

COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Suspensión de algunos miembros de la Junta Directiva. Reintegro / PRESTACIONES SOCIALES - Reconocimiento de las percibidas por miembros de la CNT durante periodo de suspensión. Acción procedente / ERROR JURISDICCIONAL - Acción procedente para obtener reconocimiento de prestaciones sociales. Suspensión del cargo por orden de la Fiscalía

En el caso de los dos miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión que fueron suspendidos en el ejercicio de sus cargos por solicitud de la Fiscalía General de la Nación y luego reintegrados por petición de la misma, debida a preclusión de la investigación penal, la Comisión no puede dictar un acto administrativo de reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de la suspensión, por cuanto no existe una norma que la faculte para hacerlo y por lo tanto, no puede afectar un rubro presupuestal específico para ello. Sin embargo, los dos Comisionados mencionados, si lo desean, pueden ejercer una acción de reparación directa, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, con la finalidad de obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, según el evento que se configure, y la correspondiente indemnización de los perjuicios materiales y morales.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal mediante auto de 29 de julio de 2005.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: CESAR HOYOS SALAZAR

Bogotá D. C, catorce (14) de junio de dos mil uno (2001)

Radicación número: 11001-03-06-000-2000-01354-01

Actor: MINISTRO DE COMUNICACIONES

Referencia: COMISION NACIONAL DE TELEVISION. Suspensión de algunos miembros de la Junta Directiva de la Comisión por solicitud de la Fiscalía General de la Nación. Reintegro. ¿ Es viable, por medio de un acto administrativo, el reconocimiento de la remuneración dejada de percibir ?

La señora Ministra de Comunicaciones, doctora María del Rosario Sintés Ulloa, formula a la Sala una consulta, respecto de la cual se refieren inicialmente los hechos y se exponen luego los interrogantes.

a. La situación presentada.

Los hechos son los siguientes:

1. El 11 de agosto de 2000 el Gobierno nacional expidió el decreto 1517, por medio del cual suspendió en el ejercicio del cargo a tres miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, ante una solicitud que en tal sentido le formulara la Fiscal 10ª Delegada de la Fiscalía General de la Nación.

Dicho decreto, de acuerdo con el artículo 2º, rigió desde su expedición, o sea desde el 11 de

agosto de 2000.

1. El mismo día el Gobierno dictó el decreto 1518 para aceptar la renuncia que había presentado uno de los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, afectado con la medida señalada en el punto anterior.
2. El Gobierno expidió el decreto 1577 del 16 de agosto de 2000, mediante el cual reglamentó el procedimiento de selección de tres clases de miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en el caso de vacancia temporal por suspensión en el ejercicio del cargo debida a orden de autoridad judicial competente.

En desarrollo de este decreto fueron seleccionados dos Comisionados que se posesionaron, con carácter de temporalidad, el 1º y el 18 de septiembre de 2000, desempeñaron las funciones del cargo y devengaron el salario y las prestaciones correspondientes hasta cuando el Gobierno ordenó el reintegro de los dos Comisionados suspendidos.

1. Efectivamente, el 14 de febrero de 2001 el Gobierno dictó el decreto 230, por medio del cual reintegró en el ejercicio del cargo como miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, a los dos Comisionados que se encontraban suspendidos.

La razón de esta determinación fue la solicitud que hizo en tal sentido una Fiscal de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto se había decretado la preclusión de la investigación en favor de dichos Comisionados y del tercero que había renunciado y a quien se le había aceptado la renuncia.

El decreto últimamente mencionado, de acuerdo con su artículo 2º, rige desde la fecha de su expedición, esto es, el 14 de febrero de 2001.

- a. Los interrogantes.

Con base en los hechos reseñados, la señora Ministra formula las siguientes preguntas:

1. **Debe la Comisión Nacional de Televisión cancelar los salarios y prestaciones correspondientes que fueron dejados de percibir por los reintegrados durante el período de la suspensión, habida cuenta que por el mismo tiempo esa entidad canceló los salarios y prestaciones a los comisionados designados temporalmente para reemplazarlos ?**
2. Si la anterior respuesta es positiva, cuál sería el rubro presupuestal que se debe afectar para realizar el pago correspondiente ?

