

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO PARA REALIZAR CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DEL GOBIERNO NACIONAL - Actos expedidos en ejercicio de la función administrativa. Confrontación ley o constitución. Acción de nulidad. Competencia residual. Confrontación directa con la Constitución. Acción nulidad por inconstitucionalidad

La competencia de esta máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, en tratándose del referido control superior, no obstante ser residual, como lo dispone la disposición constitucional aludida (art. 237-2), abarca las competencias expresamente atribuidas en el artículo 237, numerales 1º y 2º. La primera de estas funciones constituye el ejercicio del control de legalidad respecto de aquellos actos del Gobierno Nacional “[...] dictados en ejercicio de la Función Administrativa, vale decir, a los que desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, o condicionan la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada”, control que es de naturaleza eminentemente administrativa y que se adelanta mediante los ritos propios de la acción de nulidad (artículo 84 Código Contencioso Administrativo), ya sea por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad. La segunda atribución, relativa al conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, comprende aquellas demandas contra actos del Gobierno Nacional cuyo cotejo con la Constitución se debe establecer mediante confrontación directa con la respectiva preceptiva constitucional. “En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad.”.

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Confrontación directa de la constitución. Sala Plena del Consejo de Estado. Competencia residual / ACCION DE NULIDAD - Actos eminentemente administrativos. Confrontación mediata con la constitución. Competencia de las Salas del Consejo de Estado por especialidad

Salas de lo Contencioso Administrativo, no todos los decretos del Gobierno Nacional son susceptibles de ser avocados por el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y en acción de nulidad por inconstitucionalidad, en la medida que a esta solamente le atañe el control de constitucionalidad de los decretos cuya competencia no corresponda a la corte constitucional. ya lo expresó la corporación: “[...] el hecho de que los cargos de la demanda estén referidos solamente a la violación de normas constitucionales, no convierte la acción instaurada en la de nulidad por inconstitucionalidad” pues si los actos enjuiciados son de naturaleza eminentemente administrativa y su confrontación con la carta política es mediata, a tal demanda se le habrá de dar el tratamiento de acción de nulidad y su conocimiento estará a cargo de alguna de las cinco secciones que conforman la sala de lo contencioso administrativo, atendiendo al tema tratado en el acto censurado.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Competencia. Efectos

En conclusión, en Colombia, el sistema de control de constitucionalidad es *mixto y difuso*, en la medida en que todo juez tiene la potestad de inaplicar por vía de excepción cualquier norma jurídica que para el caso sub exámine estime inconstitucional, con base en la autorización dada por el artículo 4º del Estatuto Superior, decisión que sólo tendrá efectos *inter partes*, y, además de la Corte Constitucional, sólo el Consejo de Estado (art. 237-2 C.Po.), puede, con efectos *erga omnes*, declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los actos

administrativos transgresores de la Carta Política, cuya competencia no le esté asignada para tales efectos al juez constitucional.

INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE - Efectos. Antecedente jurisprudencial / ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Diferencias con la acción de nulidad por inconstitucionalidad / ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Diferencias con la acción de inconstitucionalidad

Existe, entre otras, una gran diferencia entre la acción de inexecuibilidad que tramita la Corte Constitucional y la de nulidad que conoce el Consejo de Estado, consistente en que, en la primera, los vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto y, al contrario, en la jurisdicción de lo contencioso pueden ser alegados en cualquier tiempo, pues existe el cargo de expedición irregular, como causal autónoma de anulación. Frente a las disposiciones del Gobierno proceden medidas cautelares, como la suspensión provisional, que exige como requisitos los establecidos en el artículo 152 del C.C.A., que, para las acciones de nulidad, se contraen a que se solicite por escrito y se demuestre la manifiesta infracción de las normas invocadas como violadas, por confrontación directa o mediante los documentos públicos aducidos con la solicitud.

CONTROL DE LEGALIDAD DE DECRETOS DEL GOBIERNO - Acción procedente. Efectos. Procedimiento. Legitimación por activa

El contencioso de anulación es el medio de control mediante el cual la persona interesada puede ocurrir ante la jurisdicción para controvertir todo acto administrativo o decreto del Gobierno con el fin de mantener el orden, la legalidad y la Constitucionalidad en forma abstracta y objetiva, por ende, los fallos a través de los cuales el Consejo de Estado resuelva el conflicto tienen el carácter de obligatorios y producen efectos erga omnes. A falta de procedimiento especial, el trámite que debe seguirse es el ordinario consagrado en el Código Contencioso Administrativo, salvo en lo relativo al periodo probatorio, el cual, de ser necesario, tendrá un término máximo de (10) días; la legitimación por activa la posee todo ciudadano, lo cual no excluye a las personas jurídicas, y, al igual que en las acciones por inconstitucionalidad presentadas ante la Corte Constitucional, los ciudadanos pueden intervenir como impugnadores o defensores de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros y el Ministerio Público puede intervenir en todos los procesos. De otro lado es un hecho cierto, porque así se reconoció en la parte motiva de los decretos acusados, que "*Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación carece de activos que le permitan atender en debida forma el pago de sus obligaciones pensionales*", sin embargo, esto no indica que la empresa en liquidación esté totalmente insolvente y no pueda asumir la carga prestacional de aquellos pensionados que quedaron por fuera del cálculo actuarial y que estas obligaciones queden insolutas.

ACCION DE NULIDAD - Causales objetivas. Causales subjetivas

El control sustancial que ejerce el Consejo de Estado se da bajo las causales de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., a saber, violación de la Constitución y de la Ley, incompetencia, expedición irregular, violación del derecho de audiencia y de defensa, falsa motivación y desviación de poder. De estas causales tienen características predominantes de orden objetivo: la violación normativa, de la Constitución, Tratados Internacionales o leyes; la incompetencia; la expedición irregular y la violación del derecho de defensa, en las cuales, del

simple cotejo entre el acto, incluyendo el proceso de formación, y las normas en que debió fundarse, emerge la causal anulatoria, es decir, normalmente hay una confrontación directa norma-acto. Los restantes cargos, falsa motivación y desviación de poder, exigen del fallador administrativo inmiscuirse en el fondo del asunto con diversidad de pruebas, en una relación acto-sujeto, para deducir o inferir la causal de anulación, es decir, en estas causales predominan los elementos subjetivos.

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION - Alcance

La declaración de inconstitucionalidad por omisión se traduce generalmente en la constatación por parte del órgano jurisdiccional de la inercia del legislador en dar cumplimiento a la obligación constitucional de expedir leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales, es decir cuando el legislador no cumple el deber de legislar o lo hace parcialmente.

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION - Procedencia. Finalidad

El control jurisdiccional de esta omisión es procedente cuando el legislador o cualquier autoridad pública incumple el deber, expreso o tácito, de desarrollar un principio o precepto constitucional, en el término previsto por la Constitución o en un período razonable, y ello acarrea la ineficacia o la violación de las normas superiores al imposibilitar el cumplimiento de las garantías contenidas en el texto superior. El control sobre las omisiones inconstitucionales tiene como finalidad propender por el imperio de la Constitución Política como norma fundamental y suprema.

CONTROL POR OMISION DE CONSTITUCIONALIDAD - Clases de sentencias

Cuando se efectúa el control constitucional pueden proferirse 3 clases de sentencias, a saber: 1. Las que constatan la omisión del legislador. 2. Las que ordenan o recomiendan al legislador que legisle sobre una determinada materia, porque así lo exige la Constitución o se desprende de la naturaleza del precepto para hacerlo eficaz. 3. Las que recomiendan que se legisle y a la vez indican al legislador o al Gobierno Nacional, en este caso, que señale cuál debe ser el contenido de la ley o del reglamento. Finalmente conviene señalar que en la inconstitucionalidad por omisión se juzga la conducta negativa, de inercia o inactividad de un órgano del poder que no adecuó su conducta, total o parcialmente, al cumplimiento de la obligación de dictar una norma tendiente a garantizar la efectividad de los mandatos constitucionales y legales. A los ciudadanos se les deben proporcionar las vías procesales idóneas con el fin de que los afectados con la omisión inconstitucional puedan acceder a la administración de justicia con el fin de obtener la descalificación de la conducta omisiva, pues un derecho sin acción o posibilidad de ejercicio resulta inexistente.

