para la época en que se creó la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia no existían en la organización administrativa del Estado Colombiano las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Estas entidades se incorporaron a la estructura del Estado, como parte de la

descentralización administrativa por servicios, con la reforma administrativa de 1968.

2.3. El régimen de derecho privado al que se someten las EICE en su actividad industrial y comercial.

El régimen de derecho privado a que están sometidas las EICE está contenido principalmente en el Código de Comercio. Esta norma legal, entre otros asuntos, regula lo relativo a los actos, operaciones y empresas mercantiles (artículos 20 y 21), los cuales se ejercen por los comerciantes en el ámbito de la libre competencia económica.

Sobre el principio de la libre competencia en las EICE, la Corte Constitucional⁷⁹, refiriéndose a una entidad del orden nacional de esa naturaleza, precisó que *“Como empresa industrial y comercial del Estado se le ha señalado por la ley un objeto comercial específico, **cuyo desarrollo se encuentra sometido al derecho privado; es decir, que por razón de la similitud de las actividades que desarrolla, con las que cumplen los particulares, la ley les da un tratamiento igualitario, en cuanto a la regulación y la imposición de límites y condicionamientos a sus actividades y a la aplicación del correspondiente régimen jurídico. En estas circunstancias, entiende la Corte que los contenidos normativos del art. 333 de la Constitución, que consagran la libre competencia, deben ser aplicados en forma igualitaria tanto a las empresas particulares, como a las que surgen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada, o sea, a las empresas industriales y comerciales de éste y a las sociedades de economía mixta”***.

Por su parte, en la jurisprudencia de esta Corporación⁸⁰ se ha expresado que **la razón de ser de la aplicación del régimen de derecho privado a las EICE “[...] radica en la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores. Se trata pues, de que sus actividades de explotación industrial o**

⁷⁹ Sentencia C-352 de 1998.

⁸⁰ Sentencia de 19 de agosto de 2004, proferida por la Sección Tercera en el proceso con radicación número 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342), Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes”.

Al encontrarse las EICE en igualdad de condiciones que los particulares, como un agente económico dentro del mercado junto con éstos, su actividad industrial y comercial se somete a las reglas de derecho privado en el marco de la libre competencia económica y no a reglas jurídicas especiales en las que se restrinja esta libertad, como son las que regulan los monopolios rentísticos, como pasa a examinarse.

2.4. Los monopolios como arbitrios rentísticos. La ley especial que los regula.

Desde el punto de vista económico **un monopolio se caracteriza por la condición de exclusividad o clara ventaja** o preponderancia que ostenta una persona, pública o privada, para realizar una actividad determinada y controlar el mercado. Ello implica que, por definición, en el monopolio se restringe la libre competencia.

En la Constitución Política se propende por evitar el monopolio, toda vez que restringe la libertad económica y la libre competencia⁸¹.

No obstante, en la Carta Política de 1886 (art. 31), luego del Acto Legislativo 3 de 1910, se autorizaba el establecimiento de monopolios mediante ley, pero con la connotación de que se constituyeran como arbitrio rentístico, con la titularidad exclusiva del Estado y siempre que hubiesen sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de la ley quedaran privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

⁸¹ C.P. artículo 333.

En la Constitución de 1991, se prevé en su artículo 336 que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley, y que la ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita; y que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un *régimen propio*, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Para el caso del monopolio de juegos de suerte y azar, las rentas deben estar destinadas exclusivamente a los servicios de salud, y las obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores deben destinarse preferentemente a atender los servicios de salud y educación. Así mismo, se señaló que el Gobierno enajene o liquide las empresas monopolísticas del Estado cuando éstas no cumplan con los requisitos de eficiencia, en los términos que señale la ley, caso en el cual otorgará a terceros el desarrollo de su actividad

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-316 de 2003, precisó que de esta norma constitucional se desprende lo siguiente: (i) **Sólo son admisibles los monopolios como arbitrio rentístico** y es el Estado el único titular de los mismos, lo cual excluye la posibilidad que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio. El hecho que los monopolios se constituyan como arbitrio rentístico significa que su objeto es obtener ingresos sólo para el Estado. El monopolio rentístico, tal como lo sostuvo esa Corporación, “[...] es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación”⁸²; (ii) **Las rentas que se produzcan como consecuencia del ejercicio de esa actividad son fiscales y se destinan exclusivamente a finalidades de interés público o social**; y (iii) **El Constituyente defirió al legislador ordinario la facultad no sólo para establecer qué actividad constituye o no monopolio rentístico, sino para fijar su régimen propio.**