1. CONSIDERACIONES

1. La Comisión Nacional de Televisión. Dada la importancia que tiene en la época contemporánea la televisión, como medio masivo de información, recreación y cultura, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 quiso darle un gran impulso con la creación de un organismo autónomo que ejerciera la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado por la televisión y que dirigiera la política en esa materia.

A este respecto las disposiciones de la Constitución establecen lo siguiente:

"Art. 76.- La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica,

autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior".

"Art. 77.- La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una junta directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al director. Los miembros de la junta tendrán período fijo. El gobierno nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la entidad.

Parágrafo.- Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión".

El organismo aludido es la Comisión Nacional de Televisión organizada por la ley 182 de 1995, la cual señaló en su artículo 3º lo siguiente:

"Naturaleza jurídica, denominación, domicilio y control político.- El organismo a que se refieren los artículos 76 y 77 de la Constitución Política se denominará Comisión Nacional de Televisión, CNTV. Dicha entidad es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y con la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos.

El domicilio principal de la Comisión Nacional de Televisión será la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., República de Colombia, pero por decisión de la Junta Directiva podrá establecer sedes en cualquier lugar del territorio nacional.

Parágrafo.- Control político.- La Comisión Nacional de Televisión será responsable ante el Congreso de la República y deberá atender los requerimientos y citaciones que éste le solicite a través de las plenarias o las comisiones".

De las normas constitucionales y legal citadas, se deduce que la Comisión Nacional de Televisión constituye uno de los organismos autónomos e independientes de las tres ramas del poder público, previstos por el inciso segundo del artículo 113 de la misma Carta. Por consiguiente, es claro que no hace parte de la rama ejecutiva del poder público.

1.2 Los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. La conformación de la Junta Directiva de la Comisión fue regulada por el artículo 6º de la ley 182 de 1995, el cual fue modificado por el artículo 1º de la ley 335 de 1996, que dispuso lo siguiente:

"El artículo 6º de la ley 182 de 1995 quedará así:

La Comisión Nacional de Televisión tendrá una Junta Directiva compuesta por cinco (5) miembros, los cuales serán elegidos o designados por un período de dos (2) años, reelegibles hasta por el mismo período, de la siguiente manera:

- a. Dos (2) miembros serán designados por el Gobierno nacional;

- b. Un (1) miembro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión, según el reglamento del Gobierno nacional para tal efecto;
- c. Un (1) miembro de las asociaciones profesionales y sindicales legalmente constituidas y reconocidas con personerías jurídicas vigentes por los siguientes gremios que participan en la realización de la televisión: actores, directores y libretistas, productores, técnicos, periodistas y críticos de la televisión, elegidos democráticamente entre las organizaciones señaladas. El acto administrativo de legalización y posesión lo hará el Presidente de la República.

La Registraduría Nacional del Estado Civil vigilará la elección nacional del respectivo representante;

- a. Un (1) miembro por las ligas y asociaciones de padres de familia, ligas de asociaciones (sic) de televidentes, facultades de educación y de comunicación social de las universidades legalmente constituidas y reconocidas con personería jurídica vigente. Elegidos democráticamente entre las organizaciones señaladas.

El acto administrativo de legalización y posesión lo hará el Presidente de la República.

La Registraduría Nacional del Estado Civil vigilará la elección nacional del respectivo representante.

Parágrafo transitorio.- Las elecciones y designaciones a que se refiere este artículo, tendrán lugar para la integración de la Junta Directiva que reemplazará a la actual, al finalizar el período de cuatro (4) años para el cual fueron elegidos y designados sus miembros".