OMISIONES CONSTITUCIONALES – Clasificación / OMISIONES CONSTITUCIONALES ABSOLUTAS – Ocurrencia / OMISIONES CONSTITUCIONALES RELATIVAS - Ocurrencia

Las omisiones inconstitucionales se clasifican en absolutas o relativas, según afecten derechos fundamentales o no lo hagan. Las omisiones absolutas se presentan cuando la Constitución impone el deber de desarrollar un mandato general y el órgano competente omite todo tipo de actuación tendiente a desarrollar la norma, es decir, cuando hay ausencia total de la norma que debe regular la situación. La omisión relativa se presenta cuando el legislador o la

autoridad encargada regula una materia pero lo hace irrespetando derechos adquiridos o vulnerando el principio de igualdad ante la ley

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION RELATIVA - Requisitos. Antecedente jurisprudencial / INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN - Es procedente invocarla en la acción de nulidad / ACCCIÓN DE NULIDAD - Es procedente invocar la inconstitucionalidad por omisión

Esta Sala, considera que, *mutatis mutandis*, es procedente a través de la acción de nulidad discutir la existencia de una omisión reglamentaria, cuando, a partir de su expedición, se excluye o se omite incluir en un reglamento, sin razón justificada, a un grupo de personas beneficiarias o posibles beneficiarias de una preceptiva legal. La procedencia de la declaración de " *inconstitucionalidad por omisión*" tiene fundamento, además, en el artículo 170 del C.C.A.,.Esta norma, le permite al Juez de lo Contencioso Administrativo, al revisar la legalidad de una norma, estatuir nuevas disposiciones, modificarlas o reformarlas, lo que debe entenderse en sentido amplio, es decir, no sólo para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la de reparación directa, como se había concebido inicialmente, sino para la acción de simple nulidad, en donde, como en el presente caso, a partir de la anulación del acto general se pueden incluir disposiciones nuevas que modifiquen o reformen, de acuerdo con la Constitución y la Ley, las que se declaren nulas.

DECRETOS DEL GOBIERNO POR LOS QUE ASUMEN LAS OBLIGACIONES PENSIONALES DE ALCALIS DE COLOMBIA - La limitación a aquellas que tuviera consolidados los cálculos actuariales no se deriva omisión Constitucional / NULIDAD POR OMISION CONSTITUCIONAL - No se presenta en los Decretos del Gobierno en los que solo asume las obligaciones pensionales de Álcalis de Colombia que tuvieran consolidados los cálculos actuariales / CALCULOS ACTUARIALES – Concepto / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO – Aplicación. Obligaciones pensionales

La Sala encuentra que no existe la alegada inconstitucionalidad por omisión, en la medida en que los Decretos demandados lo único que hacen es incorporar a las obligaciones de la Nación las obligaciones pensionales de la extinta empresa Álcalis de Colombia que estuvieren previamente delimitadas y cuantificadas, a través del denominado cálculo actuarial. El denominado cálculo actuarial es la masa de dineros requeridos para el pago de las obligaciones pensionales contraídas por las empresas, y desde el punto de vista de las obligaciones financieras que avala debe ser cierto y definido. Los Decretos acusados para asumir las obligaciones pensionales de la extinta Álcalis exigieron que estuviesen consolidados los cálculos actuariales y respecto de las demás obligaciones pensionales, que carecieran de cálculo actuarial aprobado, señalaron que deben ser asumidas de acuerdo con la prelación de créditos aplicable a las empresas en liquidación. De otro lado es un hecho cierto, porque así se reconoció en la parte motiva de los decretos acusados, que "Álcalis de Colombia Ltda., en liquidación carece de activos que le permitan atender en debida forma el pago de sus obligaciones pensionales", sin embargo, esto no indica que la empresa en liquidación esté totalmente insolvente y no pueda asumir la carga prestacional de aquellos pensionados que quedaron por fuera del cálculo actuarial y que estas obligaciones queden insolutas. De otra parte, la Nación no puede asumir directamente el pago de las pensiones sino que, en aplicación del principio de legalidad del gasto, (artículos 345 y 346 de la Constitución Política) sólo las puede incluir en el presupuesto de gastos decretados conforme a la ley, de acuerdo con las disponibilidades de recursos y las prioridades del gobierno. En otras palabras,

para que la Nación asuma las obligaciones pensionales de Álcalis de Colombia, que no están relacionadas en el cálculo actuarial, debe probarse primero su estado de insolvencia y designar la forma como se asume el pasivo mencionado, con la inclusión del monto de las apropiaciones suficientes del presupuesto nacional para efectuar los pagos a que hubiere lugar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil ocho (2008).-

Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00092-00(1017-04)

Actor: ASOCIACION NACIONAL DE PENSIONADOS DE ALCALIS DE COLOMBIA Y CARLOS ARTURO PEREZ AYARZA

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala la acción de simple nulidad presentada por el señor CARLOS ARTURO PÉREZ AYARZA, en nombre propio y de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE PENSIONADOS DE ÁLCALIS DE COLOMBIA, contra los Decretos 805 de 8 de mayo de 2000 y 1578 de 30 de julio de 2001, proferidos por el Gobierno Nacional.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad la ASOCIACIÓN NACIONAL DE PENSIONADOS DE ÁLCALIS DE COLOMBIA solicitó la declaratoria de “inconstitucionalidad por omisión, con facultades del control de legalidad”, de la parte excluyente de los Decretos 805 de 8 de mayo de 2000, *“por el cual se asumen unas obligaciones”*, y 1578 de 30 de julio de 2001, *“por el cual se modifica parcialmente el Decreto 805 de 2000 y se dictan otras disposiciones”*, proferidos por el Gobierno Nacional.

Como consecuencia de la anterior declaración, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Ley 254 de 2000, solicitó se le ordene al Gobierno expedir otro decreto que amplíe el campo de aplicación de los Decretos acusados, de manera que no sólo puedan ser atendidas con los recursos de la Nación las

personas que figuren en el cálculo actuarial al momento del reconocimiento pensional, debiendo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público transferir al Ministerio de Industria y Turismo los recursos para el cabal cumplimiento de lo ordenado en la sentencia.

Basó su pretensión en los siguientes hechos:

Álcalis de Colombia Ltda., "ALCO Ltda.", es una empresa industrial y comercial del Estado, actualmente en liquidación.

Iniciado el proceso de liquidación, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, se hizo cargo del pago de las acreencias pensionales hasta el momento en que se agotaron los recursos propios de Álcalis de Colombia Ltda.

El Ministerio de Hacienda expidió el Decreto 805 de 8 de mayo de 2000, por el cual la Nación asume el pago de las pensiones de los trabajadores de Álcalis de Colombia que se hubieran causado y se estuvieran pagando a 31 de diciembre de 1998, omitiendo incluir a los trabajadores que adquirieran su derecho pensional con posterioridad.

El 30 de julio de 2001, por Decreto 1578, el Ministerio de Hacienda, incluyó a los trabajadores cuyo derecho pensional se encontrara dentro del cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia de Sociedades en diciembre de 2000, correspondiente a la vigencia de 1999, omitiendo igualmente a los trabajadores que adquirieran su derecho pensional con posterioridad a diciembre de 1999.

Mediante Decreto 2590 de 12 de septiembre de 2003 se ordenó la disolución y liquidación del Instituto de Fomento Industrial, IFI, sin tener en cuenta lo previsto en el numeral 2 del Decreto 1578 de 2001, que responsabiliza a los socios del extinto IFI para responder por las acreencias laborales y, en especial, por el pasivo pensional que resultara posteriormente.

En la actualidad, Álcalis de Colombia, en liquidación, no tiene bienes propios para asumir el pago de su pasivo pensional, por lo que existen más de 100 ex trabajadores con derecho pensional reconocido pero frente a la imposibilidad de percibir su pago, toda vez que el Ministerio de Hacienda argumenta que es el Instituto de Fomento Industrial, IFI, quien debe asumir ese pasivo pensional.

Como normas violadas refirió:

Artículos 1, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.

En el concepto de su violación indicó:

- Con la expedición de los decretos 805 de 2000 y 1578 de 2001 se vulneró el derecho a la igualdad de los trabajadores de Álcalis de Colombia, en liquidación, que adquirieron su derecho pensional con posterioridad a diciembre de 1999, puesto que el Decreto 1578 sólo reconoció el pago de la prestación pensional a quienes figuraran en el cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia de Sociedades en diciembre de 2000, correspondiente a la vigencia de 1999.

La Corte Constitucional, en sentencia C-146 de 1998, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández, destacó así los requisitos necesarios para que prospere el cargo de inconstitucionalidad por omisión, los cuales se aprecian en el caso *sub exámine*: *“es necesario que se cumplan determinados requisitos tales como la existencia de una norma sobre la cual se predica; la omisión en tal norma de sus consecuencias de aquellos casos que por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada y el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.”*

Los Decretos 805 de 2000 y 1578 de 2001 desconocen el artículo 32 del Decreto Ley 254 de 2000, por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, según el cual dichas entidades asumirán en su totalidad el pago de las acreencias laborales.