En ese marco, se tiene que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 14 de 1983, “*Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones*”, la producción, introducción y venta de licores

⁸² Sentencia C-540 de 2001.

destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En vigencia de la Constitución Política de 1991 se expidió la Ley 1816 de 2016, *“Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones”*, en cuyo artículo 1º se dispuso que *“El objeto del monopolio como arbitrio rentístico sobre los licores destilados es el de obtener recursos para los departamentos, con una finalidad social asociada a la financiación preferente de los servicios de educación y salud y al de garantizar la protección de la salud pública”*. Y en su artículo 2º, se previó que *“El monopolio como arbitrio rentístico sobre los licores destilados se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar directamente o a través de terceros la producción e introducción de licores destilados y para organizar, regular, fiscalizar y vigilar la producción e introducción de licores destilados **en los términos de la presente ley**. La finalidad del monopolio como arbitrio rentístico es la de reservar para los departamentos una fuente de recursos económicos derivados de la explotación de actividades relacionadas con la producción e introducción de licores destilados. En todo caso, el ejercicio del monopolio deberá cumplir con la finalidad de interés público y social que establece la Constitución Política”*.

De lo antes expuesto, se tiene que **la ley especial que constituye el régimen propio de los monopolios** es la que regula su organización, funcionamiento y administración, y **es a ella a la que deberán someterse las entidades departamentales cuando exploten directamente o a través de terceros la producción e introducción de licores destilados, y no a las normas de derecho privado contenidas en el Código de Comercio, las cuales están establecidas para regular el ejercicio de una actividad económica que se desarrolla en el marco de la libre competencia y no dentro de un esquema de monopolio.**

En el régimen legal propio de los monopolios –establecido en las leyes antes mencionadas- no se señala expresamente que estos deban ser explotados o administrados bajo una estructura administrativa determinada, como serían las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Siendo esto así, es posible concluir que los monopolios departamentales de licores pueden ser explotados bajo la forma de EICE o de otro organismo que pertenezca al sector central o descentralizado de la administración, pero no necesaria y exclusivamente

como este tipo de empresas, como se afirma por la mayoría de la Sala en la sentencia de la cual nos apartamos.

En este orden, nada impediría que una dependencia de la Secretaría de Hacienda Departamental de Antioquia sea quien explote el monopolio de licores, más aún si se tiene en cuenta que el propósito del monopolio es la obtención de recursos para el Departamento para atender una finalidad de interés público como los servicios de salud y educación y que la fórmula adoptada demuestra ser eficiente para ello, generando rentabilidades que bajo otros esquemas no serían posibles.

Precisamente como el objeto del arbitrio rentístico consiste en la consecución de recursos que la entidad territorial requiere para atender servicios públicos esenciales, que constituyen derechos esenciales de primera y segunda generación, tiene la entidad territorial autonomía para asignarle a la actividad la estructura que a bien tenga, dentro de los exclusivos límites que establece la ley que regula el monopolio estatal como arbitrio rentístico, y no puede ser OBLIGADA a adoptar una estructura en particular, como lo es la de EICE, que por demás fue diseñada con propósitos diferentes.

Además, la misión de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Antioquia (art. 14 del Decreto 1983 de 2001) de fortalecer el fisco departamental a través de la eficiente administración de los ingresos, la identificación de nuevas fuentes de recursos y la aplicación racional de fondos, encajaría perfectamente en la finalidad de los monopolios rentísticos, a la luz de los artículos 1º y 2º de la Ley 1816 de 2016.

En esos términos con todo respeto nos permitimos dejar sentado nuestro salvamento de voto,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

ACLARACIÓN DE VOTO DE JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintiún (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-93419-01

Actor: JOSÉ GABRIEL VELÁSQUEZ SÁNCHEZ, BERNARDO RAMÍREZ ZULUAGA Y MANUEL ANTONIO MUÑOZ URIBE

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Referencia: Acción de nulidad

Con el honor y responsabilidad que para mí supone el ejercicio de funciones judiciales, así como, con el respeto que le debo a las decisiones adoptadas en su ejercicio, manifiesto que, si bien concuerdo con la decisión final del fallo de la referencia, me encuentro en desacuerdo con algunos argumentos que fueron empleados para arribar a ella, lo que me obliga a aclarar mi voto.

Con tal propósito, en primer lugar, pondré de presente una aclaración sustancial, relativa al argumento, en mi opinión, principal, que se empleó para adoptar la decisión del fallo de la referencia y que obedece a un razonamiento de derecho positivo (1); luego, presentaré una aclaración sobre el uso que se le da a un precedente jurisprudencial en el caso concreto (2) y; finalmente, expondré unas aclaraciones de carácter formal.

1. Aclaración sustancial. No se desprende de la normatividad vigente sobre monopolios rentísticos un modelo organizacional inequívoco para el desarrollo de actividades industriales y comerciales para su explotación; ello se desprende de la naturaleza de esta actividad enmarcada en el ordenamiento jurídico, así como de los tipos de organización administrativa dispuestos para tal propósito

En la página 65 del fallo que se aclara, se recoge, el que, en opinión mía, es el argumento principal en que se funda la decisión. Se indica allí, en el último párrafo y de manera previa a la parte resolutive:

“Para esta Sala, si bien las disposiciones que regulan el monopolio rentístico de licores destilados no establecieron la estructura que debían adoptar las

licoreras departamentales, para el evento del ejercicio directo del monopolio sobre la producción de licores destilados, es posible evidenciar de la lectura del artículo 6° de la Ley 643 de enero 6 de 2001. "(...) por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar (...)" que los departamentos y el Distrito Capital operan este monopolio directamente "(...) por intermedio de las empresas industriales y comerciales y sociedades de capital público establecidas en la presente ley para tal fin (...)" creándose incluso la Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, denominada Empresa Territorial para la Salud. Etesa, cuyo objeto era la explotación "(...) como arbitrio rentístico de los juegos definidos en esta Ley como novedosos, los que en la misma expresamente se le asignen y los demás cuya explotación no se atribuya a otra entidad (...)" entidad que fue posteriormente reemplazada por la "(...) Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, denominada COLJUEGOS (...)" lo que quiere indicar que son dicho tipo de empresas, las estructuras jurídicas adecuadas para la explotación de los monopolios rentísticos previstos en el ordenamiento jurídico." (subrayas fuera de texto).

Se advierte, en primer lugar, una contradicción, toda vez que, si bien, cuando se hace referencia al artículo 6 de la Ley 643 de 2001 se indica que, los departamentos, y el distrito capital que operen directamente un monopolio rentístico de licores, lo harán a través de empresas industriales y comerciales y sociedades públicas: al final del párrafo, luego de hacer referencia a COLJUEGOS, se señala que debe ser una empresa industrial y comercial, dejando por fuera a las sociedades públicas.

En segundo lugar, se hace referencia a COLJUEGOS, antes a ETESA, y a la naturaleza que este detenta de empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional. Tal señalamiento lo estimamos inapropiado y carente de fundamento para la conclusión a la que arriba, ya que hace relación a un modelo organizacional adoptado, no por quien es el titular de las rentas del monopolio rentístico que se revisa (departamentos, distrito capital y municipios) sino por la Nación, en virtud de las competencias que le son propias en este monopolio, que no son las de titularidad de las rentas del mismo⁸³.

Aunado a lo anterior, estimamos que la referencia que se hace a la Ley 643 de 2001 es insuficiente, no solo por lo escueto de lo dispuesto en su artículo 6, sino

⁸³ Para claridad de lo anterior, basta citar lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley que se comenta: "Los departamentos, el Distrito Capital y los municipios son titulares de las rentas del monopolio rentístico de todos los juegos de suerte y azar, salvo los recursos destinados a la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la nación " El monopolio rentístico de juegos de suerte y azar será ejercido de conformidad con lo dispuesto en la presente ley. La explotación, organización y administración de toda modalidad de juego de suerte y azar estará sujeta a esta ley y a su reglamentación, expedida por el Gobierno Nacional, la cual es de obligatoria aplicación en todo el territorio del país cualquiera sea el orden o nivel de gobierno al que pertenezca la dependencia o entidad administradora bajo la cual desarrolle la actividad el operador, la vigilancia será ejercida por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud."

porque, si bien en ella se dispone lo relativo al monopolio rentístico que se revisa y en tal sentido, es indiscutible la naturaleza especial que esta detenta: ello no puede suponer una lectura descontextualizada de la alusión organizacional que se refiere, toda vez que en Colombia existe, no solamente, un instrumento normativo sobre la estructura administrativa a nivel central y descentralizado (Ley 489 de 1998), esta última de observancia tanto en la Nación como en las entidades territoriales con pleno respeto a la autonomía de estas, sino que, además, se expidió con la finalidad de establecer un marco para el desarrollo de la organización administrativa por parte del poder ejecutivo⁸⁴.

Si bien podemos estar presenciando, en la actualidad, una transformación de la organización administrativa, que se caracteriza por flexibilidad de los modelos organizacionales y por ello, se crean, cada vez con más frecuencia, agencias administrativas⁸⁵, lo cierto es que, con una marcada influencia francesa, y una tendencia normativa que comenzó con la reforma de 1968 (Decretos Leyes 1050 y 3130 de este año), se ha optado por la comprensión de precisas estructuras administrativas para el desarrollo de distintas funciones y tareas administrativas.

Es en este contexto que, para el desarrollo de típicas actividades económicas o, si se prefiere, industriales y comerciales a desarrollar por entidades descentralizadas de la Nación o las entidades territoriales, se concibió desde 1968 como modelo organizacional idóneo a las empresas industriales y comerciales del estado⁸⁶, tal

⁸⁴ Si bien en el encabezado de la ley 489 de 1998 se hace referencia a los numerales 15 y 16 del artículo 189 constitucional, en desarrollo de las relaciones que deben existir entre los referentes legales y administrativos para la organización administrativa, en sus primeros artículos se hace referencia en general a la estructura de la administración pública y se alude expresamente a la organización administrativa de las entidades territoriales, con el pleno respeto de la autonomía de estas, dispuesta también desde la Constitución Política. Para mayor claridad se transcriben los artículos 1 y 2 de esta Ley relativos a su objeto y ámbito de aplicación, respectivamente:

“Artículo 1º - Objeto. La presente Ley regula el ejercicio de la función administrativa determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública.”

“Artículo 2º. Ámbito de aplicación La presente Ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.

Parágrafo.- Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.”

⁸⁵ Alberto Montaña Plata. “La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la administración pública” En: Revisto digital de derecho administrativo. No. 13. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2015. P.p. 27 - 43. www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/4185/4631.

⁸⁶ La adopción de modelos empresariales por parte de organizaciones administrativas, fue una tendencia occidental, motivada en buena medida por el nobel de economía Herbert Simón, quien puso de presente la importancia de aprender experiencias del sector privado y, especialmente, de organización empresarial, en la arquitectura de la organización administrativa (Herbert A. Simón. Administrative Behavior. New York.

modelo persiste en la normatividad vigente (Ley 489 de 1998) para idénticos propósitos, al que puede agregársele las sociedades públicas, ya que mientras las primeras tendrán un único dueño, las segundas, podrán tener más de uno, siempre de naturaleza pública.

En tal sentido, para el desarrollo de típicas actividades industriales y comerciales, como las que se analizan en el fallo en el que aclaro mi voto, existen en el ordenamiento jurídico vigente, al menos dos modelos organizacionales idóneos: las empresas industriales y comerciales y las sociedades públicas⁸⁷. Vale la pena recordar que, a ellas, justamente, hace referencia la Ley 643 de 2001 (artículo 6), lo que hace que el argumento que se expone en esta aclaración, sea aún más fuerte, si se analiza, como en mi opinión debe hacerse, en el contexto normativo colombiano para el desarrollo de actividades industriales y comerciales y el modelo organizacional descentralizado idóneo para ello.

2 Aclaración sobre uso de un precedente jurisprudencial: Es clara la posibilidad del juez de declarar la nulidad de un acto administrativo no vigente enmarcada en la jurisprudencia contencioso administrativa. Ello, sin embargo, debe hacerse con absoluta claridad sobre la vigencia o no de los actos administrativos y, con fundamento, en las normas superiores vigentes al momento de su producción y ejecución.

En la página 32 del fallo cuyo voto se aclara, se hace alusión a una precisa idea en los siguientes términos, a propósito del examen de legalidad de los actos demandados:

“La Sala inicialmente emprenderá el estudio de legalidad de los artículos 2 y 4 del Decreto 625 de 1968 y del artículo 1 del Decreto 449 de 1973, expedidos por el gobernador de Antioquia, advirtiendo que el análisis involucra, única y exclusivamente, las disposiciones que el actor manifiesta que fueron violadas, que estaban vigentes al momento de expedirse dichos decretos. Lo anterior por cuánto, el juicio de legalidad del acto administrativo debe realizarse según las circunstancias vigentes, al momento de su expedición”. (subrayos tueros de texto⁸⁸)

Macmillan. 1947). Esta tendencia ha sido tan fuerte que, en época más reciente, no es exclusiva de actividades industriales y comerciales de las administraciones públicas, sino también de servicio público y, en tal sentido, han aparecido en nuestro ordenamiento jurídico modelos organizacionales como las empresas sociales del Estado y empresas de servicios públicos oficiales (Ley 489 de 1998).

⁸⁷ No se mencionan aquí las sociedades de economía mixta, ya que, si bien son comprendidas también como entidades descentralizadas y su objeto es desarrollar actividades industriales y comerciales, estas se caracterizan por lo conformación de un capital mixto (público y privado) lo que es inviable para el desarrollo de una actividad económica, como los licores, que constituye monopolio rentístico desde la Constitución Política.

⁸⁸ En el texto del fallo, se subrayó y se puso en negrillas, la referencia de los Decretos que se hace en el párrafo que se transcribe. Dichas subrayas y negrillas se omiten en el texto transcrito a efectos de poder resaltar la afirmación que se comenta y da lugar a la aclaración.

Se sustenta esta idea en un precedente jurisprudencial de 27 de mayo de 2010 que distinguió el decaimiento del acto administrativo y su declaratoria de nulidad, a efectos de señalar que, cuando ocurría lo primero, un posible juicio de nulidad sobre ese acto debe hacerse “a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento (...)”

Tal idea se retoma más adelante en un párrafo de la página 38 del fallo que, también, se transcribe:

“Si bien la actividad realizada por la fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia podría ser calificada como una empresa y catalogar a la entidad como gestora de actividades propias de un comerciante, el demandante ha omitido enunciar, dentro de las disposiciones legales que se consideran violadas, aquellas que, estando vigentes al momento de expedición del acto administrativo demandado, exigían que esas actividades, que bien podrían considerarse como industriales y comerciales, se desarrollaran bajo la modalidad de empresas industriales y comerciales del Estado.”

Al respecto debo indicar que, en el fallo no se hace claridad sobre si los actos administrativos cuya legalidad se revisa o se alude en los párrafos transcritos, se encuentran vigentes o, si por el contrario, fueron derogados u operó la figura de su decaimiento: si bien pareciera inferirse esto último, al no resultar ello absolutamente claro, resulta improcedente aludir a las normas superiores que estaban “vigentes al momento de su expedición”, a efectos de observar el precedente jurisprudencial que se transcribe.

Así mismo, debe ponerse de presente que, en caso de efectuarse un juicio de nulidad de actos administrativos no vigentes (porque fueron derogados o porque operó la figura del decaimiento del acto administrativo) no podrían revisarse, únicamente, las normas superiores vigentes al momento de su expedición, sino también, aquellas vigentes mientras el acto administrativo tuvo vida jurídica que, obviamente, no fueran las que hubieran dado lugar a su decaimiento.

3. Aclaraciones formales: La indebida comprensión de la noción de "conceptos" y la innecesaria alusión a una sentencia de la Corte Constitucional.

En el fallo que se aclara el voto, se emplea en dos ocasiones (p.p. 50 Y 53) la expresión “conceptos”, en un caso de manera incierta y, en otro, para referirse a jurisprudencia de la Corte Constitucional. En el primer caso podría tratarse de un uso impropio de esta expresión, en el segundo, seguramente lo es.

Finalmente, tanto en la parte de consideraciones (p. 51) como en la parte de "decisión" (p.65), se indica que debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-316 de 2003; ello, por la lógica exclusión que, en esta providencia, se hace de las sociedades de economía mixta como modelos organizacionales aptos para el desarrollo de actividades industriales y comerciales relacionadas con la explotación del monopolio (estatal) rentístico de licores.

Comparto plenamente tal argumento de la Corte Constitucional y, por ende, que es impensable y contrario a la Constitución Política, la explotación del monopolio rentístico de licores por parte de una sociedad de economía mixta. Encuentro, sin embargo, que no guarda relación directa con el problema jurídico que resuelve el fallo (si un organismo del orden central del departamento puede desarrollar la actividad industrial y comercial propia de la explotación del monopolio rentístico de licores) y por ende, no debería indicarse que, se debe "estarse a lo resuelto" en este fallo de la Corte Constitucional.

Cordialmente,

Juan Carlos Henao
Conjuez