Por otra parte, el artículo 8° de la ley 182 de 1995 establece:

"Requisitos y calidades para ser miembro de la Junta Directiva.- Para ser miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión se requieren los siguientes requisitos (sic):

1. Ser ciudadano colombiano y tener más de 30 años en el momento de la designación.
2. Ser profesional universitario o tener más de diez (10) años de experiencia en el sector de la televisión.

Los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión serán de dedicación exclusiva.

Los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tendrán la calidad de empleados públicos y estarán sujetos al régimen previsto para éstos en la Constitución y la ley.

La Procuraduría General de la Nación conocerá las faltas de los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión" (negrillas no son del texto original).

Como se ha mencionado, la Comisión Nacional de Televisión es un organismo de creación constitucional, autónomo e independiente que no hace parte de la rama ejecutiva, razón por la cual adquiere especial relevancia la norma citada en cuanto a la parte resaltada en negrilla, para la solución de las cuestiones planteadas en la consulta.

En efecto, de acuerdo con la norma, los miembros de la Junta Directiva de la CNTV son empleados públicos y se sujetan al régimen constitucional y legal aplicable a éstos.

Dentro de dicho régimen se encuentra la ley 200 de 1995, que constituye el Código Disciplinario Unico, el cual se aplica, según el artículo 2º, a "los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (...) a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Ciudadana contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución nacional", esto es, los provenientes de contribuciones fiscales o parafiscales.

1.3 La suspensión provisional del servidor público en el proceso disciplinario. El capítulo séptimo del Código Disciplinario Unico se refiere a la suspensión provisional y trae estos dos artículos:

"Artículo 115.- Suspensión provisional.- Cuando la investigación verse sobre faltas gravísimas o graves, el nominador, por su iniciativa o a solicitud de quien adelanta la investigación, o el funcionario competente para ejecutar la sanción a solicitud del Procurador General de la Nación, o de quien delegue, podrán ordenar la suspensión provisional del investigado por el término de tres (3) meses, siempre y cuando existan serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio facilita la interferencia del presunto autor de la falta en el trámite normal de la investigación o ante la posibilidad de la continuidad o reiteración de la falta.

El auto que ordene o solicite la suspensión provisional será motivado, tendrá vigencia inmediata y contra él no procede recurso alguno".

"Artículo 116.- Reintegro del suspendido.- El disciplinado suspendido provisionalmente será reintegrado a su cargo o función **y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir, durante el período de suspensión en los siguientes casos:**

- a. Cuando la investigación termine porque el hecho investigado no existió, la ley no lo considera como falta disciplinaria, o se justifica, o el acusado no lo cometió, o la acción no puede proseguirse o haberse declarado la nulidad de lo actuado incluido el auto que decretó la suspensión provisional;
- b. Por la expiración del término de suspensión sin que hubiere terminado la investigación, salvo que esta circunstancia haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o su apoderado;
- c. Cuando la sanción impuesta fuere de amonestación, multa o suspensión.

Parágrafo.- Cuando la sanción impuesta fuere la multa se ordenará descontar de la cuantía de la remuneración que deba pagarse correspondiente al término de suspensión, el valor de la multa hasta su concurrencia.

Cuando el disciplinado fuere sancionado con suspensión de funciones o del contrato, en el fallo se ordenarán las compensaciones que correspondan, según lo dejado de percibir durante el lapso de la suspensión provisional" (negrillas no son del texto original).

Estos dos artículos, entre otros del Código Disciplinario Unico, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, en sentencia C-280 del 25 de junio de 1996. Ante el cargo de que la Constitución prevé la facultad de suspender provisionalmente al investigado, únicamente para el Contralor General, la Corte ratificó su tesis de que la suspensión provisional es una medida de prudencia disciplinaria que tiende a proteger el interés general, por lo cual es perfectamente

razonable que el legislador la establezca en los procesos disciplinarios, y además, la forma como se encuentra establecida en los dos artículos se adecuaba al sentido y finalidad de la figura.