El Estado Colombiano desconoció el derecho a la igualdad de más de 100 trabajadores de Álcalis que tienen decretadas sus pensiones pero no ha sido posible que se les paguen las mesadas por ser de cargo del Instituto de Fomento Industrial, “IFI”, cuando esta entidad no tiene bienes con qué responder pues sólo

tiene recursos para atender exclusivamente su funcionamiento (artículo 22 del Decreto 2590 de 2003).

2. De igual forma, se han desconocido los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, el primero por cuanto el Estado debe garantizar el pago oportuno y el reajuste periódico de las asignaciones pensionales de sus ex trabajadores y a la fecha no se sabe quién o a través de qué medios les pagará la pensión, y el segundo, porque se han vulnerado los derechos adquiridos de los pensionados de Álcalis de Colombia, a quienes les asiste el derecho a recibir el valor de su pensión.

CONTESTACIONES

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en escrito visible de folios 250 a 264, expuso:

En el escrito de demanda el actor solicita se declare la inconstitucionalidad por omisión de la *parte excluyente de los Decretos 805 de 2002 y 1578 de 2001*, sin individualizar los artículos acusados, lo que claramente contraviene el objeto propio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado al estimar que si se trata de impugnar decretos la acción procedente es la de nulidad y su objeto consiste en que se declare nulo un acto administrativo.

Si el objeto de la presente acción es que la Nación asuma el pago del pasivo respecto de unos ex trabajadores pensionados de Álcalis de Colombia, es claro que se trata de obtener el reconocimiento de un derecho particular y concreto en cabeza de cada uno los ex trabajadores, lo cual no resulta procedente a través de la acción de inconstitucionalidad o de simple nulidad.

En consecuencia debe declararse la ineptitud de la demanda por las razones expuestas

La Nación no es directamente responsable de las obligaciones de las entidades públicas en liquidación, sino de forma subsidiaria, conforme al Decreto ley 254 de 2000.

La Nación, considerando que Álcalis de Colombia Ltda. carecía de los recursos necesarios para pagar las mesadas pensionales de sus ex trabajadores, y ante la difícil situación financiera por la que atravesaba el Instituto de Fomento Industrial IFI, decidió asumir el pago de las citadas prestaciones hasta el monto previsto en el cálculo actuarial, aprobado por la Superintendencia de Sociedades, con el fin de que su pago efectivo fuera realizado a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, FOPEP.

La adquisición por la Nación del pasivo pensional de Álcalis, mediante los Decretos 805 de 2000 y 1578 de 2001, no tenía como propósito privar a los pensionados de su derecho prestacional, toda vez que la Nación, con las normas censuradas, asume las obligaciones incluidas en el cálculo actuarial y Álcalis de Colombia y sus socios responderían por el pasivo pensional emergente.

Por su parte, el Ministerio de la Protección Social, en escrito de folios 276 a 289, indicó:

La Ley 573 de 2000 facultó al Gobierno para expedir un régimen de liquidación de las entidades públicas que le permitiera asumir sus pasivos, ya que por ser personas jurídicas distintas de la Nación sus pasivos no la comprometen directamente.

Así, la Nación, considerando que Álcalis de Colombia Ltda. carecía de los recursos económicos necesarios para saldar su pasivo pensional, decidió asumirlo por el monto establecido en el cálculo actuarial, aprobado por la Superintendencia de Sociedades, por intermedio del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, FOPEP, por lo que es evidente que con la expedición de los Decretos 805 de 2000 y 1578 de 2001 no se pretendió negarles a los ex trabajadores de Álcalis de Colombia el disfrute de su derecho pensional.

En su demanda, el actor solicita se declare la inconstitucionalidad por omisión de la *parte excluyente de los Decretos 805 de 2002 y 1578 de 2001*, lo cual no corresponde al objeto de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

No existe violación del derecho a la igualdad en la expedición de los Decretos 805 de 2000 y 1578 de 2001, en razón al criterio objetivo de diferenciación entre los pasivos que asumió la Nación y aquellos respecto de los cuales no lo hizo, cuya finalidad consistió en evitar que por vía de la asunción de pasivos la Nación adquiriera obligaciones cuyo monto real se desconoce.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto solicitando desestimar la pretensión de la demanda. (Fls. 304 a 309):

Para comprender en toda su dimensión el derecho a la igualdad se recurre en muchas oportunidades al mecanismo de *descifrarlo* por su contenido, esto es, si el tratamiento dado por el legislador resulta discriminatorio y odioso ante situaciones semejantes.

En el caso *sub exámine*, el requisito de existencia de una disposición que resuelva adversamente los efectos jurídicos de la asunción de las obligaciones pensionales y laborales de Álcalis de Colombia más allá del 31 de diciembre de 2000 se echa de menos cuando la pretensión del accionante no está dirigida a la nulidad de los Decretos 805 de 2000 y 1578 de 2001.

Se encuentra justificado el tratamiento desigual frente a los trabajadores de Álcalis de Colombia que a la fecha de la aprobación del cálculo actuarial no habían consolidado su derecho pesional, tal como lo sostiene la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público: *“Desde este punto de vista debe observarse que a la fecha en que la nación asumió el pasivo pensional, no todos los pensionados de ÁLCALIS (sic) que actualmente tienen esa calidad se encontraban incluidos en el cálculo actuarial, pues muchos de ellos no tenían un derecho claro frente a ÁLCALIS.”*. No obstante, los citados empleados mediante las acciones legales pertinentes han reclamado su derecho prestacional, quedando pendiente a la fecha su solución monetaria.

Finalmente, aunque en el caso *sub exámine* no hubo violación alguna de norma constitucional, como en el fondo la pretensión del accionante era el reconocimiento de las acreencias pensionales y laborales de los ex trabajadores de Álcalis de Colombia, la selección de la acción de simple nulidad resultó

equivocada, máxime cuando no es posible realizar un juicio de legalidad frente a normas inexistentes.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Consiste en decidir, según se deduce, si procede la declaración de nulidad parcial, solicitada por el señor CARLOS ARTURO PÉREZ AYARZA, en nombre propio y de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE PENSIONADOS DE ÁLCALIS DE COLOMBIA, en contra de los Decretos 805 de 8 de mayo de 2000 y 1578 de 30 de julio de 2001.

Las normas acusadas establecen:

“DECRETO 805 DE 2000

(mayo 8)

Diario Oficial No 44.007, de 16 de mayo de 2000

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Por el cual se asumen unas obligaciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, el parágrafo 6o del artículo 1o de la Ley 573 de 2000 y el artículo 32 del Decreto-ley 254 de 2000,

CONSIDERANDO:

Que la empresa Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación, es una entidad descentralizada indirecta del orden nacional, sociedad de economía mixta, en la cual el Instituto de Fomento Industrial posee más del noventa por ciento del capital social;

Que Álcalis de Colombia Ltda. se encuentra actualmente en liquidación;

Que Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación, tiene obligaciones pensionales para con sus ex trabajadores, cuyo valor según cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia de Sociedades a diciembre 31 de 1998 mediante Oficio número 91453 del mes de octubre de 1999, asciende a \$128.696.745.553.00;

Que Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación carece de activos que le permitan atender en debida forma el pago de dichas obligaciones pensionales;

Que el artículo 32 del Decreto-ley 254 de 2000 dispone que cuando se trate de entidades descentralizadas indirectas, sólo procederá la asunción respecto de aquellas cuya liquidación se encuentre en firme a la fecha de entrada en vigencia de dicho decreto, y siempre y cuando en su capital participe una entidad descentralizada directa en un porcentaje superior al noventa por ciento (90%).

Para tal efecto, cuando de acuerdo con disposiciones legales la entidad descentralizada directa deba responder por los pasivos de la entidad de la cual es socia o accionista, se requerirá que ésta no se encuentre en

capacidad financiera de hacerlo a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para tal efecto, igualmente se ha verificado por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cumplimiento de cada uno de los requisitos establecidos en las disposiciones legales, que permiten proceder con la asunción del pasivo y en particular se ha cumplido con lo señalado por el artículo 32 del Decreto-ley 254 de 2000,

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. En virtud del presente decreto la Nación asume las obligaciones pensionales a cargo de Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación a partir del año 2000 respecto de las personas que figuran en el cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia de Sociedades en el mes de octubre de 1999 correspondiente a la vigencia de 1998, y en los términos previstos en el mismo, así como de los aportes futuros al ISS por estas personas para efecto de la compartibilidad de pensiones.

Este cálculo deberá ser actualizado y entregado como lo dispone el artículo 2o del presente decreto. Esta asunción excluye cualquier otra obligación de Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación que esté determinada o pueda determinarse, las cuales serán de cargo de la empresa en liquidación y de sus accionistas, en este último caso cuando ello corresponda de acuerdo con la ley.