Entonces, si un servidor público, a quien se aplica el Código Disciplinario Unico, y éste se aplica a los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión por la remisión que hace el artículo 8º de la ley 182 de 1995 a la normatividad de los empleados públicos, es objeto de una investigación disciplinaria, se le suspende provisionalmente y luego se le reintegra a su cargo, tiene derecho al reconocimiento y pago de la remuneración correspondiente al período de la suspensión en los casos indicados en el artículo 116.

Así lo disponen las normas transcritas, lo disponía la norma anterior, el artículo 46 del decreto reglamentario 482 de 1985 y lo reconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado, en diversas sentencias de la Sección Segunda como por ejemplo, las radicadas con los números 5261 del 8 de abril de 1991, 3958 del 8 de agosto de 1991 y 1085 del 30 de septiembre de 1991, y de la Sala Plena como la No. AC-530 del 17 de febrero de 1993.

La jurisprudencia de esta Corporación declaró además, que para todos los efectos legales y en especial prestacionales, se debía tener en cuenta como tiempo de servicios el término de la suspensión provisional y que no había existido solución de continuidad en el servicio.

Ahora bien, es oportuno analizar la suspensión temporal que se puede presentar en una investigación penal y la posterior preclusión de ésta, que fue la situación que motivó la consulta.

1.4 La suspensión del servidor público en el proceso penal. El actual Código de Procedimiento Penal, el decreto 2700 de 1991, dispone en el artículo 374 lo siguiente:

"Privación de la libertad de servidor público.- Los servidores públicos solo podrán ser privados de la libertad cuando a juicio del fiscal o juez, la aprehensión no afecte la buena marcha de la administración.

Inc. 2º modificado por art. 22 ley 504/99.- Sin embargo, si se trata de delitos a los que se refiere el artículo 71 del presente código se procederá en todos los casos a la privación de la libertad".

La Corte Constitucional declaró exequible el primer inciso de este artículo en la sentencia C-686/96, con base en que la norma no confiere una facultad abierta al funcionario judicial, como pensaba el demandante, para que proceda o no a privar de la libertad al servidor público, según su capricho personal, sino que simplemente señala que el funcionario debe determinar si se dan los presupuestos fácticos previstos en la ley para tomar esa medida, y en caso positivo, debe valorar, de manera objetiva, si la actuación de la administración pública se ve o no desmejorada con la ausencia del servidor para ordenar o no su aprehensión.

En cuanto a la suspensión del servidor público, el artículo 399 del mismo código, con la modificación introducida por el artículo 35 de la ley 504 de 1999, prescribe lo siguiente:

"Detención de los servidores públicos.- Cuando se haya negado la excarcelación, en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Mientras se cumple la suspensión, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el imputado eluda la acción de la justicia.

Si pasados cinco días desde la fecha en que se solicite la suspensión, esta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del sindicado.

Igualmente se procederá para hacer efectiva la sentencia condenatoria.

No es necesario solicitar la suspensión del cargo cuando a juicio del funcionario judicial, la privación inmediata de la libertad no perturba la buena marcha de la administración.

Si se trata de delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, no es necesario solicitar la suspensión para hacer efectiva la detención".

Por su parte, el artículo 359 del nuevo Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2000), el cual entrará en vigencia el 24 de julio de 2001, da a la suspensión de servidores públicos en el ejercicio del cargo, para hacer efectiva la medida de aseguramiento que se imponga en su contra, el mismo tratamiento consignado en la norma antes transcrita.

En la situación presentada, objeto de la consulta, hubo suspensión en el ejercicio del cargo de tres Comisionados por solicitud de la Fiscalía General de la Nación y luego por preclusión de la investigación en favor de los tres, se produjo el reintegro de dos de ellos, pues al tercero se le había aceptado con anterioridad la renuncia.

La preclusión de la investigación se encuentra establecida en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal en estos términos:

"Preclusión de la investigación y cesación de procedimiento.- En cualquier momento de la investigación en que aparezca plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el fiscal declarará extinguida la acción penal mediante providencia interlocutoria. El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio".