ARTÍCULO 2o. El pago de las mesadas pensionales que correspondan al pasivo pensional que asume la Nación según el artículo anterior, será realizado por conducto del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, una vez sea actualizado con las bases técnicas establecidas en el Decreto 2498 de 1988 y revisado el cálculo actuarial por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación con la aprobación de la Superintendencia de Sociedades y se entregue al Fopep el archivo plano de la nómina con todos los datos correspondientes.

ARTÍCULO 3o. El reconocimiento de las pensiones y la liquidación de la nómina del pasivo pensional de Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación, para efectos de su pago, una vez sea asumido por el Fopep, estará a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, una vez le haya sido entregada a satisfacción toda la información que esta requiera para el efecto.

Para la organización, seguridad y debida conservación de los archivos, Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación tomará las medidas pertinentes de acuerdo con las instrucciones que conjuntamente impartan los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social.

ARTÍCULO 4o. Los bonos pensionales que correspondería expedir a Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación, así como las cuotas partes de bonos a cargo de la misma, serán emitidos por la Nación por conducto de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de los límites previstos en el artículo 1o de este decreto.

ARTÍCULO 5o. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 2o, 3o y 4o de este decreto, Álcalis deberá entregar al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, a la Caja Nacional de Previsión y a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público toda la información que estas dependencias y entidades requieran.

PARÁGRAFO. Hasta tanto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a través del Fopep asuma la obligación de pago del pasivo pensional, Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación continuará realizando el

reconocimiento y elaboración de la nómina, así como el pago de las pensiones, asumidas por la Nación, de acuerdo con el artículo 1o de este decreto, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través del Ministerio de Desarrollo Económico, transferirá los recursos correspondientes.

ARTÍCULO 6o. El presente decreto rige a partir de la fecha de publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Santa Fe de Bogotá, D. C., a 8 de mayo de 2000.

ANDRES PASTRANA ARANGO

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR.

El Ministro de Desarrollo Económico,

JAIME ALBERTO CABAL SANCLEMENTE.

La Ministra de Trabajo y Seguridad Social,

GINA MAGNOLIA RIAÑO BARÓN.”.

“DECRETO 1578 DE 2001

(julio 30)

Diario Oficial No. 44.503, de 30 de julio de 2001

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Por el cual se modifica parcialmente el Decreto **805** de 2000 y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo **32** del Decreto-ley 254 de 2000,

CONSIDERANDO:

Que en virtud del Decreto **805** de 2000 la Nación asumió las obligaciones pensionales a cargo de Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación a partir del año 2000, respecto de las personas que figuraban en el cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia de Sociedades correspondiente a la vigencia de 1998;

Que a 31 de diciembre de 1999 se incluyeron nuevas personas en el cálculo actuarial, el cual fue aprobado en diciembre de 2000 por la Superintendencia de Sociedades;

Que el valor correspondiente a las personas que fueron incluidas en el último cálculo actuarial aprobado asciende a la suma de \$2.052.044.360.00;

Que Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación carece de activos que le permitan atender en debida forma el pago de sus obligaciones pensionales;

Que así mismo para adelantar el proceso de liquidación es necesario lograr que se disponga de los recursos para pagar las prestaciones e indemnizaciones que correspondan por la terminación de los contratos de trabajo aún vigentes, para lo cual Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación, tampoco cuenta con recursos disponibles;

Que en concordancia con lo establecido en el artículo **32** del Decreto-ley 254 de 2000, a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, como entidad descentralizada directa propietaria de más del 90% del capital social de Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación, no se encuentra en capacidad financiera para asumir el pasivo de que tratan los considerandos anteriores,

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. El artículo 1o del Decreto 805 de 2000 quedará así:

"En virtud del presente decreto la Nación asume las obligaciones pensionales a cargo de Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación a partir del año 2000 respecto de las personas que figuran en el cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia

de Sociedades en el mes diciembre de 2000, correspondiente a la vigencia de 1999, y en los términos previstos en el mismo, así como los aportes futuros al ISS por estas personas, para efecto de la compartibilidad de pensiones.

Este cálculo deberá ser actualizado y entregado como lo dispone el artículo 2o del presente decreto. Esta asunción excluye cualquier otra obligación de Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación que esté determinada o pueda determinarse en el futuro, así como las obligaciones pensionales que no hubiesen sido incluidas en el cálculo actuarial aprobado en la fecha indicada en el inciso anterior, las cuales serán de cargo de la empresa en liquidación y de sus socios de acuerdo con la Ley.

ARTÍCULO 2o. La Nación también asume las obligaciones laborales y las indemnizaciones que Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación, deba pagar con ocasión de la terminación del contrato de trabajo de los trabajadores que aún se encuentren activos laborando en la empresa a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.

ARTÍCULO 3o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá, D. C., a 30 de julio de 2001.

ANDRES PASTRANA ARANGO

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

JUAN MANUEL SANTOS.

El Ministro de Desarrollo Económico,

EDUARDO PIZANO DE NARVÁEZ.

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social,

ANGELINO GARZÓN."

Los decretos, acusados, como se lee en sus encabezados, se fundamentaron en los artículos 189-25 de la Carta Política, 1, parágrafo 6º, de la Ley 573 de 2000 y 32 del Decreto Ley 254 de 2000, que, en su orden, establecen:

Constitución Política:

"Artículo 189º, 25:

Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...]

25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo,

aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.”

Ley 573 de 2000, artículo 1º, parágrafo 6º:

“ARTICULO 1o. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término de quince (15) días contados a partir de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para:

[...]

PARAGRAFO 6o. En las liquidaciones de entidades públicas, la Nación podrá asumir o garantizar obligaciones de estas entidades, incluidas las derivadas de las cesiones de activos, pasivos y contratos que haya realizado la entidad en liquidación, las cuales no causarán impuesto de timbre si se hace entre entidades públicas.”¹

Decreto Ley 254 de 2000, artículo 32:

“ARTICULO 32. PAGO DE OBLIGACIONES. Corresponderá al liquidador cancelar las obligaciones pendientes a cargo de la masa de la liquidación, previa disponibilidad presupuestal, con el fin de realizar su liquidación progresiva; para ello se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- 1. Toda obligación a cargo de la entidad en liquidación deberá estar relacionada en un inventario de pasivos y debidamente comprobada.*
- 2. En el pago de las obligaciones se observará la prelación de créditos establecida en las normas legales. Para el pago de las obligaciones laborales el Liquidador deberá elaborar un plan de pagos, de acuerdo con las indemnizaciones a que hubiere lugar; este programa deberá ser aprobado por la Junta Liquidadora, cuando sea del caso.*
- 3. Las obligaciones a término que superen el plazo límite fijado para la liquidación podrán cancelarse en forma anticipada, sin lugar al pago de intereses distintos de los que se hubieren estipulado expresamente.*
- 4. El pago de las obligaciones condicionales o litigiosas se efectuará solamente cuando éstas se hicieren exigibles.*
- 5. Para el pago del pasivo se tendrá en cuenta la caducidad y la prescripción de las obligaciones, contenidas en las normas legales vigentes.*

6. <Numeral adicionado por el artículo 18 de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Se podrán realizar pagos de pasivos mediante la dación en pago de bienes de la entidad, respetando en todo caso la prelación de créditos y el avalúo. Para tal fin, la dación se podrá

¹ Mediante Sentencia C-402-01 de 5 de abril de 2001, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional se declaró INHIBIDA para fallar sobre este parágrafo, por cuanto "se observa que el actor no explicó los motivos por los cuales estima que algunos de los fragmentos acusados desconocen los dictados superiores, motivo por el cual no es posible adoptar en relación con estas disposiciones una decisión de mérito con efectos de cosa juzgada constitucional.”

efectuar a favor de un acreedor o un grupo de ellos que tengan la misma prelación y que expresamente lo solicite por escrito.

[<Notas de Vigencia>](#)

7. <Numeral adicionado por el artículo [18](#) de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Se podrán aplicar las reglas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las normas que lo desarrollen para los eventos en que existan activos que no han podido ser enajenados o situaciones jurídicas que no hayan podido ser definidas.

PARAGRAFO. Las obligaciones de la Entidad en liquidación, incluyendo los pasivos laborales, se cancelarán con el producto de las enajenaciones, con observancia de las normas legales y presupuestales del caso, teniendo en cuenta la prelación de créditos. Los pasivos laborales incluirán el valor correspondiente al cálculo actuarial del pasivo pensional, el cual se entregará a la entidad que deba asumir el pago de las pensiones y de Bonos Pensionales, si hubiere lugar a ello, con la preferencia reconocida por las normas vigentes sobre obligaciones laborales.