Como se dijo atrás, los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión tienen la calidad de empleados públicos y están "sujetos al régimen previsto para éstos en la Constitución y la ley", de acuerdo con el artículo 8º de la ley 182 de 1995, pero no existe, en la actualidad, una norma conforme a la cual cuando en una investigación penal contra un servidor público (de la rama ejecutiva, legislativa u órgano autónomo), éste haya sido suspendido en el ejercicio de su cargo por solicitud de la Fiscalía y luego reintegrado al mismo por preclusión de la investigación, haya de reconocérsele el salario y las prestaciones por el tiempo de la suspensión.

El artículo 58 del decreto 1950 de 1973 menciona dentro de las situaciones administrativas en las que puede encontrarse el empleado vinculado regularmente a la administración, la de estar "suspendido en el ejercicio de sus funciones" (literal h), y en el artículo 73 del mismo que alude a la suspensión, se dispone que ésta se regirá "por las normas sobre régimen disciplinario a que se refiere el presente decreto" (las cuales fueron derogadas por la ley 13 de 1984, a su vez derogada por el Código Disciplinario Unico), sin que se haga referencia a la suspensión causada por orden o decisión judicial dentro de un proceso penal.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de marzo de 1999, proceso 15157, expresó : "Es claro que cuando un funcionario judicial revoca la medida que ha dado lugar a la solicitud de suspensión de un funcionario público, con la finalidad de hacer efectiva una medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, está en la obligación de comunicarla al nominador para que éste, en ejercicio de sus funciones, tome las medidas

conducentes para que cesen los efectos, esto es, ordenar su reintegro si a ello hay lugar. En manera alguna puede el funcionario judicial, salvo los casos expresamente previstos en la ley, ordenar al nominador el reintegro de un funcionario o empleado publico a su cargo, como sí lo pueden determinar los jueces y magistrados de las jurisdicciones laboral y contencioso administrativa, como resultado de la prosperidad de las acciones correspondiente ante el despido injusto, lo cual también ocurre frente a los patronos del sector privado".

Las "medidas conducentes" que el nominador debe adoptar son aquellas que corresponden al ejercicio de sus funciones, como lo precisa la Corte. Así, conforme a lo expresado, no podría ordenarse el reintegro de un empleado cuyo período en el cargo hubiere vencido durante la suspensión. Ahora bien, ¿puede el nominador ordenar el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante la suspensión?

Lo primero que debe decirse es que la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico) dispone en su artículo 41 numeral 19 que está prohibido a los servidores públicos : "Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o en cuantía superior a la legal, efectuar avances prohibidos por la ley y reglamentos salvo las excepciones legales". Por tanto, si la suspensión en el cargo implica que no se presten los servicios por parte del empleado suspendido, para que el nominador pueda ordenar el pago de la remuneración oficial por el tiempo durante el cual no se prestaron los servicios se requiere una disposición legal que expresamente lo autorice, dado que se trata de una excepción al principio general establecido en la norma atrás citada.

Como excepción a dicha prohibición general está la excepción consignada en el artículo 116 de la misma ley 200 de 1995 y en la ley 270 de 1996, como se verá más adelante. Por consiguiente, mientras no exista una norma que disponga expresamente la facultad de ordenar el pago de los servicios no prestados, cuando cese la orden de suspensión en el empleo decretada por una autoridad judicial, no es viable que la administración dicte el acto administrativo ordenándolo.

La administración no está investida de una facultad discrecional en estos casos, sino de una potestad reglada y por ende el nominador debe ceñirse a lo que la ley le permite, esto es, que sólo puede ordenar el pago de la remuneración por servicios no prestados, cuando una ley consagre como excepción para hacerlo la circunstancia de haber cesado una medida de suspensión en el empleo ordenada por autoridad judicial.

Ahora bien, existe una norma que prevé esta última situación pero ella se encuentra en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley 270 de 1996, la cual es aplicable específicamente a los servidores públicos de la rama judicial, mencionados en el artículo 125 de la misma.