En caso de que los recursos de la liquidación de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional no societaria sean insuficientes, las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad. Para tal efecto se deberá tomar en cuenta la entidad que debía financiar la constitución de las reservas pensionales.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo 6 del artículo [1](#) de la Ley 573 del 2000, la Nación podrá asumir o garantizar obligaciones de las entidades públicas del orden nacional, incluidas las derivadas de las cesiones de activos, pasivos y contratos que haya realizado la entidad en liquidación, actuaciones que no causarán el impuesto de timbre siempre y cuando se realicen entre entidades públicas.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, cuando se trate de entidades descentralizadas indirectas, sólo procederá la asunción respecto de aquellas cuya liquidación se encuentre en firme a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, y siempre y cuando en su capital participe una entidad descentralizada directa en un porcentaje superior al noventa por ciento (90%). Para tal efecto, cuando de acuerdo con disposiciones legales la entidad descentralizada directa deba responder por los pasivos de la entidad de la cual es socia o accionista, se requerirá que ésta no se encuentre en capacidad financiera de hacerlo a juicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cuando se trate de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta directas, sólo podrá procederse a la asunción una vez se hayan agotado los activos o se haya establecido que no es posible la realización de los mismos.

En todo caso, la Nación únicamente será responsable por las obligaciones de las entidades societarias en los eventos expresamente previstos en el presente decreto.”.

Por los Decretos acusados la Nación directamente asumió las obligaciones pensionales de la empresa Álcalis de Colombia Limitada, en liquidación, respecto de las personas que figuraban en el cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia de Sociedades correspondiente a las vigencias de los años 1998 y 1999, aprobados en los años 1999 y 2000, respectivamente.

De la misma forma, como lo alega el actor, el Gobierno se abstuvo de incluir las demás obligaciones pensionales, que existían o pudieran llegar a existir respecto de los demás pensionados no incluidos en los cálculos actuariales aprobados.

La Sala analizará en primer lugar la acción de nulidad impetrada respecto de los siguientes aspectos: 1) La competencia del Consejo de Estado para realizar el Control de Constitucionalidad de los Decretos del Gobierno Nacional, 2) Los parámetros bajo los cuales ejerce ese control y 3) De la “*inconstitucionalidad por omisión*” y solución al caso concreto.

1) La competencia del Consejo de Estado para realizar el Control de Constitucionalidad de los Decretos del Gobierno Nacional.

El control de constitucionalidad en Colombia se inició bajo la vigencia de la Carta de 1886, en el año 1910, con ocasión del Acto Legislativo No. 3 del 31 de octubre, cuando no sólo se concentró dicha facultad en cabeza de la Corte Suprema de Justicia sino que surgieron en nuestro ámbito jurídico los dos principales modos de control, el público o acción de inconstitucionalidad y el privado o excepción de inconstitucionalidad².

Las atribuciones al Consejo de Estado respecto del control de constitucionalidad sólo le fueron asignadas a partir del Acto Legislativo No. 1 del 16 de febrero de 1945, que le otorgó la función de guardar la constitucionalidad de algunos decretos, “dando lugar a la dualidad de órganos controladores y a la llamada “*dispersión* “de competencias.”.³

² Acto Legislativo No. 3 del 31 de octubre de 1910, arts 40 y 41.

³ SAA VELASCO. Ernesto. Pasado, presente y futuro del control constitucional en Colombia. En : Foro Colombiano. Bogotá, D.C. Tomo XXVII, número 157, año 14, julio de 1982, pg.14.

En 1991 se expidió la nueva Carta Política, que creó la Corte Constitucional y le otorgó al Consejo de Estado la competencia residual para el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad.

La nueva Constitución Política, si bien mantuvo el Consejo de Estado, con sus salas especializadas de lo contencioso administrativo (residual, laboral, contratación y reparación directa, impuestos y electoral), amén de la Sala de Consulta y Servicio Civil, lo fortaleció al otorgarle facultades de máximo organismo de lo contencioso administrativo y la competencia residual para el conocimiento de la anulación de los decretos del Gobierno.

En efecto, la Carta Política, en su artículo 237, expresamente dispuso:

Son atribuciones del Consejo de Estado:

“1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.

5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.”

La Carta Política, le otorgó, además, la potestad de *“suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”* (artículo

238), potestad que incluye, a no dudarlo, la de suspender los decretos dictados por el Gobierno Nacional.

La competencia de esta máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, en tratándose del referido control superior, no obstante ser residual, como lo dispone la disposición constitucional aludida (art. 237-2), abarca las competencias expresamente atribuidas en el artículo 237, numerales 1º y 2º.

La primera de estas funciones constituye el ejercicio del control de legalidad respecto de aquellos actos del Gobierno Nacional “[...] *dictados en ejercicio de la Función Administrativa, vale decir, a los que desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, o condicionan la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada*”⁴, control que es de naturaleza eminentemente administrativa y que se adelanta mediante los ritos propios de la acción de nulidad (artículo 84 Código Contencioso Administrativo), ya sea por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad.

La segunda atribución, relativa al conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, comprende aquellas demandas contra actos del Gobierno Nacional cuyo cotejo con la Constitución se debe establecer mediante confrontación directa con la respectiva preceptiva constitucional. “*En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad.*”⁵.

En la distribución interna de competencias en las Salas de lo Contencioso Administrativo, no todos los decretos del Gobierno Nacional son susceptibles de ser avocados por el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y en acción de nulidad por inconstitucionalidad, en la medida que a esta solamente le atañe el control de constitucionalidad de los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Ya lo expresó la Corporación: “[...] *el hecho de que los cargos de la demanda estén referidos solamente a la violación de normas constitucionales, no convierte la acción*

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia S-612 del 23 de julio de 1996, Consejero Ponente : Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

⁵ Ibidem.

*instaurada en la de nulidad por inconstitucionalidad*⁶, pues si los actos enjuiciados son de naturaleza eminentemente administrativa y su confrontación con la Carta Política es mediata, a tal demanda se le habrá de dar el tratamiento de acción de nulidad y su conocimiento estará a cargo de alguna de las cinco secciones que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al tema tratado en el acto censurado.

Por ello, en sus diferentes Salas, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha manifestado, que *“si bien es cierto que la acción instaurada fue promovida como de nulidad por inconstitucionalidad [de competencia de la sala plena], esta Sección [Sección Primera] es la competente para proferir la sentencia que dirima la controversia, dado que los Decretos acusados fueron expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el numeral 11 del artículo 189⁷ de la Constitución Política, en virtud de lo cual su control está atribuido al Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley (artículo 237, numeral 1, de la Constitución política)*⁸.

Esta relativa complejidad del ejercicio del control de constitucionalidad por parte del Consejo de Estado en cuanto a los asuntos que por competencia residual le están adjudicados, dio lugar a un conflicto positivo de competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado con ocasión de las demandas de inconstitucionalidad que contra algunos artículos del decreto 1421 de 1993, *“por el cual se expidió el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”*, fueron radicadas indistintamente por varios ciudadanos en las referidas corporaciones, que fue dirimido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁹, en providencia No. 2902 del 13 de octubre de 1993, con ponencia del Magistrado, Dr. Rómulo González Trujillo¹⁰, en favor del Consejo

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia AI-016, 27 de noviembre de 1997, Consejero Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

⁷ Esta disposición superior trata de la potestad del Presidente de la República para ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, tendientes a la cumplida ejecución de las leyes.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia AI-016, 27 de noviembre de 1997, Consejero Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, pudiéndose citar también, entre otros, el fallo de la misma Sección, del mismo Magistrado Ponente, número AI-025 del 16 de octubre de 1997.

⁹ Al Consejo Superior de la Judicatura, órgano creado en la Constitución de 1991, le corresponde, entre otras funciones, la de dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre las distintas jurisdicciones (art. 256, num. 6. Constitución Política).

¹⁰ “ leyendo detenidamente el artículo 241 de la Carta, se observa que sólo sus numerales 5 y 7 se refieren a decretos con fuerza de ley o a decretos legislativos, y que dichos numerales se contraen a conceder a la Corte Constitucional la vigilancia sobre la constitucionalidad de los decretos que el

de Estado, con el argumento de que, como el control de constitucionalidad del decreto acusado, 1421 de 1993, expedido por el Presidente de la República en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 41 transitorio de la Carta Política, no se hallaba expresamente atribuido a la Corte Constitucional, tiene plena aplicabilidad el numeral 1 del artículo 237 de la Carta y, por lo tanto, es de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, por la vía de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Sin embargo, asunto que también fue tratado en el mismo fallo, otro decreto, el 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, expedido igualmente con fundamento en una disposición constitucional transitoria (art. 5°, lit. b.) sí fue asignado para su control de constitucionalidad a la Corte Constitucional y no al Consejo de Estado, con la explicación de que otra norma constitucional transitoria, el artículo 10, expresamente les confirió rango legal, y le atribuyó a la Corte Constitucional el control de constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno con fundamento en las disposiciones transitorias consagradas en los artículos anteriores al mismo, es decir, los artículos constitucionales transitorios del 1 al 9, mientras que el decreto 1421 de 1993, cuya competencia se asignó al Consejo de Estado, se profirió con base en el artículo 41, transitorio.