Esa norma es el artículo 147 de dicha ley, el cual dispone:

"Suspensión en el empleo.- La suspensión en el ejercicio del empleo se produce como sanción disciplinaria **o por orden de autoridad judicial.**

El funcionario suspendido provisionalmente en un proceso penal o disciplinario que sea reintegrado a su empleo, tendrá derecho a reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante ese período y ese tiempo se le computará para todos los efectos legales en los siguientes casos:

1. Cuando el proceso termine por cesación de procedimiento o por preclusión de la

instrucción.

2. Cuando sea absuelto o exonerado.

Cuando la sanción disciplinaria sea suspensión o multa se tendrá en cuenta el tiempo que haya estado suspendido provisionalmente y se le reconocerá el pago de lo que exceda de la sanción impuesta. En caso de multa se le descontará del valor que haya que reintegrarle por el tiempo que estuvo suspendido.

Parágrafo.- La suspensión en el empleo genera vacancia temporal del respectivo cargo. En consecuencia la autoridad nominadora procederá a efectuar el respectivo nombramiento provisional o el encargo que corresponda, para la atención de las respectivas funciones" (negrillas no pertenecen al texto original).

Esta norma es clara pero su ámbito de aplicación está limitado a los funcionarios de la rama judicicia, razón por la cual no puede extenderse a servidores públicos distintos, como serían los empleados de dicha rama o los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

Las leyes estatutarias son específicas, concretas, sobre las taxativas materias señaladas por el artículo 152 de la Constitución, de manera que cuando ellas regulan derechos de determinados servidores públicos que se encuentran dentro de la materia objeto de una ley de este tipo, no puede ampliarse su aplicabilidad a servidores de otras instituciones, pues ello desbordaría el espacio que les ha otorgado a tales leyes la misma Carta.

En consecuencia, no es procedente aplicar por analogía el artículo 147 de la ley estatutaria de la administración de justicia, en el caso de los dos Comisionados que fueron suspendidos en el ejercicio de sus cargos por solicitud de la Fiscalía General de la Nación y luego reintegrados a los mismos por preclusión de la investigación, para fundamentar el reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el tiempo de la suspensión y disponer que se debe tener en cuenta dicho tiempo para todos los efectos prestacionales.

En síntesis, no existe una norma expresa que permita a la administración ordenar el reconocimiento de dicha remuneración a los Comisionados en el caso de una investigación penal y tampoco se les puede otorgar por aplicación analógica de normas.

Ahora bien, en razón del principio de legalidad del gasto, la Comisión Nacional de Televisión no puede afectar un determinado rubro presupuestal para pagar la remuneración dejada de percibir en este caso por los dos Comisionados, ya que el literal b) del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el decreto 111 de 1996, dispone que en el presupuesto de gastos sólo se podrán incluir apropiaciones que correspondan a gastos decretados conforme a la ley, y si no existe ley que faculte a la Comisión para hacer el reconocimiento de dicha remuneración en el evento de una investigación penal, menos se puede decretar por la administración un gasto destinado a tal fin y afectar el respectivo presupuesto. Situación distinta será la orden de pagar fundada en una conciliación o sentencia judicial, que afectará el rubro que para tal efecto debe prever el presupuesto.

Cabe observar que la norma de reconocimiento no se encuentra en el caso de los servidores públicos de la rama ejecutiva, en la legislación penal, como sí existe en materia disciplinaria, por la razón de que en ésta es, por lo general, el superior jerárquico quien toma la determinación de suspender provisionalmente al servidor investigado, de suerte que si no se le sanciona, debe reintegrarlo y proceder a pagarle la suma correspondiente a la suspensión; mientras que en la

investigación penal, la orden de suspensión proviene de un fiscal o un juez, una persona distinta de la administración, investida del poder jurisdiccional del Estado, de manera que si se absuelve al investigado y se presenta un error judicial, se debe indemnizar al afectado conforme a las reglas de la responsabilidad patrimonial del Estado. Aún más, es posible que la suspensión de un servidor público en su cargo obedezca a un delito cometido por fuera del ejercicio de la función pública, sin nexo alguno con ésta, y por ende que la investigación penal no se haya iniciado a instancias de la administración, circunstancia que no podría entonces colocarla frente al deber de pagar una remuneración dejada de percibir por una suspensión que no provocó.

Es bien conocido el principio establecido en el artículo 121 de la Constitución según el cual, "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley", lo que significa que la Comisión Nacional de Televisión no puede proceder a dictar un acto administrativo de reconocimiento en favor de los dos Comisionados aludidos, de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de la suspensión, por cuanto carece de norma habilitante para ello.

Uno de los postulados de los actos administrativos es el principio de legalidad que ciertamente constituye una limitación a la actividad de la administración, en la medida en que implica que ella no puede hacer todo lo que quiera sino únicamente lo que le permite la ley, de modo que si el servidor público no tiene una norma legal que lo faculte para tomar una medida o una decisión, no puede dictar el acto administrativo, si lo hace, el acto es perfectamente anulable por incompetencia, de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

La administración carece de competencia ciertamente para expedir el acto que reconozca directamente la remuneración dejada de percibir en el caso de los dos Comisionados, pero ello no significa que su derecho sea desconocido, por cuanto puede ser exigido por otra vía, la jurisdiccional, mediante la acción de reparación directa.

El fundamento de esta vía radica en el artículo 90 de la Constitución, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y el Capítulo VI "De la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales" del Título Tercero de la ley estatutaria de la administración de justicia.

Por último, por vía de información, debe decirse que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de marzo 6 de 1997, expediente 12.310, decretó la nulidad de un acto administrativo y, a título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación a pagar los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, subsidios y demás emolumentos dejados de percibir durante el tiempo en que un servidor público del Ministerio de Hacienda estuvo suspendido por orden judicial; la decisión se fundamentó en que decretada la prescripción de la acción penal y la cesación del procedimiento la situación del servidor debía retrotraerse a la fecha en que fue suspendido y por ende el solo reintegro no era suficiente, sino que debía restablecerse la pérdida patrimonial. La mencionada sentencia fue adoptada con Conjuez, por cuanto se presentó un empate en la votación de la ponencia. Los magistrados que salvaron el voto expresaron que "la administración, a menos de existir norma expresa que la autorizara, no podría, en caso de absolución o revocatoria de la orden de suspensión, proceder a cancelar los sueldos y prestaciones dejados de devengar por el empleado o funcionario suspendido por orden judicial". Agregaron que para deducir la responsabilidad del Estado en un caso como el debatido, debía acudir a la acción de reparación directa y no a la de nulidad y restablecimiento de derecho.

Posteriormente, en sentencia del 20 de enero de 2000 (Exp. 1799-99) la Subsección B, de dicha Sección Segunda, ordenó reconocer la remuneración dejada de percibir y declaró que no había

existido solución de continuidad, en el caso de un funcionario de un establecimiento público del orden nacional que había sido suspendido por disposición de la justicia penal ordinaria y luego reintegrado por solicitud de ésta debida a absolución del procesado. La Subsección falló con el argumento de que "su situación laboral debe retrotraerse a la fecha en que fue suspendido del cargo que desempeñaba" por aplicación analógica del artículo 46 del decreto 482 de 1985, que era el régimen disciplinario vigente en la época en que ocurrieron los hechos. En igual sentido se pronunció la misma Subsección B en sentencia de 25 de febrero de 2000, expediente 17636.

Como la Subsección A estaba formada por los consejeros que no comparten el criterio consignado en las sentencias citadas, se dispuso que la Sala Plena Contencioso Administrativa dirimiera la discrepancia y por tanto actualmente se encuentra para decisión un proceso (Rad. IJ-004) en el cual se busca solucionar la diferencia de criterios de las dos subsecciones de la Sección Segunda de la corporación, surgida respecto de si, en el caso de una investigación penal el servidor público que sea suspendido y luego reintegrado, puede obtener el reconocimiento de la remuneración dejada de percibir mediante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, previa expedición de un acto administrativo ante solicitud del interesado, o si por el contrario en tales casos sólo procede la acción de reparación directa.

1.5 La responsabilidad del Estado por la administración de justicia. El artículo 90 de la Constitución prescribe lo siguiente:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

El artículo 414 del actual Código de Procedimiento Penal establece lo siguiente:

"Indemnización por privación injusta de la libertad.- Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave".

Con base en estas normas el Consejo de Estado ha reaccionado contra el antiguo criterio jurisprudencial que negaba la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional con base en la idea de la soberanía y el principio de la cosa juzgada y ha abierto, en cambio, la posibilidad de responsabilidad por el llamado error judicial y el derecho a la indemnización del procesado que se encuentre en la situación tipificada en la segunda norma, como por ejemplo, en las sentencias de la Sección Tercera 7058 del 1º de octubre de 1992, 9734 del 30 de junio de 1994, 9391 del 15 de septiembre de 1994, 10056 del 17 de noviembre de 1995, 11092 del 12 de septiembre de 1996, 10923 del 2 de octubre de 1996 y 11754 del 18 de septiembre de 1997.

Ahora bien, la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, estableció de manera concreta la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional. Su artículo 65 dispuso lo siguiente:

"De la responsabilidad del Estado.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños

antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad".

Como se advierte se presentan tres eventos de responsabilidad, los cuales son desarrollados en los artículos posteriores de la ley, siendo el primero de ellos el error jurisdiccional definido en el artículo 66 en estos términos:

"Error jurisdiccional.- Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley".

La Corte Constitucional al efectuar la revisión previa de la exequibilidad del proyecto de ley estatutaria que se convirtió en la ley 270 de 1996, mediante la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, declaró exequible este artículo pero de manera condicionada, en el sentido de que el error "no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia" sino que "debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio".

Estas condiciones deben aunarse a los presupuestos del error jurisdiccional que menciona el artículo 67 de la ley y que consisten básicamente en que la providencia que contiene el pretendido error haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Los artículos 68 y 69 de la ley 270 regulan los eventos de privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el cual es el más amplio pues establece que quien haya sufrido un daño antijurídico por la función jurisdiccional tiene derecho a que se le indemnice.

Sobre estas normas de la ley estatutaria de justicia, ha habido varios pronunciamientos del Consejo de Estado, como son, por ejemplo, las sentencias de la Sección Tercera 11092 del 12 de septiembre de 1996, 12744 del 4 de abril de 1997, 10285 del 4 de septiembre de 1997 y 14399 del 28 de enero de 1999.

En el caso objeto de análisis, los dos Comisionados pueden entonces acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 31 de la ley 446 de 1998, para obtener la declaratoria del error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad o el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, según sea el evento presentado, y la consiguiente indemnización de los perjuicios materiales, entre los cuales estarán los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de la suspensión provisional, y además, los morales, por la aflicción causada por la medida de aseguramiento y la consiguiente suspensión del cargo.

2. LA SALA RESPONDE

En el caso de los dos miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión que fueron suspendidos en el ejercicio de sus cargos por solicitud de la Fiscalía General de la Nación y luego reintegrados por petición de la misma, debida a preclusión de la investigación penal, la Comisión no puede dictar un acto administrativo de reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de la suspensión, por cuanto no existe una norma que la faculte para hacerlo y por lo tanto, no puede afectar un rubro presupuestal específico para ello.

Sin embargo, los dos Comisionados mencionados, si lo desean, pueden ejercer una acción de reparación directa, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, con la finalidad de obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, según el evento que se configure, y la correspondiente indemnización de los perjuicios materiales (entre los cuales estará la remuneración dejada de percibir) y morales.

Transcríbase a la señora Ministra de Comunicaciones. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO CESAR HOYOS SALAZAR

Presidente de la Sala

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 20 de septiembre de 2022 - (Diario Oficial No. 52148 - 05 de septiembre de 2022)



MINTIC