En conclusión, en Colombia, el sistema de control de constitucionalidad es *mixto* y *difuso*, en la medida en que todo juez tiene la potestad de inaplicar por vía de excepción cualquier norma jurídica que para el caso sub exámine estime inconstitucional, con base en la autorización dada por el artículo 4° del Estatuto Superior¹¹, decisión que sólo tendrá efectos *inter partes*, y, además de la Corte

Gobierno dicte con fundamento en los artículos 150 numeral 10 ; 341 ; 212 ; 213 y 215 de la Norma Superior ; expresiones que sin lugar a dudas conceden un control restringido y muy determinado en esta materia, toda vez que en estas normas no se agota la posibilidad del Gobierno de expedir decretos ley.

Y resulta tan exacto lo anterior que el artículo 237 numeral 2° de la Carta, señalando una competencia residual con respecto de la Corte Constitucional para el Consejo de Estado, le puntualiza a éste que le corresponde “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. Así las cosas, independientemente de los apelativos que para determinar su naturaleza se otorguen a los decretos que expide el Gobierno, en el orden del control de constitucionalidad se distinguen dos clases : aquellos cuya guarda está asignada a la Corte Constitucional, con determinación específica de cuales son, y todos los demás, cuyo control pertenece al Consejo de Estado.[..].

¹¹ El artículo 4° de la Carta Política : “*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..*”.

Constitucional, sólo el Consejo de Estado (art. 237-2 C.Po.), puede, con efectos *erga omnes*, declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos transgresores de la Carta Política, cuya competencia no le esté asignada para tales efectos al juez constitucional.

Conviene aclarar que en lo tocante a la interpretación de las normas constitucionales referentes a los *derechos fundamentales*, la propia carta política, art. 241, numeral 9, consagra a favor de la Corte Constitucional, de manera expresa y exclusiva, la revisión sobre las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales¹², lo que permite afirmar que en relación con este tema, el control es concentrado o centralizado.

2) Parámetros bajo los cuales se juzgan los Decretos del Gobierno, por parte del Consejo de Estado.

Los artículos 84 y 85 del C.C.A. consagran dos acciones diferentes contra los actos de la administración, la de simple nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho.

El contencioso de anulación es el medio de control mediante el cual la persona interesada puede ocurrir ante la jurisdicción para controvertir todo acto administrativo o decreto del Gobierno con el fin de mantener el orden, la legalidad y la Constitucionalidad en forma abstracta y objetiva, por ende, los fallos a través de los cuales el Consejo de Estado resuelva el conflicto tienen el carácter de obligatorios y producen efectos *erga omnes*.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cambio, es el medio previsto por el ordenamiento positivo para obtener, como consecuencia de la nulidad del acto, el reconocimiento o resarcimiento de los derechos subjetivos amparados en una norma jurídica que han sido vulnerados.

De otra parte si decide el juez contencioso, en aplicación prevalente de la Carta Política, dejar de aplicar una norma por inconstitucionalidad, excepción de inconstitucionalidad, sus efectos son inter partes.

¹² PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho constitucional colombiano. Quinta edición. Bogotá D.C. : TEMIS, 1997. P. 46 a 48.

Teniendo en cuenta la demanda instaurada analizaremos ahora la primera acción, que corresponde al control de constitucionalidad ejercido por el Consejo de Estado en forma directa frente a los decretos dictados por el Gobierno.

Su conocimiento, en general, le ha sido atribuido a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹³ y a las Salas de Decisión de las Secciones de lo contencioso administrativo, según el caso, como ya lo ha definido la Corporación:

“La Constitución asignó al Consejo de Estado en el numeral 2 del artículo 237 la función de “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

En armonía con este precepto la Ley estatutaria de la Justicia (Ley 270 de 1996) dispuso :

“Artículo 37. De la Sala de lo Contencioso Administrativo. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales :

(...)

9) Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional; ...”

“Artículo 49. Control de Constitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno cuya competencia no haya sido atribuida a la Corte Constitucional de conformidad con el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución Política. El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”

El decreto objeto de la presente acción de nulidad por inconstitucionalidad no es de aquellos cuyo conocimiento está atribuido a la Corte Constitucional (numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Constitución) pues no fue dictado por el Presidente de la República en desarrollo de las atribuciones que le confieren los artículos 150, numeral 10, 212, 213 215 y 341 de la Constitución; en efecto, la norma atacada se expidió por el Primer Mandatario : *“(...) en desarrollo de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en la Ley 4 de 1992”*, razón por la cual el conocimiento de la acción de nulidad por inconstitucionalidad formulada en su contra encuadra en la

¹³ Así lo establece el decreto extraordinario 2288 de 1989, en su artículo 7°, num. 7, modificado y adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 33.

competencia residual asignada al Consejo de Estado por el numeral 2 del artículo 237 de la Carta Política, transcrito más arriba.

También debe mencionarse lo dispuesto por el artículo 13 del Acuerdo No.58 de 1999, Reglamento del Consejo de Estado, que asigna a la Sección Segunda el conocimiento de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales :

“Artículo 13. Distribución de los negocios entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

(...)

Sección Segunda

1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.”

Así las cosas, el Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad contra los artículos 2,3 y 6 del Decreto No. 1472 del 19 de julio de 2001, en tanto se trata de disposiciones cuyo examen de constitucionalidad no corresponde a la Corte Constitucional (numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Constitución) y, por tratarse de normas que versan sobre asuntos de carácter laboral, su conocimiento está asignado a la Sección Segunda por el Reglamento del Consejo de Estado. (Acuerdo No 58 de 1999).¹⁴

A falta de procedimiento especial, el trámite que debe seguirse es el ordinario consagrado en el Código Contencioso Administrativo¹⁵, salvo en lo relativo al periodo probatorio, el cual, de ser necesario, tendrá un término máximo de (10) días¹⁶; la legitimación por activa la posee todo ciudadano, lo cual no excluye a las personas jurídicas, y, al igual que en las acciones por inconstitucionalidad presentadas ante la Corte Constitucional, los ciudadanos pueden intervenir como impugnadores o defensores de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros y el Ministerio Público puede intervenir en todos los procesos.

El control sustancial que ejerce el Consejo de Estado se da bajo las causales de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., a saber, violación de la

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 1100103150002001019401, Auto del 11 de octubre de 2001, Consejero Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, actora ROSALBA INÉS JARAMILLO MURILLO.

¹⁵ Al tenor de la parte final del artículo 206 del Código Contencioso Administrativo, el procedimiento ordinario *“también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial”*.

¹⁶ Artículo 97 del Código Contencioso Administrativo (subrogado por el D.E. 2288/89, art. 7°, modificado por la Ley 270/96, art. 36 (Estatutaria de la Administración de Justicia).

Constitución y de la Ley, incompetencia, expedición irregular, violación del derecho de audiencia y de defensa, falsa motivación y desviación de poder.

De estas causales tienen características predominantes de orden objetivo: la violación normativa, de la Constitución, Tratados Internacionales o leyes; la incompetencia; la expedición irregular y la violación del derecho de defensa, en las cuales, del simple cotejo entre el acto, incluyendo el proceso de formación, y las normas en que debió fundarse, emerge la causal anulatoria, es decir, normalmente hay una confrontación directa norma-acto.

Los restantes cargos, falsa motivación y desviación de poder, exigen del fallador administrativo inmiscuirse en el fondo del asunto con diversidad de pruebas, en una relación acto-sujeto, para deducir o inferir la causal de anulación, es decir, en estas causales predominan los elementos subjetivos.

En cuanto a la violación normativa, fuera del control normal, consistente en el cotejo norma –Constitución, el Consejo de Estado ha elaborado su propia doctrina en relación con el tema de la inconstitucionalidad sobreviniente.

Antiguamente sostuvo sobre el particular que el enjuiciamiento de los actos administrativos solamente podía darse frente a normas superiores de derecho vigentes y preexistentes al momento de su expedición, considerando que cualquier incompatibilidad sobreviniente, entendida como *“la contrariedad que se presenta con posterioridad a la expedición del acto, entre éste y una norma constitucional o legal que nace a la vida jurídica después de él”*, daba lugar a su derogatoria pero la jurisdicción contenciosa no se hallaba facultada por el ordenamiento jurídico para declarar su inconstitucionalidad pues únicamente disponía de la facultad de anulación.

Esta posición la modificó con la sentencia de la Sección Primera del 10 de febrero de 1995, con ponencia del Consejero Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, en el cual consideró que, en atención al artículo 4° constitucional y a la Ley 153 de 1887, artículo 9°¹⁷ :

¹⁷ La norma citada establece: “La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente.”.

[...] la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto.

Tratándose del análisis de inconstitucionalidad con efectos erga omnes, como es el caso de la acción sub exámine, considera la Sala, y con ello rectifica su posición anterior, que en aras de preservar la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y para dar cabal cumplimiento al principio fundamental estatuido en su artículo 4°. Se impone para el juzgador frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella, a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional.

El planteamiento anterior fue acogido en la Sala Plena en sentencia del 3 de junio de 1997, Consejero Ponente Dr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, expediente AI-04, actor JULIO HERNANDO GONZÁLEZ CORTÉS.

Existe, entre otras, una gran diferencia entre la acción de inexecuibilidad que tramita la Corte Constitucional y la de nulidad que conoce el Consejo de Estado, consistente en que, en la primera, los vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto y, al contrario, en la jurisdicción de lo contencioso pueden ser alegados en cualquier tiempo, pues existe el cargo de expedición irregular, como causal autónoma de anulación.

Frente a las disposiciones del Gobierno proceden medidas cautelares, como la suspensión provisional, que exige como requisitos los establecidos en el artículo 152 del C.C.A., que, para las acciones de nulidad, se contraen a que se solicite por escrito y se demuestre la manifiesta infracción de las normas invocadas como violadas, por confrontación directa o mediante los documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. De la “*inconstitucionalidad por omisión*” y solución al caso concreto.

La declaración de inconstitucionalidad por omisión se traduce generalmente en la constatación por parte del órgano jurisdiccional de la inercia del legislador en dar cumplimiento a la obligación constitucional de expedir leyes ordinarias que

desarrollen preceptos constitucionales, es decir cuando el legislador no cumple el deber de legislar o lo hace parcialmente.

El control jurisdiccional de esta omisión es procedente cuando el legislador o cualquier autoridad pública incumple el deber, expreso o tácito, de desarrollar un principio o precepto constitucional, en el término previsto por la Constitución o en un período razonable, y ello acarrea la ineficacia o la violación de las normas superiores al imposibilitar el cumplimiento de las garantías contenidas en el texto superior. El control sobre las omisiones inconstitucionales tiene como finalidad propender por el imperio de la Constitución Política como norma fundamental y suprema.

Las omisiones inconstitucionales se clasifican en absolutas o relativas, según afecten derechos fundamentales o no lo hagan.

Las omisiones absolutas se presentan cuando la Constitución impone el deber de desarrollar un mandato general y el órgano competente omite todo tipo de actuación tendiente a desarrollar la norma, es decir, cuando hay ausencia total de la norma que debe regular la situación.

La omisión relativa se presenta cuando el legislador o la autoridad encargada regula una materia pero lo hace irrespetando derechos adquiridos o vulnerando el principio de igualdad ante la ley.

Cuando se efectúa el control constitucional pueden proferirse 3 clases de sentencias, a saber:

1. Las que constatan la omisión del legislador.
2. Las que ordenan o recomiendan al legislador que legisle sobre una determinada materia, porque así lo exige la Constitución o se desprende de la naturaleza del precepto para hacerlo eficaz.
3. Las que recomiendan que se legisle y a la vez indican al legislador o al Gobierno Nacional, en este caso, que señale cuál debe ser el contenido de la ley o del reglamento.

Finalmente conviene señalar que en la inconstitucionalidad por omisión se juzga la conducta negativa, de inercia o inactividad de un órgano del poder que no adecuó su conducta, total o parcialmente, al cumplimiento de la obligación de dictar una norma tendiente a garantizar la efectividad de los mandatos constitucionales y legales.

A los ciudadanos se les deben proporcionar las vías procesales idóneas con el fin de que los afectados con la omisión inconstitucional puedan acceder a la administración de justicia con el fin de obtener la descalificación de la conducta omisiva, pues un derecho sin acción o posibilidad de ejercicio resulta inexistente.

18

La denominada “inconstitucionalidad por omisión” ha sido prohijada y desarrollada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Requisitos de la omisión legislativa relativa

5. Uno de los presupuestos mínimos para la procedencia de la acción pública de constitucionalidad es la existencia de una disposición jurídica susceptible de control por parte de la Corte. A partir de este requisito, la jurisprudencia de esta Corporación ha fijado el requisito de certeza del cargo de inconstitucionalidad, según el cual la demanda debe dirigirse en contra de un contenido normativo verificable; excluyéndose por ende aquellos implícitos, no señalados expresamente en la demanda o que parten exclusivamente del entendimiento subjetivo que el actor hace de las normas acusadas.¹⁹

Sin embargo, esta regla general encuentra excepciones para el caso de las omisiones legislativas relativas. Este instituto jurídico parte de considerar que, en ocasiones, el legislador puede proferir una disposición que omita incluir en sus efectos a determinados supuestos de hecho, pretermisión que involucra la afectación de normas de la Carta Política, generalmente con consecuencia de una discriminación injustificada por parte de la norma acusada. En estos eventos, es admisible la interposición de la acción pública, a efecto que se declare la existencia de la omisión relativa y, en consecuencia, se emita una sentencia integradora que incorpore el supuesto de hecho excluido.

Desde esa perspectiva, la Corte se ha declarado incompetente para conocer acerca de demandas dirigidas en contra de omisiones legislativas absolutas. Para ello se ha sustentado en considerar que *“(i) no es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en*

¹⁸ Ver entre otros, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Revista semestral del centro de estudios constitucionales, julio de 2006, Autor: Luz Bulnes Aldunate. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN, Teoría General, José Julio Fernández Rodríguez, Civitas Madrid -1998; INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN, Víctor Bazán, Coordinador, Temis, Bogotá 1997.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1052/01.

estos casos por la carencia de norma susceptible de control²⁰, (ii) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito, (iii) la declaración de inexecuibilidad total o parcial de una disposición legislativa requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución ²¹. Finalmente, la ausencia de regulación de una determinada materia no necesariamente puede ser objeto de reproche constitucional, ya que los silencios del Legislador en determinados casos son expresiones de su voluntad.”²²

La jurisprudencia constitucional resalta, igualmente, que la declaratoria de omisión legislativa relativa está precedida de requisitos definidos, que responden a la necesidad de preservar el principio democrático, el cual sustenta la libertad de configuración normativa de que es titular el legislador. En ese sentido, ha previsto que la omisión legislativa relativa supone de dos condiciones, a saber: “i) *El juicio de inexecuibilidad requiere la concurrencia de una norma frente a la cual se predique la omisión; y (ii) la misma debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta Fundamental*²³.”²⁴

Del mismo modo, el precedente en comento ha sistematizado los requisitos de índole normativa que deben concurrir para que se declare la inconstitucionalidad de un precepto en razón de la omisión legislativa relativa. Así, es necesario que, “(i) *que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”*²⁵[...].”²⁶

²⁰ En la sentencia C-543 de 1996 sostuvo este Tribunal: “Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad es evaluar si el legislador al actuar ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”.

²¹ Sentencia C-504 de 1995. En el mismo sentido sostuvo en la sentencia C-146 de 1998: “(...) son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexecuibilidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación.”

²² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-038/06, fundamento jurídico 6.

²³ Véase, sentencias C-543 de 1996, C-427 de 2000, C-1549 de 2000, C-185 de 2002, C-311 de 2003 y C-875 de 2005.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-644/06.

²⁵ Sentencia C-1009 de 2005 de la Corte Constitucional

Con base en lo expuesto, esta Sala, considera que, *mutatis mutandis*, es procedente a través de la acción de nulidad discutir la existencia de una omisión reglamentaria, cuando, a partir de su expedición, se excluye o se omite incluir en un reglamento, sin razón justificada, a un grupo de personas beneficiarias o posibles beneficiarias de una preceptiva legal.

El problema que se presenta al juez, en este caso, es aún más complejo porque, además de la existencia de la omisión regulatoria, debe verificarse si es posible aplicar la norma reglamentada de manera directa.

Así las cosas, en criterio de la Sala, resulta procedente en la acción de nulidad alegar la denominada *"inconstitucionalidad por omisión"*.

La procedencia de la declaración de *"inconstitucionalidad por omisión"* tiene fundamento, además, en el artículo 170 del C.C.A., que establece:

"ARTICULO 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. <Subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas."
(Destacado no es del texto)

Esta norma le permite al Juez de lo Contencioso Administrativo, al revisar la legalidad de una norma, estatuir nuevas disposiciones, modificarlas o reformarlas, lo que debe entenderse en sentido amplio, es decir, no sólo para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la de reparación directa, como se había concebido inicialmente²⁷, sino para la acción de simple nulidad, en donde, como

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-831 del 10 de octubre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

²⁷ Texto original del Decreto 1 de 1984: "ARTICULO 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, en forma que no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos.

en el presente caso, a partir de la anulación del acto general se pueden incluir disposiciones nuevas que modifiquen o reformen, de acuerdo con la Constitución y la Ley, las que se declaran nulas.

La parte demandante califica de inconstitucionales los Decretos 805 de 8 de mayo de 2000 *“por el cual se asumen unas obligaciones”* y 1578 de 30 de julio de 2001 *“por el cual se modifica parcialmente el Decreto 805 de 2000 y se dictan otras disposiciones”*, proferidos por el Gobierno Nacional, en tanto, omitieron o, mejor, excluyeron de su regulación a los demás pensionados que no tengan cálculo actuarial consolidado hasta el año 2000.

Las entidades demandadas y el Ministerio Público señalan que la demanda resulta inepta porque el demandante no pidió la nulidad de ningún acto administrativo y, además, las declaraciones que pretende, ordenar al Gobierno que reglamente una materia, escapan a la competencia de esta Corporación.

Como ya se indicó, el artículo 237-2 de la Carta Política le otorga al Consejo de Estado la competencia para conocer de la nulidad de los Decretos del Gobierno Nacional que no le correspondan a la Corte Constitucional y el demandante pretende que se declare la inconstitucionalidad de los decretos señalados porque, en su criterio, excluyeron a extrabajadores de la empresa Álcalis de Colombia limitada, en liquidación, cuyo accionista principal era el Instituto de Fomento Industrial.

El demandante pretende la declaratoria de inconstitucionalidad, que es *“Oposición de una ley, de un decreto o de un acto a los preceptos de la Constitución”*, y la consecuencia de esta declaración, en la acción incoada, no es otra que anulabilidad de los Decretos acusados, por ello, la Sala, en aplicación prevalente del derecho sustancial frente al formal, encuentra procedente la acción en los términos propuestos.

Ahora bien, corresponde a la Sala revisar si la omisión reglamentaria alegada vulnera la Carta Política.

Según el actor los decretos acusados vulneraron el derecho a la igualdad de los trabajadores de Álcalis de Colombia, en liquidación, que adquirieron su derecho

Para el solo efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 a 88, podrán estatuirse en las sentencias disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidos, y modificar o reformar aquellas.”.

pensional con posterioridad a diciembre de 1999, puesto que el Decreto 1578 de 2001 sólo reconoce el pago de la prestación pensional a quienes figuraran en el cálculo actuarial aprobado por la Superintendencia de Sociedades en diciembre de 2000, correspondiente a la vigencia de 1999, y que, además, desconocen el artículo 32 del Decreto Ley 254 de 2000, por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, según el cual dichas entidades asumirán en su totalidad el pago de las acreencias laborales.

Se desconoció, afirma, el derecho a la igualdad de más de 100 trabajadores de Álcalis que tienen decretadas sus pensiones pero no ha sido posible que se les paguen las mesadas con el argumento de que son de cargo del Instituto de Fomento Industrial, "IFI", cuando esta entidad no tiene bienes con qué responder pues sólo tiene recursos para atender exclusivamente su funcionamiento (artículo 22 del Decreto 2590 de 2003).

La Sala encuentra que no existe la alegada inconstitucionalidad por omisión, en la medida en que los Decretos demandados lo único que hacen es incorporar a las obligaciones de la Nación las obligaciones pensionales de la extinta empresa Álcalis de Colombia que estuvieren previamente delimitadas y cuantificadas, a través del denominado cálculo actuarial.

El denominado cálculo actuarial es la masa de dineros requeridos para el pago de las obligaciones pensionales contraídas por las empresas²⁸, y desde el punto de vista de las obligaciones financieras que avala debe ser cierto y definido.

Los Decretos acusados para asumir las obligaciones pensionales de la extinta Álcalis exigieron que estuviesen consolidados los cálculos actuariales y respecto de las demás obligaciones pensionales, que carecieran de cálculo actuarial aprobado, señalaron que deben ser asumidas de acuerdo con la prelación de créditos aplicable a las empresas en liquidación.

La anterior decisión se tomó con fundamento en el artículo 32 del Decreto Ley 254 de 2000, que establece: "*Cuando se trate de empresas industriales y comerciales*

²⁸ El cálculo actuarial se define como "el cálculo matemático que hacen las empresas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y Bancaria por concepto de reserva para pagar futuras pensiones de jubilación.". Fuente: Diccionario Técnico Tributario, BRICEÑO DE VALENCIA, Martha Teresa y VERGARA LACOMBE, Ramón, Centro Interamericano Jurídico Financiero, Medellín, 2002, págs. 479 y 480.

del Estado o de sociedades de economía mixta directas, sólo podrá procederse a la asunción una vez se hayan agotado los activos o se haya establecido que no es posible la realización de los mismos.”.

En otras palabras, los decretos acusados lo que hicieron fue asumir directamente el pago de las obligaciones debidamente definidas mediante el cálculo actuarial y someter las demás obligaciones, que no tenían debidamente clarificado su quantum, al trámite normal propio de una empresa en liquidación.

Esta distinción es razonable y responde a políticas Estatales, en las cuales el juez de lo contencioso administrativo no puede inmiscuirse pues, de hacerlo, se convertiría en autoridad administrativa.

De otro lado es un hecho cierto, porque así se reconoció en la parte motiva de los decretos acusados, que *“Álcalis de Colombia Ltda. en liquidación carece de activos que le permitan atender en debida forma el pago de sus obligaciones pensionales”*, sin embargo, esto no indica que la empresa en liquidación esté totalmente insolvente y no pueda asumir la carga prestacional de aquellos pensionados que quedaron por fuera del cálculo actuarial y que estas obligaciones queden insolutas.

Es claro que la Nación “podrá” asumir directamente el pago de mesadas pensionales u otras prestaciones, de acuerdo con las condiciones especiales de cada empresa en liquidación, y como ordenadora del gasto debe establecer en qué momento, bajo qué condiciones y con qué procedimiento va cumplir esa obligación pues, debe recordarse, la Nación no es responsable directa sino indirecta de tales pasivos.

Sobre este aspecto la Sala precisa que la Nación es garante de las pensiones, obligación que se deduce del artículo 48 de la Carta Política,²⁹ por ello, en

²⁹ Actualmente y a partir de la expedición del Acto Legislativo 1 de 2005 esta obligación, que se deducía de la norma, quedó expresa, así: *“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.”.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho”.

desarrollo de este precepto el legislador previó en el artículo 332, literal c), de la Ley 100 de 1993, que el Estado garantiza el pago de los beneficios otorgados a través del régimen de prima medio con prestación definida.

En igual sentido el artículo 137, ibidem, señaló que la Nación asumirá el pago de las pensiones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales y por otras entidades, cajas o fondos de previsión del sector público sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, incluido este último, *“en cuanto se agotasen las reservas constituidas para el efecto y sólo por el monto de dicho faltante”*. Este precepto, con pleno respeto por los derechos laborales consolidados, garantiza las pensiones siempre que se presenten las condiciones financieras mencionadas.

De otra parte, la Nación no puede asumir directamente el pago de las pensiones sino que, en aplicación del principio de legalidad del gasto, (artículos 345 y 346 de la Constitución Política) sólo las puede incluir en el presupuesto de gastos decretados conforme a la ley, de acuerdo con las disponibilidades de recursos y las prioridades del gobierno.

En otras palabras, para que la Nación asuma las obligaciones pensionales de Álcalis de Colombia, que no están relacionadas en el cálculo actuarial, debe probarse primero su estado de insolvencia y designar la forma como se asume el pasivo mencionado, con la inclusión del monto de las apropiaciones suficientes del presupuesto nacional para efectuar los pagos a que hubiere lugar.

Tampoco prosperan los cargos de anulación propuestos sobre violación de los artículos 53 y 58 de la Carta Política pues los decretos acusados no están recortando, limitando o coartando los derechos de los pensionados a recibir su mesada pensional ya que, se repite, el Estado debe organizar sus finanzas y propender por el agotamiento de los procedimientos establecidos en la ley para la satisfacción de las obligaciones pensionales.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.”

En consecuencia, los cargos de anulación endilgados no están llamados a prosperar y, por tanto, se negarán las pretensiones.

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

FALLA

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, una vez ejecutoriada esta providencia, archívense las diligencias. Publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

GERARDO ARENAS MONSALVE GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO