



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia

Área Contencioso Administrativa

República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente

HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ

RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES

Directora

DIEGO GERARDO BOLIVAR USECHE

Coordinador Académico

Programa de Investigación Académica



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA

ÁREA ADMINISTRATIVA

ANDREA CELEMÍN CAICEDO

**PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-SALA ADMINISTRATIVA**

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA
DE LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA - ÁREA ADMINISTRATIVA

ANDREA CELEMÍN CAICEDO

Autora

JULIÁN EDGARDO MONCALEANO CARDONA

Prohibición de doble militancia en los partidos políticos

BEYSON ANDRÉS RAMOS MERCADO

Retiro discrecional del servicio en los cuerpos de seguridad del estado

ISRAEL SOLER PEDROZA

PEDRO MARÍA TORO MARTÍNEZ

Presunción del daño moral en las acciones de reparación directa

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

ESTRELLA EVELSY EBRATH EMILIANI

Poderes del juez popular en controversias contractuales

ANÍBAL RAFAEL RAMÍREZ PIMIENTA

Alcance de las medidas de aseguramiento en las relaciones laborales con la administración pública

DIEGO ALEJANDRO BARACALDO AMAYA

El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia contencioso administrativa

HÉCTOR PABLO RAMÍREZ SANDOVAL

JHON JAIRO ALZATE LÓPEZ

YOLANDA OBANDO MONTES

Restablecimiento del derecho en condenas laborales

SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMÓN

Condiciones para la imposición y pago de multas en los contratos estatales

AMPARO NAVARRO LÓPEZ

JHON ERICK CHAVES BRAVO

Responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA

Decisiones judiciales en torno a la figura de abandono del cargo

Investigadores

AUTORUN

Diagramación

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra.

Calle 11 no 9ª -24 piso 4 - www.ramajudicial.gov.co

ISBN: 978-958-8331-82-9

Primera edición Bogotá, Junio de 2011.

Impreso en Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

Programa de Investigación Académica

PRESENTACIÓN

El Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador constituye el resultado del esfuerzo articulado entre los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial promoción 2009 y los Magistradas, Magistrados de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales y los Comités Académicos, bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la asesoría del doctor Diego Eduardo López Medina, y la autoría de la doctora **JENNY ANDREA CELEMIN CAICEDO**, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El módulo de Interpelación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos de los trabajos de investigación desarrollados por los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial Promoción 2009 a quienes en la estructura del curso se les planteó como la construcción, análisis y sustentación de líneas jurisprudenciales en las distintas áreas del componente de formación especializada.

El texto entregado por fue validado con los Fundionarios de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia. .

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. Investigación Aplicada: Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. Plan de Formación: Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. Proyección Social de la Formación: Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un ***aprendizaje activo*** diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Creación de escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de

una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de **aprendizaje social** como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje "learning societies", organizaciones que aprenden "learning organizations", y redes de aprendizaje "learning networks"*¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de *"lo público"* a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integradorp

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la "enseñanza dialogante" se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciati-

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.*

vas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Finalmente, el Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa

CONTENIDO

ÁREA ADMINISTRATIVA

- 3** IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN COLOMBIA.
- 19** ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL RETIRO DISCRECIONAL DEL SERVICIO EN LOS CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO
- 35** LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL EN LAS ACCIONES DE REPARACIÓN DIRECTA
- 49** PODERES DEL JUEZ POPULAR EN CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
- 71** ALCANCE DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LAS RELACIONES LABORALES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
- 87** EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
- 109** EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN CONDENAS LABORALES
- 127** CONDICIONES PARA LA IMPOSICIÓN Y PAGO DE MULTAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES
- 147** RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

171 DECISIONES JUDICIALES EN TORNO A LA FIGURA DE ABANDONO DEL CARGO

IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN COLOMBIA

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Julián Edgardo Moncaleano Cardona en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009".

1. EL PAPEL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LOS SISTEMAS POLÍTICOS ACTUALES Y LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DOBLE MILITANCIA.

La complejidad y densidad de las organizaciones sociales contemporáneas hace imposible o tal vez impensable que se implementen formas de gobierno que acudan frecuentemente a mecanismos de democracia directa para la solución de las demandas de los ciudadanos. Por ello, la apelación al concepto de democracia representativa se constituye en una premisa básica que explica el funcionamiento de los Estados en la actualidad, tanto en regímenes políticos presidenciales como parlamentarios. Los sistemas democráticos modernos requieren de los partidos políticos para garantizar el intercambio de ideas y la armonización de los intereses del conglomerado social. Los partidos políticos pueden definirse como asociaciones encargadas de posibilitar la movilización de las demandas sociales, con miras a que estas sean atendidas o solucionadas por los órganos y poderes estatales.

El Estado colombiano no ha sido ajeno al propósito de fortalecer los partidos políticos por su importancia para la consolidación de la democracia. Vale la pena mencionar que la transformación agenciada por la Constitución de 1991 en distintos niveles de la realidad social, política, económica y jurídica del país, no fue suficiente para permear la organización de los partidos

políticos en Colombia. A la Constitución de 1991 no le alcanzaron los alientos para proferir el soplo renovador capaz de remover los antiguos y malos hábitos de las organizaciones políticas colombianas. Una probable explicación para esta falta de aliento puede ofrecerse en el hecho que la Constitución de 1991 pretendió ofrecer un balance entre los mecanismos de democracia representativa y la consagración de la democracia participativa como principio del ordenamiento colombiano. Sin embargo, la realidad posterior al advenimiento de la nueva Constitución mostró la necesidad de volver los ojos hacia el funcionamiento de los partidos políticos en el país. Por ello, mediante la promulgación de actos reformativos de carácter posterior a la Carta de 1991 se ha empezado a poner en evidencia la necesidad de fortalecer los partidos políticos para ponerlos al servicio de las plataformas políticas por ellos defendidas y no de los intereses personalísimos de quienes los integran.

Es así como mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2003 se modificaron las normas relacionadas con los partidos políticos promulgadas en la Constitución de 1991. Esta reforma tocó diversos temas relacionados con el funcionamiento de estas organizaciones políticas y estableció nuevas obligaciones y consignas para ellas, siendo la más importante, la determinación del régimen de bancadas para el desempeño de los partidos políticos al interior de las corporaciones públicas¹. De conformidad con este sistema, los miembros de los partidos políticos no deben actuar de forma individual, sino en representación de los partidos. Por tal motivo, no pueden apartarse sin justificación de las decisiones que al interior de los partidos se tomen para resolver los asuntos políticos de la Nación. En este contexto, resulta clave disciplinar a los miembros de los partidos políticos, para que respeten su bancada, y por ende, prohibir la militancia en más de un partido político.

A partir de este acto legislativo el artículo 107 de la Constitución de 1991 establece en relación con la doble militancia lo siguiente: "*En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento políticos con personería jurídica*".

La Corte Constitucional ha precisado el alcance de esta prohibición. En la sentencia C-342 de 2006, el alto tribunal determinó que esta prohibición tiene una doble dirección. En primer término, se dirige a todos los

¹ Lo relacionado con las bancadas se encuentra reglamentado en la Ley 974 de 2005.

ciudadanos de forma general. En este orden de ideas, no le es posible a ningún ciudadano afiliarse o encontrarse formalmente inscrito en más de un partido político con personería jurídica, pues de lo contrario se hará acreedor a las sanciones que internamente determinen los partidos políticos. Sin embargo, esta prohibición no se extiende al derecho al sufragio, y por ello resulta posible que el militante de un partido político pueda votar por los candidatos o plataformas políticas difundidas o representadas por otro. El papel de esta prohibición es la de evitar que el funcionamiento de una organización política se vea torpedeado por personas que realmente no pertenecen a la organización.

Pero en una segunda dirección, la prohibición de la doble militancia va encaminada a evitar que los servidores públicos que se han hecho elegir por un determinado partido o movimiento político para ocupar algún cargo en un órgano de representación popular se afilien a un partido o movimiento distinto de aquel por el que fueron elegidos. De lo que se trata es de darle un valor real al concepto de representación y evitar el transfuguismo político, para permitir un adecuado funcionamiento de las corporaciones públicas, que a partir de la reforma política de 2003 actúan en bancadas. Dijo sobre el particular la Corte Constitucional: “En efecto, las claras relaciones existentes entre los partidos políticos y la conformación y funcionamiento de los grupos parlamentarios explican el rechazo a la práctica del transfuguismo, entendido, en términos amplios, como una deslealtad democrática. En efecto, dicho fenómeno perverso, constante en partidos políticos latinoamericanos y que ha conducido a aquello que la doctrina denomina “electoral volatility”, denota en el elegido una falta de firmeza ideológica, debilidad de convicciones, exceso de pragmatismo y anteposición de intereses personales y egoístas sobre aquellos programas e ideario del partido político que lo llevó a ocupar un cargo de representación popular, y por supuesto, un fraude a los electores. Al respecto, Presno Linera explica que el transfuguismo consiste en que “una persona, afiliada o no a una formación política, que ha concurrido a las elecciones en una candidatura y que luego se marcha a un Grupo Parlamentario distinto de aquel que es expresión de su candidatura electoral, pues está asegurada en los Reglamentos Parlamentarios la vinculación entre los Grupos y las mencionadas candidaturas”².

Y es precisamente en esta segunda dirección en la que la

2 C. Const, C-342 de 2006, H. Sierra Porto.

prohibición de la doble militancia adquiere una mayor complejidad. La importancia para la organización política colombiana de evitar las consecuencias adversas del transfuguismo político posibilita que se hagan requerimientos para exigir que quienes incurran en esta clase de conductas se hagan acreedores a drásticas sanciones, como por ejemplo, la pérdida de la investidura. La pérdida de investidura es una sanción regulada en el Capítulo 6 del título VI de la C.P., que contiene las disposiciones relacionadas con la Rama Legislativa³. Igualmente, la Ley 617 de 2000 reenvía esta figura a la regulación sobre Concejos, Juntas Administradoras y Asambleas, para que sea posible adelantar esta medida contra concejales, ediles y diputados⁴. Sin embargo, la Constitución no prevé que la pérdida de investidura sea un proceso que pueda adelantarse contra otros servidores públicos elegidos de forma popular que incurran en violación de régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Pero existen otros cargos de elección popular —léase los de la rama ejecutiva en el nivel territorial— en los que se puede ser elegido incurriendo en doble militancia política. También acerca de estos cargos se ha solicitado al Consejo de Estado la anulación de elecciones en estas condiciones.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha tenido que conocer de solicitudes de pérdida de investidura o de anulación de la elección en casos de doble militancia política de quienes se han hecho elegir por un partido o movimiento político estando afiliados en otro. Sin embargo, la norma constitucional contenida en el artículo 107 de la C.P. no establece una consecuencia jurídica por fuera de las decisiones internas del partido, para quien habiéndose hecho elegir por un partido político pretenda militar en otro. Este

3 ARTICULO 183. Los congresistas perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. 2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura. 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse. 4. Por indebida destinación de dineros públicos. 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

PARAGRAFO. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

ARTICULO 184. La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

4 Ver al respecto art. 48 de la Ley 617 de 2000.

silencio de la norma constitucional ha producido como efecto dentro del campo jurídico colombiano el que se ponga a discusión de la jurisdicción contencioso administrativa este problema jurídico.

Quienes demandan ante esta jurisdicción pretenden que por vía jurisdiccional se imponga como sanción la pérdida de la investidura o la anulación de la elección de un cargo de quienes han contrariado la prohibición de doble militancia política. El Consejo de Estado ha tenido que resolver el siguiente interrogante: ¿Constituye la doble militancia una causal de pérdida de investidura o de nulidad electoral?

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Constituye la doble militancia política una causal de pérdida de investidura o de nulidad electoral?

TESIS A

No es causal de pérdida de investidura o de nulidad electoral.

CE SP, 11-05-2004		A.V. Ligia López
CE 1, 01-10-2004		
CE 5, 02-09-2005		
		CE 5, 15-12-2005
CE 5, 19-01-2006		
CE 5, S 03-02-2006		S.V. M.N. Hernández
CE 5, 17-07-2008		
	CE 1, 30-10-2008	
CE, 17-07-2008		
CE 5, 27-03-2009		S.V. M.N. Hernández
CE 5, 09-07-2009		

TESIS B

Si es causal de pérdida de investidura o de nulidad electoral.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Este problema jurídico ha sido resuelto por el Consejo de Estado haciendo uso de dos tesis opuestas. La primera tesis determina que la doble militancia no es una causal de nulidad electoral o de pérdida de investidura, en tanto que la norma constitucional no le atribuyó alguna de estas consecuencias jurídicas. Por el contrario, la otra tesis interpreta el silencio de la norma constitucional de manera opuesta. Considera que no se requiere aparejar expresamente una consecuencia jurídica, pues al ser una prohibición de orden constitucional automáticamente se incorpora al listado de conductas incompatibles con el ejercicio de los cargos de elección popular.

Esta línea jurisprudencial, desde sus inicios y aún en la actualidad, continúa mostrando un desacuerdo al interior de la jurisdicción contencioso administrativa, en relación con el problema jurídico derivado de la infracción de la prohibición de doble militancia. De todas formas, es innegable que la tesis dominante de esta línea jurisprudencial es la primera, es decir, aquella que establece que, a pesar de su consagración como una prohibición constitucional, la doble militancia no tiene implicaciones jurídicas distintas a las sanciones que internamente los partidos políticos impongan a quienes la infringen. En otros términos, de acuerdo con esta tesis, la doble militancia no puede considerarse como una conducta de la cual pueda derivarse la pérdida de investidura o la nulidad electoral. La razón de lo anterior es que la norma constitucional contenida en el artículo 107 de la C.P. y modificada en el Acto Legislativo No 1 de 2003 no estableció consecuencias jurídicas de esta naturaleza para tal clase de conductas. Siendo esto así, y tomando en consideración que las causales de pérdida de investidura o de nulidad de la elección son taxativas, por restringir derechos de carácter fundamental, como el derecho al acceso a los cargos públicos, o a elegir y ser elegido, no resulta procedente realizar una aplicación analógica de estas sanciones.

3.1 La doble militancia: una prohibición constitucional sin dientes

Desde el primer momento en el que el Consejo de Estado tuvo que conocer del problema jurídico que se está describiendo, la Sala Plena del alto tribunal delimitó esta subregla de decisión. El alto tribunal,

mediante la sentencia de la Sala Plena del once (11) de mayo de dos mil cuatro (2004), negó la pérdida de investidura solicitada en la demanda incoada contra las acciones del senador de la República José Rueda M., a quien se acusaba de incurrir en doble militancia. De conformidad con los hechos de esta demanda, el Senador infringió esta prohibición, al otorgar avales para candidatos del movimiento político "Equipo Colombia" en las elecciones locales y regionales. Sin embargo, había sido elegido para integrar el Senado como candidato del movimiento político "Ciudadanos por Boyacá". En esta sentencia, el alto tribunal estableció la siguiente subregla de decisión:

"La Sala, en reiterados pronunciamientos ha expresado que las inhabilidades hacen referencia a aquellas circunstancias personales previas a la elección, creadas por la Constitución o la Ley que imposibilitan que un ciudadano sea elegido como congresista y cuya trasgresión genera la sanción de pérdida de investidura. Igualmente ha precisado que las inhabilidades para ser elegido en los cargos de representación popular, constituyen una restricción al derecho que tiene todo ciudadano de ser elegido, razón por la cual, dado su carácter prohibitivo, su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación debe estar ajustada a los presupuestos que para cada caso haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica. En este orden de ideas, por no estar expresamente regulado en la Constitución que la doble militancia se constituya en una causal de pérdida de investidura, no resulta posible que se imponga esta sanción al Congresista demandado"⁵.

Sin embargo, ya desde esta sentencia fundacional, la línea jurisprudencial empezó a mostrar que no resultaba posible que la solución a este problema jurídico se diera de forma unánime. Así, en la aclaración de voto consignada por la consejera Ligia López Díaz, se manifiesta el desacuerdo con la postura expuesta por la Sala Plena, en el sentido de no considerar la doble militancia como causal de pérdida de la investidura.

La doctrina de la Sala Plena, que en este caso se pronunció por tratarse de un proceso de pérdida de investidura contra un congresista, prontamente fue acogida por las distintas secciones en los asuntos de su

5 CE PLENA, 11 May. 2004, r11001-03-15-000-2003-1441-01, A. Ordoñez.

competencia. Así, la Sección Primera resolvió este problema jurídico al conocer de procesos de pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas de las entidades territoriales. Por su parte, la Sección Quinta tuvo que pronunciarse al conocer de casos con patrones fácticos similares, pero en los que se solicitaba, no la pérdida de la investidura, sino la nulidad de la elección de autoridades administrativas de las entidades territoriales.

La Sección Primera, en decisión del 1 de octubre de 2004⁶, consideró que no era procedente la solicitud de pérdida de investidura en contra de un Concejal de Bogotá a quien se acusaba de haberse hecho elegir por el movimiento Colombia Viva, mientras que de forma simultánea militaba en el partido Liberal. Acogiendo la tesis diseñada por la Sala Plena en la jurisprudencia fundante del 11 de mayo de 2004, la Sección Primera consideró que es a los partidos políticos a los que les corresponde de forma interna sancionar la infracción a la prohibición de doble militancia. Igualmente, determinó que no es posible decretar la pérdida de investidura por esta conducta, ya que la Constitución no estableció esta consecuencia jurídica para los casos de doble militancia.

Paralelamente, cuando la Sección Quinta debió conocer en segunda instancia, de casos provenientes de los tribunales administrativos en los que políticos regionales infringían la prohibición de doble militancia, también acogió la doctrina esbozada por la Sala Plena. Así, en el gráfico se evidencia que la Sección Quinta prefirió la solución de no darle efectos jurídicos de carácter imperativo a la inobservancia de la doble militancia. Esta tesis se sostuvo en las siguientes sentencias de importancia en esta línea jurisprudencial: sentencia del 2 de septiembre de 2005⁷, sentencia del 19 de enero de 2006⁸, sentencia del 3 de febrero de 2006⁹, sentencia del 17 de julio de 2008¹⁰, y en las sentencias más recientes sobre el tema: la sentencia del 27 de marzo de 2009, y sentencia del 9 de julio de 2009. En estas decisiones, la Sección Quinta privilegió esta solución por considerar que la norma constitucional no estableció una consecuencia jurídica para la comisión de esta conducta, más allá de la decisión de los partidos políticos

6 CE 1, 1 Oct. 2004, e2004-00213, C. Arciniegas.

7 CE 5, 2 Sep. 2005, e3650, M. Nohemí Hernández.

8 CE 5, 19 Ene. 2006, e3875, F. Jiménez Ochoa.

9 CE 5, 3 Feb. 2006, e3742, F. Jiménez Ochoa.

10 CE 5, 17 Jul. 2008, r630012331000200700152 01, F. Jiménez Ochoa.

de sancionar a sus integrantes cuando comprueben la doble militancia política.

3.2 El juez administrativo como garante de la prohibición constitucional

Pese a lo anterior, no puede considerarse que la solución dada al problema jurídico por el máximo tribunal de la jurisdicción sea del todo pacífica o coherente. Esta afirmación se sustenta especialmente, si se analiza la sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil cinco. En esta decisión, el Consejo de Estado se pronunció a favor de esta tesis que le da efectos sancionatorios a la trasgresión de la prohibición de doble militancia. En este fallo, se solicitó la nulidad de la elección del Gobernador del departamento de Vaupés, quien se presentó para una misma elección a la Gobernación y a la Cámara de Representantes por dos movimientos distintos: el "Movimiento de Participación Popular" y el "Movimiento Comunal y Comunitario". En esta decisión, el Consejo de Estado no declaró la nulidad de la elección por no encontrar probada la militancia simultánea del demandado en más de un partido político. Pero en relación con el problema jurídico expuesto, el alto tribunal dijo:

"La pretermisión de la prohibición contenida en el inciso 2º del artículo 107 de la Constitución Política implica la violación de una norma superior y por lo tanto, si un ciudadano inobserva el mandado constitucional e incurre en doble militancia, por pertenecer simultáneamente a dos partidos o movimientos políticos con personería jurídica y se inscribe y resulta elegido para cualquier cargo de elección popular, el acto de elección expedido por la autoridad electoral estará viciado de nulidad por haberse expedido con violación de la norma superior, configurándose así la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, que deberá ser declarada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La declaración de nulidad de los actos de elección y nombramiento procede no solo cuando tiene ocurrencia una cualquiera de las causales de nulidad electoral especiales previstas en los artículos 223 227 y 228 del C. C. A., sino también, cuando se configura alguna de las causales de nulidad previstas para la generalidad de los actos administrativos en el artículo 84 del C. C. A., que prevé la anulación de éstos por violación de la norma superior en que deben fundarse, por falta de competencia del funcionario u organismo que los expide, por expedición irregular y descono-

11 CE 5, 15 dic. 2005, e3384-3385, e 3384-3385, R. Chavarro Buritica.

cimiento del derecho de audiencia y de defensa, por falsa motivación y por desviación de poder, tal como lo ha decidido la Jurisprudencia”¹¹.

De acuerdo con esta nueva subregla, no resultaba necesario que la norma del artículo 107 de la Constitución hubiera establecido alguna consecuencia jurídica de orden imperativo para que su infracción pudiera ser sancionable con la anulación de la elección de quien no respetara la prohibición de militar en más de un partido político. Esto es así, pues con esta conducta se vulnera la Constitución siendo esta suficiente razón para anular el acto por infringir las normas en las que debe fundarse. De acuerdo con esta tesis, la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 107 de la C.P. no requiere ninguna clase de desarrollo legal para que se pueda derivar de su irrespeto la anulación de la elección.

Sin embargo, de forma posterior a este pronunciamiento, la Sección Quinta alzó la vela y decidió replegarse de esta subregla decisional. En consecuencia, acogió nuevamente como solución al problema jurídico la postura de conformidad con la cual no es posible la anulación del acto de elección de un político que incurra en doble militancia. Así, en sentencias del 19 de enero de 2006 y del 3 de febrero de 2006, la Sección Quinta reiteró esta tesis, pero sin entrar a controvertir la subregla de decisión acogida en la sentencia del 15 de diciembre de 2005. En la última de las decisiones reseñadas, es decir, la del 3 de febrero de 2006, la magistrada María Nohemí Hernández salvó el voto. Expuso en su argumentación, que era procedente declarar la nulidad de

12 Expresa el Salvamento en comentario: “Pues bien, fue claro el constituyente en prohibir, de manera omnicompreensiva, la doble militancia política, prohibición que por estar precedida de la expresión *“En ningún caso...”*, permite entender que la disciplina de partido que a través de ese acto legislativo se impuso, cobija, por igual a los militantes de los partidos o movimientos políticos, y a los candidatos que postulen sus nombres a los cargos o corporaciones públicas de elección popular, sin tener cabida, como lo entiende la Sala, la tesis de que se trata de un control disciplinario que debe surtirse al interior de esas agremiaciones políticas. Ahora, la Constitución Política de 1991, es definida en su artículo 4º como *“...norma de normas...”*, es decir con un claro carácter normativo que lleva, en este caso a la aplicación directa de la prohibición constitucional de la doble militancia política, puesto que ella no requiere de un desarrollo legislativo para que se haga efectiva esa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Ese carácter normativo permite establecer que la prohibición de la doble militancia política en cita, se incorporó en el conjunto normativo que gobierna la actividad política nacional, de tal modo que los actos administrativos que declaran una elección no solo están sujetos a las demás normas jurídicas que rigen dicha actividad, sino que también deben avenirse a los dictados del constituyente en esa parte”.

la elección, cuando se incurría en infracción de la prohibición de doble militancia, y adujo como fundamento de esta sanción el artículo 84 del C.C.A.¹².

3.3 Los desacuerdos se ponen sobre la mesa

Sólo hasta el 17 de julio de 2008, la Sala decide confrontar la tesis que aboga por la nulidad de la elección por la militancia simultánea en más de un partido político sostenida en la sentencia del 15 de diciembre de 2005 y en el salvamento de voto de la consejera Hernández. En esta decisión, establece la Sección Quinta que darle efecto jurídico a la inobservancia de la prohibición de doble militancia, anulando la elección con base en el artículo 84 del C.C.A, es un criterio que interpreta de forma inadecuada esta disposición legal. En efecto, esta norma establece que la nulidad de los actos administrativos procede cuando estos infrinjan las normas en que deberían fundarse. De acuerdo con esta sentencia, esta prescripción normativa establece la necesidad de hacer una confrontación entre una norma de superior jerarquía y un acto administrativo, y no entre un acto administrativo y una conducta que infrinja la norma que habilita la creación del acto administrativo. En el caso de la doble militancia, se estaría confrontando el acto administrativo que otorga la credencial para la elección con la conducta contraria a la Constitución y no con las normas que regulan la materia. Si a esto se añade que el inciso segundo del artículo 107 de la C.P. no establece ninguna consecuencia para la inobservancia de la prohibición de la doble militancia diferente a las decisiones que internamente adopten los partidos políticos, entonces no resultaría posible que pueda hacerse una confrontación entre el acto electoral y la norma constitucional. Establece esta sentencia:

“Así, en la acción electoral es procedente proponer dicha causal de nulidad de un acto de elección o nombramiento cuando la norma superior en que debía fundarse señalada como infringida forma parte de la regulación aplicable a esa elección o nombramiento, como por ejemplo, las leyes que señalan los requisitos que debe cumplir el elegido o nombrado, los impedimentos y las inhabilidades, causal también prevista, en forma específica, en el artículo 228 del C.C.A. Contrario sensu, no procede invocar como causal de nulidad de un acto electoral la infracción por parte del elegido o nombrado de un deber o una prohibición ciuda-

13 CE 5, 17 Jul. de 2008.

dana, sin que por ley se hubiera establecido en forma expresa que esa infracción impide que el ciudadano pueda ser elegido o nombrado”¹³.

Con esta decisión parecería pacificarse la línea jurisprudencial. Sin embargo, en decisión del 30 de octubre de 2008¹⁴, la Sección Primera decide tomar partido en la disputa sostenida al interior de la Sección Quinta y a manera de *obiter dictum* establece su postura en relación con la procedencia de la nulidad electoral por doble militancia. En un caso en el que se solicita la pérdida de investidura de un concejal por inobservancia de la prohibición de doble militancia, la Sección Primera se pronunció señalando que si bien no resulta posible imponer como sanción la pérdida de investidura en estos casos, la nulidad electoral sí es procedente.

De todas maneras, la Sección Quinta continúa acogiendo la solución de no darle consecuencias jurídicas a la infracción de la doble militancia. Así, en la decisión del 27 de marzo de 2009, se establece la doctrina dominante de la corporación sobre el problema jurídico planteado. En este fallo, la Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció sobre la solicitud de nulidad de la elección de tres concejales de municipios de Santander que fueron elegidos para el periodo 2004 a 2007 por un partido político y sin renunciar a la corporación se presentaron para la siguiente elección por un movimiento político diferente. En esta decisión, el Consejo de Estado no anuló la elección demandada, al considerar que la trasgresión de la prohibición de doble militancia no es causal suficiente para anular un acto electoral. A manera de *ratio decidendi* esta sentencia estableció que: (i) el Acto Legislativo 1 de 2003 se promulgó para fortalecer los partidos políticos, por ello es en la normatividad interna de estas organizaciones en donde se debe buscar la manera de imponer sanciones en razón de la inobservancia de esta prohibición; (ii) la prohibición de doble militancia contenida en el artículo 107 de la Constitución es un mandato de orden general, exigible a todos los ciudadanos y no exclusivamente a quienes militan en forma activa al ser representantes de los partidos políticos en las corporaciones públicas; (iii) el Acto Legislativo 1 de 2003 no consagró la prohibición de la doble militancia como una inhabilidad para ser elegido en cargos de elección popular, ni previó sanción alguna para su inobservancia; al no existir otra norma constitucional o legal que defina la consecuencia jurídica de dicha infracción, no es posible

14 CE 1, 30 Oct. 2008, r, 68001-23-15-000-2007-00664-01, M. C. Lasso.

hacer uso analógico de la figura de pérdida de investidura; (iv) esta imposibilidad jurídica radica en que la naturaleza y trascendencia de las inhabilidades exigen consagración expresa e interpretación restringida.¹⁵

Esta subregla de decisión fue reiterada en sentencia del 9 de julio de 2009.

¹⁵ Cfr. CE 5, 27 mar. 2009. M. Nohemí Hernández.

4 ● CONCLUSIONES

El análisis del problema jurídico planteado en este documento permite concluir que en relación con la doble militancia política existe una confrontación de dos principios y que la solución adoptada por el Consejo de Estado se ha movido hacia la protección de alguno de ellos. De un lado, la tesis que no concede los efectos jurídicos de pérdida de investidura o nulidad de la acción electoral es una tesis catalogable como garantista de los derechos de los demandados y respetuosa del principio de legalidad y de seguridad jurídica. Esta tesis da primacía a la necesidad de ofrecer a los asociados una certeza respecto del conjunto de hechos o causales que pueden dar origen a medidas restrictivas de los derechos políticos. Esta postura, inclusive, recalca que es al Legislador a quien le corresponde la estricta estipulación de las conductas que pueden dar origen a la pérdida de investidura o a la nulidad de los actos electorales, sin que el intérprete legal pueda sustituir la voluntad del legislador en cuanto a la ausencia de efectos pragmáticos de la prohibición de doble militancia contenida en el Acto Legislativo 1 de 2003.¹⁶ Esta postura se circunscribe en una amplia tradición administrativista de acuerdo con la cual las fórmulas que limiten el acceso a los cargos públicos, sea bajo la modalidad de inhabilidad o de incompatibilidad, necesitan de expresa consagración legal.

Pero vale la pena destacar que con esta tesis se deja sin efectos la prohibición constitucional de incurrir en doble militancia. Y lo anterior se fundamenta en que los partidos políticos bien pueden hacer caso omiso de esta infracción y no imponer las sanciones disciplinarias a las que haya lugar. Los efectos pueden ser peores, en tanto que llegado el momento de imponer efectivamente la sanción esta puede resultar inocua. Y esto es así, en tanto

¹⁶ Sobre el particular dijo el Consejo de Estado en la decisión del 9 de julio de 2009: "El legislador tampoco estableció consecuencia por la doble militancia política en uso de la competencia que le otorgó el artículo 293 de la Constitución Política, norma que indica con claridad que, sin perjuicio de lo establecido en la propia Carta Política, corresponde a la ley determinar las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. Por tanto, es al legislador a quien corresponde evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de incompatibilidad o inhabilidad así como el tiempo durante el cual se extienden y determinar las sanciones aplicables a quienes incurran en su inobservancia." CE 5, 9 Jul. 2009, r19001-23-31-000-2008-00308-01, M. Torres Cuervo.

que el infractor al encontrarse militando en una nueva organización política, no se sentirá afectado por la expulsión o la sanción correspondiente impuesta por el partido político afectado.

Esta conclusión se hace patente, si se observa que en la gran mayoría de los casos analizados, el Consejo de Estado sí evidenció la ocurrencia de una doble militancia por parte de personas que se hicieron elegir por un partido estando militando en otro. Este hecho denota que el efecto persuasivo de la norma jurídica no se está cumpliendo y que en la práctica los políticos colombianos continúan desafiando la norma constitucional bajo el amparo de la jurisprudencia administrativa.

En el otro extremo de esta línea jurisprudencial se sostiene una tesis que pretende fortalecer y darle dientes e implicaciones jurídicas a la prohibición de la doble militancia. Sin embargo, no parecería deseable que se produjera una modificación de la línea jurisprudencial que acoja la tesis opuesta a la actualmente dominante. Con esta tesis se efectiviza la intención del constituyente de fortalecer los partidos políticos pero a su vez puede abrir la puerta para una cacería de brujas que, vía interpretación judicial, pretenda la anulación de las elecciones a nivel territorial. Resulta entonces imperioso que el Constituyente se pronuncie para darle efectos jurídicos a la doble militancia y a su efecto más perverso: el transfuguismo político.

ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL RETIRO DISCRECIONAL DEL SERVICIO EN LOS CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Beyson Andrés Ramos Mercado en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. LAS CARRERAS ESPECIALES Y ● EL RETIRO DISCRECIONAL DEL SERVICIO

La Constitución de 1991 ordena el acatamiento por parte de las instituciones públicas de un conjunto de principios que se consideran indispensables para el cumplimiento de la función administrativa. De conformidad con el artículo 209 de la Constitución, la igualdad, la moralidad, la eficiencia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad se constituyen en las directrices que orientan la prestación de los servicios públicos y el cumplimiento de las misiones institucionales confiadas por la Constitución y la Ley a los distintos órganos y entidades del Estado.

El constituyente utilizó como fórmula para asegurar el acatamiento de los mencionados principios de la función administrativa la implementación de la carrera como mecanismo de acceso y permanencia en los cargos del Estado. Mediante la determinación de un conjunto de normas esparcidas a lo largo del texto constitucional, se evidenció el firme propósito de erradicar las prácticas clientelistas que durante muchos años se constituyeron en el mecanismo ineludible de acceso y permanencia en los cargos públicos. Estas prácticas influyeron de forma determinante en el anquilosamiento e ineficiencia de las instituciones estatales. En efecto, no resultaba necesario el cumplimiento de ninguna clase de directriz para un adecuado cumplimiento de la función pública, pues desafortunadamente, en muchos casos, era

suficiente contar con la recomendación del político de turno para acceder y/o conservar un cargo estatal. La Constitución de 1991 pretendió cambiar esta realidad para que el mérito y la capacidad de las personas fuera el criterio que orientara el acceso y retiro de los servidores del Estado.

Así, la Constitución de 1991 establece como regla general que *los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera*¹⁷. Este mandato genera una obligación para el Estado colombiano a fin de que se realicen todas las previsiones necesarias para su cumplimiento en los órganos y entidades que lo conforman¹⁸. A su vez implica que el Estado tiene el deber de establecer una serie de procedimientos para la selección y acceso a los cargos públicos fundamentados en los méritos y competencias de quienes aspiren a ocupar los empleos estatales. También lleva a que aquellas personas que son seleccionadas con base en estos procedimientos para ocupar los cargos tengan una estabilidad en sus empleos, estabilidad que les garantice su permanencia en el servicio público si cumplen de manera eficiente y transparente con las funciones y responsabilidades asignadas.

Pero a la par con esta regla general establecida en el artículo 125 de la C.P., el propio texto de la Constitución determinó la necesidad de crear una serie de carreras especiales con fundamento en las específicas condiciones de ciertas entidades públicas. Estas condiciones dificultaban que se cumpliera el mandato de implementación de la carrera administrativa a la par con los restantes órganos del Estado, sobre los que se ordenó la implementación de la carrera administrativa de carácter general. La Constitución entonces autorizó la creación de carreras especiales en las siguientes entidades públicas: en la Rama Judicial, en la Fiscalía General de la Nación, en la Procuraduría General de la Nación, en la Contraloría General y en la Fuerza Pública conformada por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En relación con la Fuerza Pública, la Constitución determinó que esta se encuentra integrada por las Fuerzas Armadas, es decir, el Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada, y también, por un cuerpo armado de naturaleza

17 Artículo 125 de la C.P.

18 Para el cumplimiento de esta función la Constitución en el artículo 130 ordenó la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

civil: la Policía Nacional. A cada uno de estos cuerpos armados les asignó de forma respectiva las tareas de: i) defender la soberanía e integridad del territorio nacional y ii) mantener las condiciones de paz y orden público necesarias para el ejercicio de las libertades públicas de los ciudadanos. Con el fin de facilitar el cumplimiento de estos objetivos, la Constitución autorizó el que las reglas de ingreso, ascenso y retiro de estos cuerpos armados fueran reguladas de forma especial por el legislador. De manera adicional, el artículo 125 de la C.P. también estableció la posibilidad de que el legislador pudiese crear otros regímenes de carrera de carácter especial. Así fue como en la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, el legislador determinó como una carrera autónoma y especial la carrera en el INPEC¹⁹. Un denominador común en estas carreras especiales de origen constitucional y legal se evidencia en el hecho de que estos órganos tienen funciones relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, así como la garantía del orden público. Pero otra característica especial de estos regímenes especiales es que en cada uno de los cuerpos normativos que regulan sus carreras especiales incluyen la figura de retiro discrecional del servicio.

Por retiro discrecional del servicio debe entenderse una medida de conformidad con la cual resulta posible para quienes dirigen los órganos de seguridad del Estado separar de estos cuerpos de carácter armado a empleados de carrera administrativa. Así, una persona que ha cumplido con los requisitos establecidos en las distintas normas que regulan el ingreso a las fuerzas armadas, la Policía el INPEC, y por ende ingresado a estas instituciones siguiendo los procesos de selección, puede ser retirada del servicio con mayor facilidad que los servidores que desarrollan su función en otras entidades públicas. Lo anterior, por cuanto en estas carreras especiales se faculta a las autoridades nominadoras de los cuerpos de seguridad del Estado a hacer uso de una facultad discrecional, sin que medien procesos de calificación o evaluación relacionados con el desempeño de los servidores retirados.

En el cuadro que se incluye a continuación se incorporan las normas de algunas de las carreras especiales en las que se define por el Legislador extraordinario el concepto de retiro discrecional del servicio.

19 El Artículo 40 de la Ley 63 de 1993 señala: La carrera penitenciaria y carcelaria es independiente del servicio civil. Estará regulada por los principios que consagra este estatuto y por las normas vigentes que lo adicionen, complementen o modifiquen. El Gobierno Nacional la reglamentará.

INPEC	POLICÍA NACIONAL	FUERZAS ARMADAS
Decreto 407 de 1994	Decreto 573 de 1995	Decreto 1790 de 2000
<p>Art. 65. Retiro por voluntad del Director General previo concepto de la junta de carrera penitenciaria. Los oficiales, suboficiales, dragoneantes y distinguidos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, podrán ser retirados del servicio a voluntad del Director General del Instituto en cualquier tiempo cuando su permanencia se considere inconveniente, previo concepto de la Junta de Carrera Penitenciaria.</p>	<p>Artículo 12. Retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional o la Dirección General, según el caso, podrán disponer el retiro de los Oficiales y Suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el artículo 50 del Decreto 41 de 1994.</p>	<p>Art. 104: Retiro Discrecional. Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto.</p>

Pese a las particularidades de cada una de estas carreras especiales y a que ellas sean reguladas en disposiciones normativas distintas, la figura del retiro discrecional del servicio presenta similitudes en su concepción. Estas similitudes son: i) mediante ella se retira del servicio a personal de carrera de los cuerpos de seguridad del Estado; ii) aunque el máximo superior jerárquico del cuerpo de seguridad puede hacer uso de esta facultad, su discrecionalidad se encuentra limitada por las razones del servicio; y iii) como mecanismo para garantizar que efectivamente el retiro se deba a estas razones y no al capricho de la autoridad nominadora se exige el concepto previo de un comité o junta de carrera la entidad.

Pero la facultad de retirar discrecionalmente a los servidores, establecida legalmente en las normas anteriormente descritas, plantea un problema jurídico de sumo interés. En efecto, con esta figura se posibilita el que la estabilidad de los miembros de carrera se vea afectada con la utilización de mecanismos de desvinculación del servicio ajenos a las características

de la carrera administrativa general²⁰. Mecanismos que incluso se asemejan a las formas de terminar la vinculación de otra clase de servidores públicos: los funcionarios de libre nombramiento y remoción. A esta problemática, la jurisprudencia le ha dado dos respuestas jurídicas en distintos momentos, tal y como se esboza en el gráfico que se relaciona a continuación.

20 En efecto, la Ley 904 de 2004 que regula la carrera administrativa general de los servidores del Estado colombiano incluía una causal de retiro del servicio similar a la estudiada para el caso de las carreras especiales de los cuerpos de seguridad del Estado. Así, el literal c) del artículo 41 de la Ley 904 de 2004 consagraba la posibilidad de retirar del servicio a funcionarios de carrera por razones de buen servicio, mediante resolución motivada. Esta causal fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-501 de 2005.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Se debe flexibilizar la carrera en los cuerpos de seguridad del Estado y permitir el retiro de los servidores sin motivación?

TESIS A

Moderada

Flexibilización de la carrera en los cuerpos de seguridad del Estado, que le permita la persona retirada conocer los motivos por los cuales se tomó la decisión relacionada con la desvinculación

	C 108/1995			
	C 252/1995			
			CE, 31-07-1997	
	C 368/1999			
			CE, 27-04-2000	
			CE, 08-02-2001	
	C 179/2006			
T 827/2007				
				CE, 22-02-2007
T 569/2008			CE, 19-06-2008	
T 1173/2008				
T 111/2009				
	CE, T 28-04-2009			

TESIS B

Alta

Flexibilización de la carrera en los cuerpos de seguridad del Estado, porque así lo determinan las normas que regulan estas carreras especiales.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La figura del retiro discrecional del servicio ha recibido respuestas que oscilan entre dos tesis sostenidas en la jurisprudencia nacional. Una primera tesis establece que la flexibilización de la carrera en los cuerpos de seguridad del Estado debe ser alta, porque así lo determinan las normas que regulan estas carreras especiales. Como la figura del retiro discrecional del servicio ha sido consagrada para garantizar eficiencia y transparencia de los cuerpos de seguridad del Estado, se puede hacer uso de ella sin motivar el acto de desvinculación. Por el contrario, la otra tesis asumida por la jurisprudencia nacional defiende que la flexibilización de la carrera en los cuerpos de seguridad del Estado sea moderada. Sostiene que aunque las normas que regulan estas carreras especiales consagren la figura del retiro discrecional del servicio, al hacer uso de ella, se debe permitir a la persona retirada conocer los motivos por los cuales se tomó la decisión relacionada con la desvinculación. Esta motivación resulta necesaria para garantizar el derecho de defensa de los afectados. Estas dos tesis se han sostenido en distintos momentos por las dos jurisdicciones que han tenido que resolver los problemas relacionados con la aplicación de la figura de retiro discrecional del servicio de empleados de carrera. Así, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa han solucionado este problema jurídico en los términos que se describen a continuación.

3.1 El retiro discrecional del servicio se encuentra ajustada al texto constitucional.

Para identificar el primer momento de la jurisprudencia nacional en relación con la figura del retiro discrecional del servicio es necesario agrupar el conjunto de decisiones en las que la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de las disposiciones que regulan la figura de retiro discrecional del servicio en las carreras especiales del INPEC, la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas. La conclusión a la que llegó el alto tribunal en todos estos casos, es que la figura del retiro discrecional del servicio creada por el legislador para las carreras especiales de las fuerzas de seguridad del Estado era compatible con la Constitución colombiana. Ahora bien, esta conclusión debe ser matizada, como se verá enseguida.

El primer matiz se observa al analizar la primera decisión de la Corte sobre la constitucionalidad de la figura de retiro discrecional del servicio en las carreras especiales de los cuerpos de seguridad del Estado. Se trata de la sentencia C-108 de 1995, en la que la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 65 del Decreto 407 de 1994 que consagra esta figura en la carrera del INPEC. El alto tribunal consideró que era plausible aceptar la flexibilización de la carrera especial del INPEC, y admitió el uso del retiro discrecional del servicio. Lo anterior, debido a que la “[m]edida busca a todas luces facilitar la depuración y la moralización administrativa y funcional de los establecimientos penitenciarios”. Sin embargo, advirtió que esta figura sólo resultaba compatible con la Constitución, a condición de que a los funcionarios desvinculados “se les oiga en descargos”. En otras palabras, como la norma autoriza al director del INPEC a hacer uso del retiro discrecional del servicio, previo concepto de la junta de carrera de la entidad, resulta necesario permitirle al afectado por la decisión conocer los motivos por los cuales la junta de carrera da concepto favorable para su desvinculación. Igualmente, se debe seguir el procedimiento establecido en las normas para garantizar el debido proceso de estos funcionarios en el momento de la desvinculación.

Posteriormente, en la sentencia C-525 de 1995, la Corte se pronunció acerca de las normas que regulan el retiro discrecional del servicio en la Policía Nacional. Nuevamente encontró ajustada a la Constitución esta medida, por considerarla necesaria para retirar al personal que “[p]or sus condiciones morales no se amolde a la naturaleza de su función”. Sin embargo, también en esta decisión, la Corte estableció que la discrecionalidad del director de la Policía no podría considerarse como absoluta, sino que era una “discrecionalidad basada en la racionalidad”. Lo anterior implica que el uso del retiro discrecional del servicio debe ser una medida adecuada y proporcional. Estas condiciones se garantizan con el aval previo del comité de evaluación que en términos de la Corte debe tener un mínimo de “motivación justificante”. Igualmente, en la sentencia C-368 de 1999²¹, la Corte encontró ajustada a la Constitución la decisión del legislador de extender el uso del retiro

21 En esta ocasión se demandó, entre otras normas, el literal J del art. 37 de la Ley 443 de 1998, en el que se prescribía como causal de retiro: “El personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con excepción de sus entidades descentralizadas, previo concepto favorable de la Comisión de Personal, podrá ser retirado cuando por informe reservado de inteligencia se considere que es inconveniente su permanencia en el servicio por razones de seguridad nacional. En este caso, la providencia no se motivará.”

discrecional del servicio a los funcionarios civiles de las Fuerzas Armadas y de la Policía. Más recientemente, el alto tribunal avocó conocimiento de la constitucionalidad de esta medida en la carrera especial de las Fuerzas Armadas. En la sentencia C- 179 de 2006 se pronunció de manera similar a lo expresado en las sentencias anteriormente reseñadas:

“Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad, de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de curso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan. En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables”.

En síntesis, el primer momento de la figura de retiro discrecional del servicio en la jurisprudencia nacional se identifica con su ratificación en el ordenamiento colombiano. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó una serie de condiciones para el uso del retiro discrecional del servicio: i) el retiro debía tener un mínimo de motivación que justificara la decisión; ii) esta justificación mínima era exigible para garantizar el derecho de defensa; y iii) la discrecionalidad de la que se hacía uso se encontraba limitada por el cumplimiento de los fines de mejoramiento del servicio en los cuerpos de seguridad del Estado. Es decir, el retiro discrecional era incompatible con la desviación de poder. Como se verá adelante, en muchos casos se discute si la desvinculación estuvo debidamente motivada por fines de mejoramiento del servicio o si, en realidad, fue resultado de desviaciones de poder.

3.2 El Consejo de Estado se “rebela” contra la postura de la Corte Constitucional

La aceptación en sede constitucional de la figura del retiro discrecional del servicio produjo como consecuencia su utilización por parte

de los cuerpos de seguridad del Estado. Lo anterior llevó a que quienes fueron desvinculados en estas condiciones reclamaran ante la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad de los actos de retiro. Pero las reclamaciones en estos procesos de nulidad no se limitaban a solicitar la nulidad del acto administrativo de desvinculación por ser contrario a las previsiones del artículo 84 del C.C.A. Estas demandas más bien se fundamentaban en la ausencia de cumplimiento por parte de las autoridades administrativas de las exigencias que la Corte Constitucional había plasmado para la utilización de la figura de retiro discrecional del servicio. Sin duda, resulta significativo observar las demandas de nulidad de estas sentencias en las que se ataca el acto administrativo aduciendo que se hizo uso de la figura "apartándose de lo dispuesto en la sentencia C-525 de 1995 de la Corte Constitucional, con lo cual se violó el debido proceso"²² o también que "tal como lo expuso la Corte Constitucional es posible el retiro por inconveniencia para el servicio pero siempre respetando el derecho de defensa".²³

Sin embargo, para solucionar esta clase de casos, el Consejo de Estado asumió una tesis distinta a la sostenida por la Corte Constitucional. El máximo tribunal de la jurisdicción prefirió la solución que propugna un alto nivel de flexibilidad de las carreras especiales en los cuerpos de seguridad del Estado. Por lo anterior, aceptó la utilización del retiro discrecional del servicio, sin que fuera necesario motivar de ninguna manera el acto de desvinculación. Así por ejemplo, en la sentencia del 22 de febrero de 2007 esta corporación solucionó el problema jurídico haciendo uso de la siguiente subregla de decisión:

"El Director General de la Policía tiene sobre el personal de suboficiales y agentes de la Policía Nacional, según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio activo sin que requiera explicitar de otro modo sus móviles. Estos de-

22 C.E. 2A, 08 feb. 2001, e, 1896/00. A.M. Olaya Forero. En esta decisión se solicitó la nulidad de una resolución proferida por el Director General de la Policía, en la que se retiró del servicio activo al demandante. En esta decisión el Consejo de Estado no declaró la nulidad del acto administrativo demandado, pues constató que de forma previa al retiro se contó con el concepto previo del Comité de Evaluación de la institución.

23 C.E. 2, 27 abr. 2000, e, 1364/99, N. Pájaro. En esta decisión se ataca la nulidad de una resolución proferida por el Director del INPEC en la que el funcionario hace uso del retiro discrecional del servicio sin que medie en el concepto de la Junta de Carrera la recomendación para la desvinculación sino el otorgamiento de un voto de confianza al director para que haga uso de su facultad discrecional. En este caso el Consejo de Estado declaró la nulidad aduciendo la necesidad de que existiera el concepto previo de la junta como requisito para la desvinculación.

cretos se asumen como proferidos en uso de sus potestades sobre la Fuerza Pública y en beneficio de la misión constitucional y legal a su cargo.(...) Por tratarse de una facultad discrecional no era de rigor que el acto que ordenó la remoción expresara motivos distintos de la voluntad discrecional del Director, lo que sí es indispensable para los actos reglados con el objeto de determinar la conexidad entre los hechos y el derecho aplicado”²⁴.

La doctrina nacional ha sintetizado la postura del Consejo de Estado en relación con el retiro discrecional del servicio en los siguientes términos:

“Ahora bien, el Consejo de Estado ha considerado que gracias a esta libertad, el debido proceso- y sus garantías, en especial la motivación-, no es necesario tratándose de desvinculación de miembros de las fuerzas militares, la Policía, el INPEC o el DAS, en la medida en que la normativa que regula a los retiros discrecionales en esas instituciones no se refiere de forma alguna al requisito de notificación o motivación del acto. Con respecto al derecho de defensa, el Consejo de Estado también ha considerado que no aplica, por no tratarse de una sanción disciplinaria”²⁵.

En este orden de ideas, la postura del Consejo de Estado defiende la importancia de enmarcar la figura analizada dentro de un alto margen de discrecionalidad, sin que por supuesto ello implique que este margen pueda confundirse con capricho o arbitrariedad. También considera que este margen es de una amplitud suficiente como para que no se establezca como exigencia para la utilización del retiro discrecional del servicio la motivación del acto de desvinculación. Pero esta interpretación produjo un nuevo momento en esta línea jurisprudencial tal y como se verá enseguida.

3.3 El as bajo la manga: la tutela como mecanismo de control de la figura

La postura adoptada por el Consejo de Estado ocasionó que los fallos proferidos por la jurisdicción contencioso administrativa fueran

²⁴ C.E. 2B, 22 feb. 2007, e, 6804/05, J. M. Lemus Bustamante. En esta decisión se solicita la anulación del acto de retiro discrecional del servicio de un miembro de carrera de la Policía Nacional.

²⁵ Benítez, Vicente. La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro. Página 7.

demandados en sede de tutela. En efecto, en diversas acciones se reclamaba por parte de ex-miembros de los cuerpos de seguridad del Estado la afectación del derecho al debido proceso, por la negativa del Consejo de Estado de declarar la nulidad de actos administrativos proferidos para realizar retiros discrecionales, sin ninguna clase de motivación. En estas acciones se solicitaba la tutela contra sentencia judicial, aduciendo que la postura del Consejo de Estado se constituía en una vía de hecho, por defecto sustantivo de la decisión por desconocimiento de la doctrina constitucional sobre la materia.

En diversas sentencias de tutela, la Corte Constitucional desempeña el papel de órgano de cierre del sistema del ordenamiento jurídico colombiano. Utiliza entonces sus pronunciamientos para reconvenir al Consejo de Estado por no acatar el precedente constitucional establecido para la comprensión de la figura del retiro discrecional del servicio. La reacción de la Corte Constitucional ante el desconocimiento del precedente por parte de la jurisdicción contencioso administrativa es tan fuerte que incluso llega a ordenar tanto a tribunales administrativos como al propio Consejo de Estado que emitan nuevamente los fallos, pero siguiendo la doctrina constitucional sobre el retiro discrecional del servicio.

Lo interesante de este conjunto de decisiones es que en ellas el alto tribunal establece las pautas para la utilización de la figura de retiro discrecional del servicio por parte de los cuerpos de seguridad del Estado. Igualmente, critica la forma como el Consejo de Estado ha examinado la legalidad de los actos administrativos proferidos para hacer uso de esta figura. Por ejemplo, en la sentencia T-827 de 2007²⁶, la Corte Constitucional expresa que la postura asumida por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa se limita a revisar el cumplimiento formal del requisito de concepto previo de la junta o comité evaluador. El defecto de esta clase de examen, según la Corte, es que el sólo concepto no garantiza el que se le haya permitido al afectado con la decisión: i) conocer los motivos por los cuales se recomienda el retiro y ii) rendir descargos en relación con estos motivos para garantizar el derecho de defensa. En esta decisión, la Corte realiza una reconceptualización del precedente establecido en las sentencias de constitucionalidad sobre la figura, para aclarar la manera como los cuerpos de seguridad del Estado deben

26 En esta acción se solicitó la tutela contra una sentencia del Consejo de Estado que no anuló la resolución por la cual se aplicó la figura del retiro discrecional del servicio a un funcionario del INPEC.

hacer uso de la medida de retiro discrecional del servicio. Esta reconceptualización es clara en señalar la necesidad de que exista una motivación, que además se le haga conocer al afectado con la decisión, para que este pueda defenderse o controvertir la decisión administrativa. Pero, adicionalmente, la jurisprudencia no sólo exige la motivación del acto administrativo, sino también un modicum de debido proceso

Posteriormente, en sentencias de tutela como la T-1138 de 2008 y la T- 111 de 2009, la Corte Constitucional reitera la tesis de flexibilidad moderada para las carreras especiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, respectivamente. Al igual que en la sentencia T-827 de 2007, la Corte establece en estos fallos que los actos administrativos de retiro o los actos que preceden estas manifestaciones de la voluntad de la administración deben motivarse, para permitir el derecho de defensa de los afectados con la medida.

3.4 ¿El Consejo de Estado sigue el precedente a regañadientes?

En la actualidad, puede reseñarse que las duras críticas de la Corte Constitucional a la tesis acogida por el Consejo de Estado han empezado a surtir efectos. En decisiones recientes, el Consejo de Estado ha comenzado a sostener una postura moderada y a realizar exámenes de los actos administrativos acogiendo las subreglas depuradas por el tribunal constitucional. Así, en acción de tutela conocida por el Consejo de Estado²⁷, en la que se discutía la desvinculación de un miembro de carrera de las Fuerzas Armadas, el alto tribunal concede la tutela, y ordena que se realice de nuevo la notificación del acto de desvinculación y en especial de las actas que recomendaron el retiro del servicio, a fin de que el demandante pueda controvertir su retiro. Arguye el alto tribunal:

“En el presente caso está acreditado que al demandante al notificársele el acto de retiro no se le dieron a conocer las actas por medio de las cuales se recomendó por parte del Comité de Evaluación y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, tal decisión, que constituyen el fundamento de la Resolución. Ni el Ejército Nacional ni el Ministerio

27 C.E 5, 28 mayo. 2009. S. Buitrago.

de Defensa al contestar la acción de tutela dan a conocer las razones que motivaron el retiro del servicio activo del demandante, situación que confrontada con las pruebas que aporta el demandante, acerca, en principio, de su buen desempeño, condecoraciones recibidas y carencia de antecedentes disciplinarios, impide a la Sala inferir la existencia de una razón objetiva en el ejercicio de su cargo que ameritara tal decisión. (...) Así, se impone en aras de garantizarle el real ejercicio del derecho de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que éste tenga acceso a las recomendaciones del Comité de Evaluación y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa a fin que pueda estructurar la demanda controvertiendo las razones que allí se expresan. No pasa por alto la Sala que aunque no es exigencia legal que el acto de retiro contenga la expresión de los motivos, ello no significa que esté precedido de un concepto objetivo expresado por autoridades a quienes legalmente compete recomendar la desvinculación, basada en el examen de la hoja de vida y en las razones que ameriten tal consideración, registro que debe quedar consignado en el acta respectiva”.

Sin embargo, no es posible sustentar que el Consejo de Estado esté aceptando la tesis de la moderada flexibilización de estas carreras, pues no se cuenta con mayor información sobre lo que está ocurriendo en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta falta de información posiblemente se deba: i) a que no se han proferido recientemente muchos fallos sobre el particular, o ii) a que los cuerpos de seguridad del Estado han empezado a seguir las subreglas relacionadas con motivación de las decisiones que hacen uso de la figura del retiro discrecional, razón por la cual se ha disminuido las reclamaciones contenciosas por este motivo.

4. CONCLUSIONES

En el ordenamiento jurídico colombiano se ha admitido la posibilidad de flexibilizar la carrera administrativa de los cuerpos de seguridad del Estado. Esta flexibilización se ha materializado con la incorporación legal y posterior utilización de la medida de retiro discrecional del servicio. A través de esta medida se ha permitido la separación de las filas de los cuerpos armados del Estado, de servidores públicos que por haber ingresado a la carrera deberían gozar de un mayor nivel de estabilidad laboral. Sin embargo, se ha considerado que, en razón a la importante misión que cumplen estos organismos, resulta necesario el que se permita a los directores de estos cuerpos de seguridad el uso de facultades discrecionales para la depuración de estos organismos.

Pero la jurisprudencia nacional no ha encontrado un acuerdo acerca de qué tan alta debe ser esa flexibilización de las carreras especiales. Así, mientras en la jurisdicción constitucional se ha sostenido que dicha flexibilización debe ser moderada, la jurisdicción administrativa ha considerado que la flexibilización debe ser alta, y por ende, que las facultades discrecionales utilizadas para la aplicación de esta figura no requieren ser motivadas.

Cada una de estas tesis tiene argumentos de peso para su defensa. La tesis moderada encuentra un sustrato en la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y más concretamente al derecho de contradicción de los servidores afectados con estas decisiones. Desde una perspectiva puramente administrativista, también resulta defendible esta postura, en tanto que con ella no se pierde de vista el reconocimiento de que recae sobre funcionarios de carrera, así se trate de carreras reguladas en forma especial por el legislador. Esta exigencia de motivación, potencia el que efectivamente la discrecionalidad otorgada por la ley se utilice de forma racional y dificultada, que no impide- el abuso de la figura.

Sin embargo, la tesis que faculta la amplitud en la flexibilización de las carreras especiales también puede ser defendida desde una perspectiva dogmática y desde una perspectiva pragmática. Desde el punto de vista pragmático es posible señalar que la posibilidad de realizar retiros

discrecionales del servicio sin motivación reduce la complejidad en la utilización de la figura. Este aspecto incide en una disminución de la litigiosidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues al aceptarse por parte de los servidores de estas carreras especiales un alto nivel de discrecionalidad, los actos de retiro no serían atacados con demasiada frecuencia en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Igualmente, se puede sostener la hipótesis de que la jurisdicción contencioso administrativa, más que pretender generar un nuevo episodio de choque de trenes al desatender las subreglas creadas para la implementación de la figura por la Corte Constitucional, tiene la intención de defender la doctrina que distingue entre las potestades discrecionales y las potestades regladas conferidas a la administración.

De todas formas, este recuento jurisprudencial también permite concluir que la Corte Constitucional está dispuesta a hacer respetar los precedentes sobre la utilización de la figura del retiro discrecional del servicio en sede de tutela, razón por la cual, la jurisdicción contencioso administrativa paulatinamente deberá considerar un cambio en su postura jurisprudencial.

LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL EN LAS ACCIONES DE REPARACIÓN DIRECTA

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Israel Soler Pedroza y Pedro María Toro Martínez en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. EFECTOS EN EL DEBATE PROBATORIO DE LA AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Bien puede decirse que la responsabilidad patrimonial del Estado es uno de los tópicos de mayor importancia para el área contenciosa administrativa y que a partir de la Constitución de 1991 ha adquirido aún mayor relevancia. A raíz del reconocimiento que de esta figura hiciera el artículo 90 de la C.P. incorporando expresamente esta clase de responsabilidad extracontractual dentro del conjunto de disposiciones que regulan el funcionamiento del Estado colombiano, se han manifestado importantes transformaciones y precisiones acerca de la necesidad de reparar los daños antijurídicos que se produzcan a los ciudadanos por la puesta en funcionamiento del aparato estatal. La reacción a la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido muy fuerte y en razón a ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa han empezado a extender, tanto como ha sido posible, la obligación del Estado de reparar los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El debate probatorio no ha sido inmune a las tesis que defienden una ampliación de la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, al darse por sentado que el deber del Estado es el de responder patrimonialmente incluso de forma objetiva, no resulta relevante establecer si el daño antijurídico se produjo como consecuencia de una falla en el servicio. Más bien, la prueba se encamina a demostrar que el daño se produjo como consecuencia

de la actuación del agente estatal, en el cumplimiento de sus funciones. Es por ello que puede afirmarse que la ampliación de la figura de responsabilidad patrimonial del Estado también ha producido efectos en materia probatoria. Estos efectos pueden evidenciarse en relación con la prueba del daño moral. En la actualidad la jurisdicción contencioso administrativa ha relevado a los intervinientes en los procesos de reparación directa de la obligación de probar intensamente el daño moral. En otras palabras, con la sola acreditación del parentesco en la mayoría de los casos se procede al reconocimiento del perjuicio moral.

Resulta excesivo achacar esta reducción de las exigencias probatorias del daño moral exclusivamente a la ampliación de la responsabilidad patrimonial de Estado. Pero, de todas formas, no puede negarse que este factor ha sido relevante para explicar esta tesis. A pesar de ello, un examen de esta figura también permite establecer que la prueba y la valoración del perjuicio moral tradicionalmente ha sido un aspecto que genera grandes dificultades. Estas dificultades incluso fueron la base para que durante muchos años la jurisprudencia nacional se negara al reconocimiento de esta clase de daños inmateriales.²⁸ También influyeron para reducir el tipo de parientes que se encontraban legitimados para realizar reclamaciones por perjuicios morales a tal punto que en algún momento no se llegó a reconocer este daño a los hijos menores o a los hijos póstumos, por la supuesta incapacidad de los menores de sentir la pérdida o las lesiones del familiar afectado por la actuación del agente estatal.²⁹ Sin embargo, poco a poco la jurisprudencia administrativa fue cambiando y aceptó la declaración de la compensación del daño moral en reparación directa para el núcleo familiar cercano o inmediato a la víctima, es decir, los parientes hasta en un segundo grado de consanguinidad.

28 Ver al respecto el salvamento de voto a la sentencia CE 3, 19 de may. 1975, r1507, O. Abeilo Noguera, en el que se establecen los diversos criterios que en ese momento se sostenían para desconocer la compensación de los daños morales.

29 En muchos casos se negó el reconocimiento del daño moral a menores de edad o a hijos póstumos con el argumento de que por la corta edad de estas personas no era posible reputarse que sintieran dolor o aflicción por la muerte de un ser querido. Ver al respecto CE 3, 16 de nov. 1989. G. de Greiff Restrepo.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Qué tan altas son las exigencias en la demostración del perjuicio moral, para los hermanos de la víctima de un daño imputable al Estado?

TESIS A
Sólo se requiere la acreditación del parentesco.

				CE 3, 17-04-1984
CE 3, 14-03-1984				
	CE 3, 17-07-1992			
			CE 3, 21-10-1999	
CE 3, 27-01-2000				
CE 3, 21-09-2000				
				CE 3, 19-07-2001
CE 3, 30-03-2004				
CE 3, 30-08-2007				
CE, 10-03-2005				
CE 3, 30-07-2008				
CE 3, 23-04-2008				
CE 3, 14-08-2008				
	CE 3, 26-02-2009			
C Const, T 934/2009				

TESIS B
Se requieren pruebas adicionales a la acreditación del parentesco.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Se ha sostenido hasta el momento que la ampliación de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado ha influido en la prueba del daño moral. También que esta influencia ha posibilitado el que resulte más fácil la demostración de los perjuicios morales por parte de los parientes del núcleo familiar inmediato de las víctimas. Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha presentado algunas discusiones en relación con la demostración del perjuicio moral para los hermanos. Estas discusiones se sintetizan en dos tesis opuestas. Una primera tesis establece que la prueba del daño moral sólo requiere de la acreditación del parentesco, pues se presume la existencia del daño moral cuando un hermano fallece o sufre afectación en su integración física por causa imputable al Estado. Esta presunción se basa en la idea de que las relaciones entre ciertos miembros de la familia, entre los cuales se encuentran los hermanos, se fundamentan en el cariño y la solidaridad. En este sentido no deben ser muy altas las exigencias que acrediten el daño moral de los hermanos. Por el contrario, la tesis opuesta defenderá que para la prueba del daño moral, además de acreditarse el parentesco, es necesario aportar pruebas que permitan determinar las relaciones de afecto y convivencia del hermano fallecido o afectado en su integridad física por causa imputable al Estado.

El gráfico esbozado muestra cómo existe una postura coherente del Consejo de Estado en relación con la respuesta al problema jurídico planteado. En este orden de ideas, actualmente no son excesivamente altas las exigencias para la prueba del daño moral, ya que sólo resulta necesaria la acreditación del parentesco, al presumirse la existencia del daño moral. El nivel de coherencia de esta postura judicial es tan alto, que es factible señalar que esta tesis se erige hoy como un precedente judicial tal y como se expondrá a continuación.

3.1 Obligatorio cumplimiento del precedente vertical

La evolución de la línea jurisprudencial que resuelve el problema jurídico planteado presenta en este momento un estadio pacífico, pues a pesar de la existencia de posturas diversas por parte de la jurisdicción

contencioso administrativa para su solución, tales divergencias se han superado. Por ello se puede afirmar que en la actualidad el Consejo de Estado mantiene una postura coherente y constante sobre la materia. A partir del 2004, el Consejo de Estado ha venido sostenido de forma consistente la tesis de la presunción del daño moral para los hermanos. De acuerdo con esta postura, sólo resulta necesaria para la demostración del perjuicio moral la acreditación del parentesco, pues las “reglas de la experiencia” permiten inferir que los daños ocasionados a un hermano producen sufrimiento y dolor a los demás hermanos.

Tan alto es el grado de coherencia de esta tesis que, en el año 2009, el tribunal constitucional de Colombia concedió una acción de tutela contra una sentencia de un juez de inferior jerarquía que no reconoció el daño moral a los hermanos de una víctima. Estos sujetos habían solicitado en reparación directa la compensación judicial por perjuicios morales acreditando en el proceso los respectivos registros civiles para demostrar el parentesco. En esta decisión se solicitó la defensa del derecho a la igualdad por desconocimiento del precedente judicial. El actor de la tutela denunció que la actitud del Tribunal Administrativo de Nariño de negarse a declarar la compensación del daño moral a los hermanos de la víctima, aún a pesar de que en el proceso se había acreditado efectivamente el parentesco, violaba el derecho a la igualdad. En la demanda se señaló que el tribunal fundamentó su negativa en reconocer el daño moral de los hermanos de la víctima haciendo uso de una jurisprudencia del Consejo de Estado del año 1999 en la que el alto tribunal sostenía la tesis contraria.

La Corte Constitucional respalda el precedente del Consejo de Estado y concede la tutela, para aceptar que el Tribunal Administrativo de Nariño había cometido un defecto sustantivo por vulneración del precedente vertical definido por el Consejo de Estado sobre la materia. De acuerdo con la Corte, la subregla de decisión actualmente vigente en el Consejo de Estado en relación con la prueba del perjuicio moral de los hermanos de la víctima de un daño imputable al Estado es la siguiente:

“Como consecuencia de la tesis acogida, reiteradamente la Sección Tercera ha estimado que “basta, entonces, las pruebas del estado civil aportadas al proceso, para que esta sala considere demostrado, indiciariamente, el daño moral reclamado por los demandantes”, de modo que la condición de her-

mano de la víctima queda “debidamente acreditada” por los registros civiles que permiten establecer el parentesco y dar por probado el perjuicio moral”³⁰.

Pero la *ratio decidendi* de esta decisión consiste en señalar que el Tribunal Administrativo de Nariño, como juez de inferior jerarquía, tenía el deber de seguir el precedente trazado por el Consejo de Estado como máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa o, en su defecto, tenía la obligación de explicitar las razones por las cuales se apartaba de este precedente y negaba la reparación del daño moral de los hermanos de la víctima, a pesar de que ellos en el proceso habían acreditado el parentesco. Ante la ausencia de tales argumentos en la sentencia atacada en sede de tutela, la Corte concluye la afectación del derecho fundamental a la igualdad y concede la tutela. Así, ordenó que el Tribunal profririera un nuevo fallo “en estricta sujeción al precedente vigente”³¹.

La doctrina de obligatoriedad del precedente vertical ha sido sostenida en diversas oportunidades por la Corte Constitucional colombiana. También el área contenciosa administrativa ha visto cómo se exige, con fundamento en la protección del derecho a la igualdad, el seguimiento del precedente judicial. Sin embargo, la clara identificación de precedentes en esta materia no resulta muy fácil, si se tiene en consideración la compleja estructura del Consejo de Estado y las discusiones en torno a la validez del derecho jurisprudencial por sobre el derecho legal. No son pocas las voces que han criticado la imposibilidad de sostener una disciplina de precedentes judiciales en esta jurisdicción, a causa de la complejidad en su funcionamiento. Esta complejidad implica que en algunos casos se observen desacuerdos en las mismas salas de una misma sección o entre secciones cuando discuten casos con naturaleza sustancialmente similar. Sin embargo, en lo que respecta a la demostración del daño moral estas dificultades parecen haberse superado.

No obstante, aunque el momento actual puede calificarse de fuerte obligatoriedad en relación con el precedente jurisprudencial, vale la pena remontarse a los antecedentes en la construcción de esta regla decisional. La razón de lo anterior es que la idea de la existencia de una presunción del daño moral en favor de los hermanos tiene una serie de aristas que sólo resultan destacables si se esbozan por completo los antecedentes de esta tesis sostenida en la actualidad por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

31 Ibid.

3.2 Las aristas subyacentes en la tesis de presunción del daño moral

La reconstrucción del precedente de la demostración del daño moral de los hermanos de una víctima de daño antijurídico imputable al Estado, elaborada por la Corte Constitucional en la sentencia T-934 de 2009, debe examinarse con atención. El Consejo de Estado, en la medida en que fue elaborando este precedente judicial, decantó una serie de elementos que, a pesar de no estar explicitados, deben ser tomados en consideración cuando las circunstancias del caso concreto así lo ameriten.

Un primer elemento que vale la pena poner en evidencia es que esta tesis que reduce las exigencias probatorias en materia del daño moral, al limitar la prueba a la acreditación del parentesco, fue sostenida en sus inicios para cierta clase de parientes y poco a poco se fue ampliando hasta incluir a los hermanos. De hecho, hasta el año de 1992, la jurisprudencia oscilaba entre el reconocimiento o no de los perjuicios a los hermanos y hacía distinciones entre la condición de hermanos mayores y hermanos menores, negándoles a los primeros el reconocimiento de los perjuicios si no acreditaban la existencia de lazos afectivos con la víctima. Y esto era así, debido a que se suponía que los hermanos menores tenían una mayor dependencia económica de la víctima, en especial en el contexto de familias grandes en donde rápidamente los hermanos mayores debían soportar a los padres en el sostenimiento del núcleo familiar.

Sin embargo, en la sentencia del 17 de Julio de 1992, el Consejo de Estado determina una subregla de conformidad con la cual los hermanos, sin distinción de edad, se encuentran legitimados para reclamar indemnización por daño moral con la sola acreditación del parentesco. En esta decisión, el alto tribunal señala que la incorporación en la Constitución colombiana de la familia como núcleo básico de la sociedad y las prescripciones del artículo 42 de la C.P., encaminadas a exigir una protección integral del Estado hacia la familia y sus miembros, hacen necesario el que se determine con certeza el tipo de parientes que se encuentran legitimados para reclamar perjuicios morales por daños imputables al Estado. En esta decisión se establece que, aunque ni la Constitución, ni la ley definen de manera taxativa las personas que integran la familia, la obligación de protección de este núcleo básico de la sociedad impone el que se acoja un criterio interpretativo amplio para el reconocimiento de los perjuicios morales. Por ello, en esta decisión se acude a las disposiciones

contenidas en el artículo 61 del Código Civil³² para determinar que el concepto de familia legitimado para reclamar los perjuicios morales incluye a los parientes en primer y segundo grado de consanguinidad.

En este orden de ideas, para la prueba del daño moral solo se requiere la acreditación del parentesco, pues "se presume" la existencia del daño moral cuando un hermano fallece o sufre afectación en su integridad física por causa imputable al Estado. Y esta presunción parte de la idea de que, en condiciones normales y generalizables, entre los hermanos existen lazos de afecto independientemente de que vivan bajo el mismo techo, o mantengan relaciones y contacto de forma frecuente.

Sin embargo, la determinación de la expresión "se presume", no puede perder de vista que a la parte demandada, en este caso a las entidades públicas, le resulta posible desvirtuar la existencia del perjuicio moral, aún a pesar de que se acredite debidamente el parentesco. Y esto es así, en tanto que, para evitar la condena de los perjuicios morales en contra del Estado, se demuestre la inexistencia de los nexos afectivos entre los hermanos y la víctima del daño. El Consejo de Estado entiende que se trata de una presunción *iuris tantum* o refutable (por oposición a las presunciones *iure et de iure*): por tanto, no se trata de una regla sustantiva, sino de un mecanismo de aceleración procesal que facilita que los esfuerzos del proceso no centren en este aspecto.

Es de esta manera como el Consejo de Estado comprende el precedente en materia de demostración del perjuicio moral de los hermanos de las víctimas de daños imputables al Estado. Y esto se puede constatar, por

32 Esta norma del Código Civil establece una especie de prelación entre los miembros de los núcleos familiares: Artículo 61.—En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: 1. Los descendientes. 2. Los ascendientes, a falta de descendientes. 3. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes. 4. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º, 2º, y 3º. 5. Los colaterales hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º, 2º, 3º y 4º. 6. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores. 7. Los afines que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. Si la persona fuere casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo, a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.

ejemplo, en una de las sentencias más recientes que sobre el tema ha proferido el alto tribunal. En efecto, en decisión del 26 de febrero de 2009, el Consejo de Estado reconoce los perjuicios morales a los hermanos de la víctima por encontrar acreditado el parentesco, pero advirtiendo que “[l]a presunción aludida no fue desvirtuada por la parte demandada”³³. En esta decisión judicial, el alto tribunal cita una de las sentencias más importantes de esta línea jurisprudencial, que usualmente es citada a manera de precedente: la sentencia del 17 de julio de 1992. Pero la transcripción del precedente incluye apartes importantes de esta subregla de decisión, los cuales precisamente fijan la posibilidad de que se ataque la presunción del daño moral y que usualmente no son transcritos en otras decisiones que se refieren a esta decisión a manera de precedente judicial³⁴. Estos apartes son:

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien”³⁵

Luego, la comprensión del precedente en materia de prueba del daño moral no puede perder de vista la posibilidad de que la parte demandada desvirtúe la ocurrencia del perjuicio moral. Si la entidad pública logra demostrar en el proceso de reparación que, a pesar del parentesco, no han existido nexos afectivos o estos se han debilitado en gran medida, es

33 C.E 3, 26 Feb. 2009, e 16727, E. Gil Botero.

34 Ver al respecto sentencia CE 3, 23 de abril 2008, e 16186, R. S. Correa.

35 CE 3, 26 de feb. 2009, e16727, E. Gil Botero.

plausible que se niegue o se compense en menor medida el reconocimiento del perjuicio moral. Esta posibilidad será relevante en aquellos casos en los que no se logre llevar al juez a la convicción de que el daño imputable al Estado produce a los hermanos de una víctima un perjuicio moral susceptible de ser compensado.

Por ello, la reconstrucción elaborada por la Corte Constitucional del precedente judicial para solucionar los problemas jurídicos relacionados con la demostración del daño moral debe considerarse como incompleta, en la medida en que en ella no se realiza ninguna alusión a la posibilidad de desvirtuar esta presunción. Sin embargo, para que esta arista del precedente se haga notable resulta necesario que el caso concreto permita su aparición.

3.3. La presunción del daño moral de los hermanos es “vencible”

Un caso en el que el Consejo de Estado aplicó de manera completa este precedente judicial es el que se describe a continuación. En la sentencia del 21 de septiembre de 2000, el Consejo de Estado se pronunció en proceso de reparación directa incoado para reclamar por el daño ocurrido a una persona que integraba las filas del Ejército Nacional. El soldado fue asesinado a pedradas en las instalaciones de una base militar, presumiblemente por algunos de sus compañeros que querían vender su fusil de dotación. En la demanda accionaron como demandantes los padres del soldado y un conjunto de hermanos. Dentro de este conjunto, algunos acreditaron su parentesco con el correspondiente registro civil, pero como hermanos por línea paterna.

En la decisión, el Consejo de Estado concedió la indemnización por daño moral a los padres y hermanos legítimos de la víctima, pero no declaró ninguna compensación para los hermanos paternos del soldado asesinado. Y la razón para negar esta compensación se fundamentó en que, de distintas pruebas obrantes en el proceso, se concluyó que a pesar de la relación de parentesco, entre el occiso y los reclamantes no existían lazos afectivos que hicieran que fuera procedente algún tipo de compensación por daño moral. A esta conclusión llegó el alto tribunal al analizar los testimonios obrantes en el proceso, en los que se constataba que los testigos no conocían a los hermanos paternos de la víctima, pero sí daban fe de los estrechos lazos de afecto con sus demás hermanos. Esto ocurría porque se trataba, en realidad, de un núcleo familiar diferente, del cual el occiso no participaba. En esta

decisión, el Consejo de Estado estableció que la naturaleza de la presunción del daño moral de los hermanos de una víctima es de origen jurisprudencial y conduce a que el juez, en la mayoría de los casos, encuentre como suficientemente demostrada la existencia del daño moral con la simple comprobación del parentesco. Pero agregó que, cuando en el expediente se encuentren pruebas que “[i]mpidan la aplicación llana de esta regla de la experiencia”, lo procedente es no reconocer el daño moral, aún a pesar de que se acredite el parentesco³⁶.

36 Señaló el Consejo de Estado en la mencionada decisión: En nuestro caso, es necesario aclarar que la insuficiencia de la prueba del parentesco para acreditar el perjuicio moral sufrido no resulta del hecho de que los citados hermanos no convivieran con Elías López Téllez, ni de la circunstancia de que habitaran en una ciudad diferente. Es claro para la Sala que las relaciones entre parientes y aún entre personas que no pertenecen a una misma familia pueden ser muy estrechas, a pesar de la lejanía cuando, con anterioridad se han creado fuertes lazos de afecto y alianza que, según las reglas de la experiencia, no se rompen o debilitan con la falta de contacto permanente. Sin embargo, en el caso planteado, no sólo no existe prueba alguna de que tales lazos existieran, sino que de los testimonios recibidos en el proceso se puede concluir que nunca se crearon”.

4. CONCLUSIONES

Se afirmó en este ensayo que con el artículo 90 de la Constitución de 1991 no nació la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. Sin embargo, la constitucionalización de esta figura sí ha influido en que cada vez se extienda la obligación del Estado de restituir y compensar los daños antijurídicos ocasionados a los ciudadanos.

Esta ampliación de la responsabilidad patrimonial de Estado ha permeado discusiones de derecho administrativo sustancial, en especial, las relacionadas con la declaración de la responsabilidad extracontractual del Estado. Pero de forma adicional, ha imbuido algunos aspectos del proceso administrativo, en especial aquellos relacionados con la prueba y su valoración. De esta forma, cada vez se amplían el tipo de acciones u omisiones por las que el Estado debe declararse responsable, la clase de perjuicios -sean estos materiales o inmateriales- por los que debe pagar cuando ocasiona un daño, y el tipo de personas a quienes debe compensar o indemnizar. Esta línea jurisprudencial es una muestra del último de estos aspectos, pues con ella se logró clarificar que los hermanos de una víctima también deben ser compensados por los daños antijurídicos que ocasione el Estado.

El análisis planteado permite verificar la ampliación de la responsabilidad patrimonial del Estado mediante la inclusión de los hermanos dentro del grupo de personas que se encuentran legitimadas para reclamar perjuicios morales, así como mediante el otorgamiento de facilidades para la prueba de esta clase de perjuicios a través de la simple acreditación del parentesco. De todas formas, debe tomarse en consideración que la subregla de decisión acuñada para la solución de esta clase de casos también establece que las circunstancias concretas pueden hacer variar el reconocimiento de los perjuicios morales. Y esto resulta posible cuando, a pesar de la acreditación del parentesco, se pruebe que el perjuicio moral no fue ocasionado con gran intensidad. Esto ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en los que la estructura familiar no es monogámica y, por ende, no existe mayor contacto entre múltiples familias que comparten, por lo general, un padre común, pero nada más. En otras palabras, si se pierde de vista que la presunción del daño moral admite prueba en contrario, se puede llegar a una situación en la

cual resulta innecesaria la controversia judicial y la posibilidad de rebatir en debida forma las afirmaciones o las pretensiones de las partes demandantes en los procesos de reparación directa.

PODERES DEL JUEZ POPULAR EN CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por David Fernando Ramírez Fajardo, y Estrella Ebrath Emiliani para el IV Curso de Formación Judicial, Promoción 2009.

1. LAS ACCIONES POPULARES PARA LA PROTECCIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO.

Las acciones populares han hecho parte de nuestro ordenamiento jurídico desde la promulgación del Código Civil a finales del siglo XIX. Su presencia se explica en la vocación romanista de esta legislación, pues esta clase de acciones tiene sus orígenes en el derecho romano. Los artículos 1005 y 2359 del Código Civil regulan la protección de los bienes de uso público conducentes a preservar la seguridad de los transeúntes y el interés de la comunidad respecto de obras que amenazan con causar un daño. A partir de estas disposiciones del Código Civil, otras normas de inferior jerarquía consagraron acciones para la defensa del interés y del bien general²². Sin embargo, y pese a su consagración normativa, las acciones populares carecían de relevancia en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero, para el año de 1991, se da un paso importante en relación con las acciones populares: su constitucionalización. Este paso se explica en la necesidad de garantizar los derechos colectivos. Estos derechos emergen como resultado de nuevas realidades económicas y sociales que hacen imprescindible la preocupación por otras esferas de la vida que trascienden a la de los intereses individuales. Los derechos colectivos paulatinamente

22 Ver entre otras: La Ley 9 de 1989, El Decreto ley 3466 de 1982 que y la Ley 45 de 1990.

adquirieron su reconocimiento y consagración en normas de derecho positivo. La Carta Política del 91 no fue ajena a esta tendencia y también los incluyó dentro del catálogo de derechos que deben ser garantizados.

Las acciones populares fueron consagradas en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrolladas en el Título II de la Ley 472 de 1998. Estas acciones se constituyen en una valiosa herramienta jurídica de orden constitucional, que propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El propósito del constituyente de 1991 fue avanzar un paso fundamental en el desarrollo de un derecho supraindividual que responda a nuevos fenómenos que aquejan a la sociedad actual como: (i) la producción de daños ambientales, (ii) la apropiación particular de los espacios públicos, (iii) la corrupción y desviación de los recursos públicos, (iv) la ocurrencia de conductas que con base en el lucro económico pongan en riesgo la vida e integridad de los miembros de la comunidad, (v) los daños que se causan a los consumidores por el ejercicio desbordado de la libertad económica, entre otros.

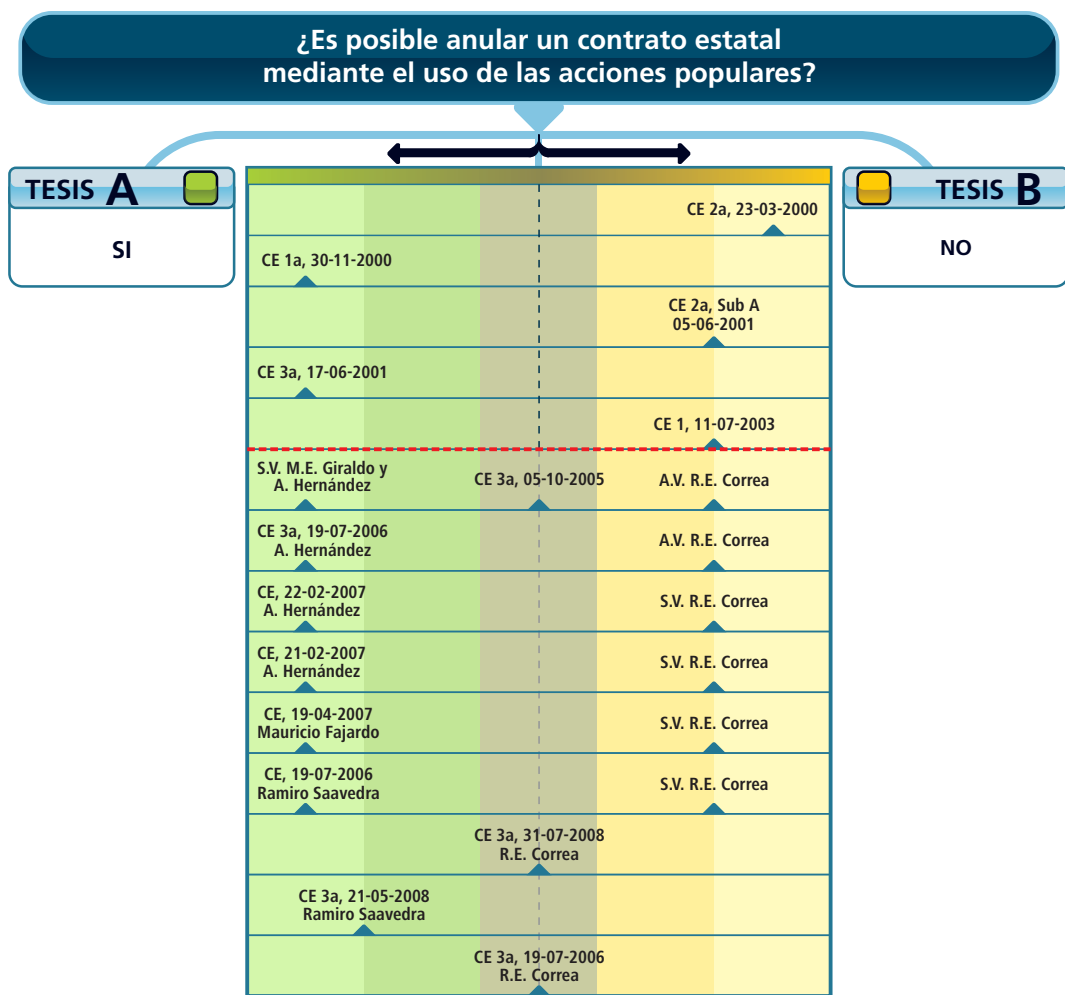
La corrupción y desviación de los recursos públicos es una de las conductas que la Ley 472 de 1998 pretende evitar. Mediante la consagración de los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público se posibilita el uso de las acciones populares. Estos derechos deben manifestarse en una de las más importantes y constantes actividades efectuadas por las entidades públicas: la contratación estatal. Así, la realización de inversiones o la ejecución de servicios y obras necesarias para el cumplimiento de las funciones y atribuciones de los organismos y entidades estatales deben desarrollarse en consonancia con el bien común. Sin embargo, no todas las veces estos imperativos se cumplen. Se pone entonces en riesgo el interés colectivo de que los escasos recursos estatales sean administrados en forma proba y eficiente. La existencia de estos riesgos ha derivado en la interposición de acciones populares que cuestionan o pretenden cuestionar contratos administrativos en los que no se cumple con los postulados de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público. La finalidad de estas acciones es la de atacar la legalidad de estos contratos, para que el juez suspenda o inclusive anule estos actos jurídicos contrarios al ordenamiento jurídico y a los principios y valores que le sirven de fundamento. Sin embargo, la jurisdicción contencioso administrativa incluye a las acciones contractuales dentro del repertorio de acciones clásicamente encargadas de solucionar las controversias presentadas con ocasión del ejercicio de la actividad contractual del Estado.

Es al juez administrativo al que le corresponde el conocimiento de estas clases de acciones. Y aunque cada una de ellas cumple propósitos distintos, las especiales características de la acción popular que la emparentan con otras acciones de orden constitucional -como por ejemplo la acción de tutela- ha producido el que las controversias relacionadas con la actividad contractual del Estado se ventilen en acciones populares y no a través de acciones contractuales. Las características de las acciones populares, que le imprimen a la reivindicación que se pretende una respuesta más rápida y menos ritualista de la administración de justicia, aunada a las posibilidades con las que el juez popular cuenta para ejercer poderes especiales en distintas etapas del proceso, parecerían explicar este desplazamiento. El cuadro de la página siguiente sintetiza las diferencias existentes entre ambos tipos de acciones:

La síntesis presentada muestra cómo las características de la acción popular posibilitan un desplazamiento en el uso de las acciones contractuales para la solución de controversias relacionadas con la contratación estatal contraria a los derechos colectivos. Si a ello se suma que el concepto de moralidad administrativa es abierto e indeterminado, este desplazamiento se hace más notorio. El Consejo de Estado ha tenido que dar respuesta a un problema jurídico que evalúa la conveniencia de atacar la validez de los contratos estatales haciendo uso de las acciones populares. Esta respuesta se incorpora en el gráfico que se presenta enseguida.

ÍTEM	ACCIONES POPULARES	ACCIONES CONTRACTUALES
Fuente Normativa	Constitución y Ley 472 de 1998	Código Contencioso Administrativo
Derechos Protegidos	Derechos colectivos	Derechos subjetivos derivados de la celebración de contratos estatales o de las etapas previas a su realización.
Finalidad	Proteger a la comunidad en sus derechos colectivos	Proteger a las partes en una relación contractual o a los terceros interesados en un contrato estatal.
Legitimación	Cualquier persona	Partes del Contrato, Ministerio Público, o cualquier persona que demuestre interés directo en el contrato.
Carácter	Preventivo y en ocasiones compensatorio	Contencioso - Indemnizatorio
Agotamiento de la Vida Gubernativa	Opcional	Obligatorio
Incentivo	Reconocimiento de incentivo en favor popular	No reconoce incentivo
Sanciones por Desacato	Posibilidad de imponer multas de hasta cincuenta (50) salarios mínimos mensuales con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, conmutables en arresto hasta de seis (6) meses, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.	No procede
Caducidad	No tienen término de caducidad	2 años (dependiendo del momento contractual)
Recursos Contra la Sentencia	Apelación. No proceden los recursos extraordinarios, a excepción del recurso de revisión creado desde la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos	Apelación y los recursos extraordinarios.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Antes de realizar el recuento de esta línea jurisprudencial, resulta necesario explicar algunos aspectos relevantes en relación con su gráfico. Puede señalarse que el problema jurídico seleccionado incluye dos momentos claramente distinguibles, que el gráfico diferencia por colores. La comprensión de este gráfico requiere de un ejercicio imaginativo a partir del cual se amplíe la respuesta al problema jurídico planteado con predicados complementarios, pero diferentes.

Así, en una primera etapa -que en el gráfico aparece representada en color azul oscuro- el problema jurídico acerca de la posibilidad de atacar la validez de los contratos administrativos mediante acciones populares a través de su anulación se debe responder a partir de un punto de vista procesal. Esta respuesta de carácter procesal advertía la necesidad de aclarar la procedencia de las acciones populares en esta clase de casos. La solución a este planteamiento jurídico de índole procesal se sostuvo por parte del Consejo de Estado en el periodo comprendido entre el año 2000 y el 2005. En esta etapa, la jurisprudencia osciló entre dos tesis opuestas. Una primera tesis sostuvo que si era posible conocer de acciones populares en las que se pretendía cuestionar la validez de los contratos estatales por el carácter autónomo e independiente de estas acciones de raigambre constitucional. La otra tesis, por el contrario, objetaba la procedencia de las acciones populares en esta clase de casos y, por ende, sostenía la imposibilidad de pronunciamientos en relación con controversias contractuales por parte de los jueces populares. Estas respuestas al problema jurídico planteado presentaban una entidad de orden procesal encaminada a dilucidar las competencias del juez popular en discusiones jurídicas de carácter especializado como lo son las relacionadas con la contratación administrativa.

En un segundo momento -demarcado en el gráfico con color azul claro-, el Consejo de Estado superó las cuestiones procesales relacionadas con la procedencia de la acción popular para dar paso a otra discusión de tipo doctrinal. En este nuevo momento, el Consejo de Estado da respuesta a la posibilidad de anular un contrato administrativo mediante una acción popular.

La solución a este problema desde el punto de vista doctrinal dilucida los alcances del juez popular cuando conoce casos en los que se reclama su intervención por la realización de contratos o actuaciones contractuales en contravía de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público. Nuevamente, el Consejo de Estado oscila entre dos posturas opuestas para resolver hasta donde llegan las posibilidades del juez popular de atacar la validez de los contratos estatales.

La primera tesis sostiene entonces que si es posible atacar la validez de un contrato estatal mediante acción popular y que al juez popular, inclusive, le está permitido anular esta clase de contratos, cuando mediante ellos se vulneren o amenacen derechos colectivos. La tesis opuesta, por el contrario, determina que no es posible anular un contrato estatal en sede de acción popular, por no estar autorizado el juez popular para tomar una medida de esta naturaleza ni por la Constitución, ni por la Ley. A continuación se explicarán con mayor detenimiento estos momentos.

3.1. Respuesta procesal al problema jurídico: ¿es procedente la acción popular en controversias contractuales?

La promulgación de la Ley 472 de 1998 produjo como consecuencia la pronta utilización de las acciones populares consagradas en el artículo 88 de la Constitución Política. Para comienzos de la década anterior, el Consejo de Estado empezó a conocer acciones populares que reclamaban la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público y que pretendían atacar contratos estatales que en el sentir de los actores populares no cumplían con estos postulados. A partir de estas reclamaciones resultaba necesario establecer si era procedente incoar la acción popular para debatir esta clase de controversias.

En una primera etapa, que puede delimitarse entre los años 2000 y 2005, el Consejo de Estado sostuvo dos tesis para responder el cuestionamiento en relación con la procedencia de esta clase de acciones. Así, en algunas ocasiones consideró que la acción popular no era procedente para la discusión de temas contractuales. Esta tesis fue sostenida en múltiples pronunciamientos proferidos por distintas secciones del Consejo de Estado. Ejemplo de estas decisiones son la sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del 23 de

marzo de 2000²³, el auto de la Sección Segunda Subsección A del cinco 5 de julio de dos mil uno 2001²⁴, y la sentencia de la Sección Primera del 11 de Julio de 2003.²⁵

En estas decisiones, la solución establecida por el máximo tribunal de la jurisdicción consistió en negar la procedencia de las acciones populares para resolver esta clase de controversias señalando que para estos fines se encontraba instituida en el ordenamiento colombiano la acción contractual. Inclusive, para fundamentar esta postura, el Consejo de Estado recurrió a argumentos de autoridad. Para ello, hizo uso de extractos de la sentencia de la Corte Constitucional C-088 de 2000 en la que, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra ciertos apartes del artículo 40 de Ley 472 de 1998²⁶, que consagraba la responsabilidad solidaria de contratante y contratista cuando se comprobara la realización de contratos con sobrecostos, el tribunal constitucional lanzó algunas frases que parecían excluir los temas contractuales del conocimiento del juez popular:

“No se trata, pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo.”

Esta referencia a las decisiones del tribunal constitucional sirvió de fundamento para sostener la improcedencia de la acción popular para la resolución de controversias contractuales. Igualmente, en estas decisiones se sostenía una imposibilidad de adjudicar las normas contractuales en las controversias relacionadas con la moralidad administrativa, en tanto que, la amplitud de este concepto, hacía que este parámetro estuviera implícito en

23 CE 2B, 23 de mar. de 2000, Exp. AP 025, C. A. Orjuela

24 CE 2 A, 5 de julio de 2001, AP 068, N. Pájaro Peñaranda

25 CE 1, 11 de Jul. De 2003, C. Arciniegas Andrade.

26 Esta norma, derogada por la Ley 1425 de 2010 señalaba: “En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) que recupera la entidad pública en razón a la acción popular. Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho hasta la recuperación total de lo pagado en exceso. (...)”.

todos y cada uno de los contratos estatales. De esta forma, si se aceptaba la procedibilidad de la acción popular para solucionar controversias contractuales, se podría llegar a desplazar absolutamente la acción contractual, pues todos los contratos administrativos deben respetar los parámetros fijados por el derecho a la moralidad administrativa o la defensa del patrimonio público.

Empero, mientras ciertas secciones declaraban la improcedencia de la acción popular para la solución de casos relacionados con contratos estatales celebrados o ejecutados en contravía de la moralidad administrativa, otras consideraban que el carácter autónomo y principal de la acción popular se constituía en razón suficiente para que fuera procedente la interposición de esta clase de acciones. De esta tendencia hacen parte decisiones como la sentencia del 30 de noviembre de 2000²⁷ y la sentencia del 17 de junio de 2001²⁸ en las que sin entrar a dilucidar cuestiones relacionadas con la procedencia de la acción popular, el Consejo de Estado analizó directamente la validez de los contratos que se reclamaban como contrarios a la moralidad administrativa.

Sin embargo, para el año 2005, el Consejo de Estado había clarificado su postura y admitido la procedencia de las acciones populares para resolver controversias de orden contractual. Las discusiones encaminadas a solucionar los problemas procesales en relación con la procedencia de la acción popular fueron solucionadas ya no solo a nivel jurisprudencial sino también mediante la reorganización del Consejo de Estado. En efecto, mediante la expedición del Acuerdo 55 de 2003 se limitó el conocimiento de las acciones populares relacionadas con aspectos contractuales a la Sección Tercera del Consejo de Estado y, por ende, estas acciones ya no fueron sometidas a su resolución por secciones sin experticia en materia contractual²⁹. Esta medida era una respuesta a los argumentos que consideraban que no era factible que se desplazara la acción contractual en favor de la acción procesal por lo especializado de las temáticas relacionadas con la contratación administrativa.

Esta medida, de carácter orgánico, se constituyó en el espaldarazo suficiente para apaciguar las discusiones procesales que se habían presentado y darle vía libre a la procedencia de la acción popular para atacar la

27 C.E. 1, 30 de Nov. de 2000, Exp. AP-11, M. S Urueta

28 C.E. 3, 17 de junio de 2001, Exp. AP 166, A. Hernández Enríquez

29 Cfr. C.E. 3, 5 de octubre de 2.005, r20001-23-31-000-2001-01588-01, R. Saavedra Becerra.

validez del contrato estatal. Sin embargo, la solución del problema procesal tuvo de contera el surgimiento de una nueva controversia de carácter conceptual: ¿La posibilidad del juez popular de atacar la validez de un contrato estatal se extendía hasta su anulación?

3.2. ¿Hasta dónde llegan los poderes del juez popular?

La aceptación de la procedencia de la acción popular para ventilar controversias contractuales hizo necesario que el Consejo de Estado, y más específicamente su Sección Tercera, tuviera que analizar el tipo de medidas con las que cuenta el juez popular para solucionar casos en los que se ponga en tela de juicio la rectitud y moralidad de quienes contratan con o a nombre del Estado. El repertorio de medidas adoptadas pronto se amplió, al punto de que los actores populares empezaron a solicitar la anulación de contratos estatales mediante esta clase de acciones. En este orden de ideas, el Consejo de Estado tuvo que definir con claridad si la anulación de un contrato estatal era una medida que podía aplicar el juez popular para salvaguardar derechos colectivos.

Pero las respuestas dadas por el alto tribunal en relación con la posibilidad de anular contratos estatales mediante acciones constitucionales como la acción popular, también puede tener una lectura de corte ontológico. Y es que al interior del Consejo de Estado se planteaba un interesante debate de esta naturaleza cuando se daba respuesta al interrogante en relación con la posibilidad o no de anular contratos mediante acciones populares. Las posiciones de los magistrados de la Sección Tercera, que tras la expedición del Acuerdo 55 de 2003 serían los únicos que conocerían esta clase de controversias en segunda instancia³⁰, pretendían dilucidar la visión acerca del tipo de juez que debía ser el juez popular, o mejor, acerca del alcance de los poderes del juez popular. Más que un planteamiento jurídico encaminado a determinar si al juez popular le estaba permitida o vedada la anulación de un contrato estatal, subyacía en el interior de esta Sección de la corporación un debate intenso en relación con la clase de jueces que ellos mismos debían ser. El debate planteado se movía entre dos extremos. En el primero se defendía un juez popular cauto y prudente, apegado a la tradición, y lo que es más importante, al texto de la ley que de forma expresa no autorizaba la anulación de los contratos estatales; y, en el otro extremo,

30 Esta afirmación debe matizarse pues con la entrada en funcionamiento de los jueces administrativos nuevamente se pone en conocimiento de jueces no necesariamente especializados en la solución de controversias en materia contractual esta clase de casos.

se defendía un juez popular más proactivo e innovador, con capacidad inclusive para anular de oficio contratos estatales para proteger los derechos colectivos, y con unos poderes de naturaleza similar a los del juez de tutela. En la medida en la que se fue solucionando el problema expreso en relación con la anulación del contrato estatal contrario a los derechos e intereses colectivos, se fue resolviendo este problema ontológico en relación con los poderes y alcances del juez popular, tal y como se verá enseguida.

3.2.1 La sentencia del 5 de Octubre de 2005³¹ y la discusión sobre los poderes del juez popular

En esta decisión, la Procuraduría General de la Nación interpuso acción popular para solicitar la rescisión de un contrato de prestación de servicios de un abogado con el departamento de Cesar. Este contrato se encontraba en su etapa de liquidación. El contrato se suscribió para reconocer las gestiones del abogado en el reconocimiento de unos recursos para el departamento del Cesar derivados de la liquidación de ELECTROCESAR. Por estas gestiones, el departamento se comprometió a pagar al contratista el 10% de lo recuperado. Sin embargo, la Procuraduría consideró que la mencionada actuación vulneraba la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público por las siguientes razones: (i) las actuaciones concernientes con la celebración del contrato de prestación de servicios con el abogado y su liquidación se realizaron de forma posterior a la recuperación de los \$23.951'625.534,63 en favor del departamento del Cesar dentro del proceso liquidatorio de la mencionada empresa de servicios públicos; (ii) las actuaciones del contratista -efectuadas con anterioridad a la celebración del contrato y a la aprobación de las garantías-, se redujeron a la presentación de una serie de memoriales, pero el Gobierno, en reunión conjunta con los Gobernadores, el Ministro de Minas y otras autoridades administrativas, habían tomado la decisión de dar \$23.951'625.534,63 al departamento del Cesar por concepto de la liquidación de la empresa de servicios públicos, decisión que fue protocolizada ante notario público. Con lo cual resultaba contrario a la moralidad administrativa desprenderse del 10% de estos dineros por una gestión que en relación con el resultado era irrelevante. El abogado demandante solicitó al Consejo de Estado declarar la improcedencia de la acción popular, en tanto que el Ministerio Público había adelantado una acción contractual para solicitar la nulidad del

31 C.E. 3, 5 de octubre de 2005, r20001-23-31-000-2001-01588-01, R. Saavedra Becerra.

contrato con base en los mismos argumentos. En cuanto al fondo del asunto, el abogado estableció que su gestión no se había limitado a la presentación de memoriales pues a ello antecedió la realización de “estudios complejos”, además de la realización de asesorías sobre la materia. Igualmente estableció que la póliza de garantía que amparaba el contrato tenía efectos retroactivos (desde el momento en el que se iniciaron las gestiones para la recuperación de los dineros), razón por la cual no era posible declarar la nulidad del contrato.

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia de 15 de octubre de 2003, decidió amparar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados en el acta de liquidación del contrato No. 038 de 2 de octubre de 1999, suscrita entre el departamento del Cesar y el contratista. En consecuencia, declaró sin efectos el acta de liquidación, pero reconoció una serie de pagos en favor del contratista. La Procuraduría apeló la decisión por considerar que no había lugar a ningún pago, pues el contrato se había suscrito de forma irregular y por ende atentaba contra los derechos colectivos. El actor apeló igualmente al considerar inadecuada la fijación de los pagos del contrato establecida por el juez de instancia. En ese estado conoció el caso el Consejo.

El alto tribunal aprovechó este caso para dejar sentada su doctrina en relación con la procedencia de las acciones populares cuando se pretende atacar los contratos estatales mediante acciones populares. Lo anterior, con base en el carácter autónomo e independiente de estas acciones constitucionales. Dijo el alto tribunal

“No obstante lo expuesto, debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo. Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede

tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, "*hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso*"³²

Con esta subregla el alto tribunal establecía el precedente judicial en relación con la procedencia de la acción popular cuando mediante ella se pretende la protección de derechos colectivos afectados por contratos estatales suscritos o ejecutados de manera irregular.

Sin embargo, en relación con los alcances del juez popular para atacar la validez del contrato estatal, la decisión no resultaba clara. Y es que en el caso concreto, la solicitud de la Procuraduría iba encaminada a dejar sin efectos el contrato realizado y finalizado en condiciones irregulares. Por ello, el alto Tribunal debió precisar los alcances del juez popular para cuestionar la validez de un contrato estatal y determinar si era posible o no anular esta clase de actos jurídicos mediante una acción constitucional como la acción popular.

El Consejo de Estado adoptó en esta decisión una postura intermedia al considerar que sí era posible atacar la validez de un contrato estatal mediante la declaración de la nulidad absoluta del mismo. Sin embargo, estableció que esta posibilidad debía evitarse, si existía una acción contractual en la que por la vía ordinaria se solicitara la nulidad del acto jurídico. Por ello, para solucionar el caso concreto, el Consejo de Estado decidió suspender la liquidación del contrato, por encontrar que mediante este acto jurídico se vulneraba la moralidad administrativa, pues estaba demostrado que las actuaciones del abogado se habían ejecutado de forma anterior a la formalización del contrato. Pero consideró que, como existía una acción contractual interpuesta por la Procuraduría en la que se solicitaba la anulación del contrato, era ese el escenario en el que se debía resolver lo atinente con su validez.

Con todo, a manera de *obiter dictum*, en la sentencia se establecieron una serie de argumentos para respaldar la posibilidad de anular contratos estatales mediante acciones populares, a pesar de no haber proferido decisión en este sentido en el fallo. Estos argumentos señalaban que: (i) una lectura sistemática de la Ley 472 de 1998 permitía la anulación de los contratos estatales mediante acciones populares, (ii) en otras decisiones del Consejo de Estado se habían anulado contratos estatales contrarios a los derechos colectivos.

32 Ibid.

Este *dictum* dio pie para una aclaración de voto de Ruth Stella Correa y el salvamento parcial de voto de los Magistrados Alier Hernández y María Elena Giraldo Gómez. Mientras que la aclaración versaba sobre la imposibilidad de que el juez popular anulara un contrato estatal, los salvamentos, por el contrario, reclamaban que no se hubiese anulado el contrato en este caso concreto. Tanto la aclaración del voto como los salvamentos cuestionaban la sentencia por no ser clara en relación con el alcance de los poderes del juez popular.

Así, de acuerdo con la magistrada Correa en su aclaración de voto, la solución del caso en el que el Consejo de Estado no anuló el contrato cuestionado debido a que el asunto se ventilaba mediante acción ordinaria, aunque adecuada, no era del todo correcta. Según esta aclaración, en ningún caso resultaba posible que el juez popular anulara un contrato estatal. De acuerdo con lo anterior, el alcance de los poderes del juez popular no puede ir hasta la anulación de un contrato estatal por las siguientes razones: (i) el artículo 34 de la Ley 472 de 1998³³, contentivo de las posibilidades con las que cuenta el juez popular para solucionar el caso, no lo autoriza para anular un contrato pues solo le permite: imponer una obligación de hacer o no hacer, condenar al pago de perjuicios o exigir la realización de conductas para volver las cosas al Estado anterior; ninguna de estas potestades puede asimilarse a la declaración de la nulidad de un contrato; (ii) la finalidad de las acciones populares no puede ser el restablecimiento de derechos subjetivos que se obtendría con la anulación de un contrato estatal; (iii) aunque el juez popular y el juez contractual son el mismo, no es posible trasladar las competencias del segundo en favor del primero. Esta postura se resume en términos de la magistrada en la imposibilidad de que el juez popular “[s]e auto-asigne competencias anulatorias no otorgadas por la ley, sin infringir el principio de legalidad³⁴.”

33 Señala esta disposición: “Artículo 34. Sentencia. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante (...).”

34 Cfr. Aclaración de Voto sentencia C.E. 3, 5 de octubre de 2.005, r20001-23-31-000-2001-01588-01, R. Saavedra Becerra.

Por el contrario, en salvamento de voto, los magistrados Alier Hernández y María Elena Giraldo atacan el fallo por parco y contradictorio. Los argumentos de los magistrados disidentes ponen en tela de juicio el precedente fijado, en el sentido de que no fuera posible anular el contrato estatal, si en curso se encontraba una acción ordinaria contractual que perseguía esta finalidad. Según esta postura, no era posible recortar el alcance de los poderes del juez popular ante la existencia de acciones contractuales por las siguientes razones: (i) la anulación del contrato estatal mediante acción popular procede por cuanto la orden del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 en el sentido de restituir las cosas al estado anterior puede acompañarse perfectamente con la anulación del contrato; (ii) la ausencia de caducidad de las acciones populares hace posible e incluso deseable que aquellos contratos que se suscribieron en contra de la moralidad administrativa sean anulables por vía de acciones populares, so pena de dejar en firme actos que por ir en contravía de estos intereses, nunca debieron nacer a la vida jurídica o producir efectos jurídicos. Por último, el salvamento de voto no sólo se pronunció en relación con la procedencia de la anulación de los contratos estatales mediante acciones populares, sino que determinó que, para que procediera la nulidad del contrato, resultaban necesarias ciertas previsiones para garantizar el debido proceso de las partes. Por ello, era necesario que las partes contractuales comparecieran en la acción popular como sujetos procesales³⁵.

En decisiones posteriores el alto tribunal tendría que tomar partido respecto de estas dos posturas.

3.2.2. La Sección Tercera toma partido: el juez popular puede anular el contrato estatal

En decisiones posteriores, el Consejo de Estado decide pronunciarse en relación con la posibilidad del juez popular de anular contratos estatales mediante acciones populares. En decisión del 19 de julio de 2006³⁶ conoce de un caso en el que una entidad estatal, EMPOSUCRE, interpone acción popular contra la empresa de acueducto del municipio de Corozal, por considerar que esta empresa, mediante un contrato interadministrativo suscrito con el municipio, se había apropiado de bienes fiscales que le pertenecían

35 Cfr. Salvamento de Voto A. Hernández. C.E. 3, 5 de octubre de 2.005, r20001-23-31-000-2001-01588-01, R. Saavedra Becerra.

36 C.E. 3, 19 de Jul de 2006, r70001-23-31-000-2003-00793-01(AP), A. Hernández Enríquez.

a EMPOSUCRE. El alto tribunal decide el caso sin acudir a la anulación del contrato, por encontrar que el actor popular no logró desvirtuar que el acto jurídico se había suscrito en contravía de la moralidad administrativa. Sin embargo, el ponente de la decisión - magistrado Alier Hernández- aprovechó para poner de presente que a pesar de que no aplicara la figura para el caso concreto, el juez popular sí estaba facultado para anular contratos estatales contrarios a los derechos colectivos.

Pero en decisión del 17 de mayo de 2007³⁷ sí se debió abordar el problema jurídico estudiando la posibilidad de anular un contrato estatal. En este caso se reclamaba la anulación de un contrato celebrado entre el municipio de Neiva y una persona jurídica para adelantar gestiones encaminadas a reclamar el pago de impuestos de los habitantes del municipio. Se demandaba por parte del actor popular la afectación del derecho a la moralidad administrativa, ya que el contrato se adjudicó sin que se hubiera colocado en licitación pública, falseando los montos o el valor del contrato. En efecto, el contrato se suscribió por un valor de 24 millones de pesos. Sin embargo, una de las cláusulas contemplaba que el valor de la remuneración del contratista ascendería al 10% del valor recaudado por concepto de impuestos.

Para solucionar este caso, el alto tribunal declaró la nulidad del contrato, por considerar que este se había suscrito con objeto ilícito. A la comprobación de las irregularidades planteadas por el actor popular se siguieron una serie de reflexiones en torno a la imposibilidad jurídica de suscribir contratos de esta naturaleza sin el lleno de requisitos legalmente establecidos. El tribunal hizo una amplia exposición acerca de la posibilidad de las autoridades públicas de tercerizar el recaudo de los impuestos. Igualmente, determinó que la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la materia consiste en señalar que no es posible que el Estado entregue a particulares esta función administrativa, sin que de forma anterior se expida un acto administrativo autorizando la atribución de funciones administrativas a los particulares. El Tribunal consideró que las actividades efectuadas por el contratista implicaban un desplazamiento absoluto de la entidad en el cumplimiento de esta función -que incluso le permitían determinar y fiscalizar a los deudores de los impuestos- razón por la cual era necesario que, de forma anterior al contrato, se hubiera manifestado la administración confiriendo esta atribución de funciones

37 C.E. 3, 17 de May. De 2007, r41001-23-31-000-2004-00369-01(AP), R. Saavedra Becerra.

administrativas al contratista. Por la inobservancia de estos requisitos, concluyó que el objeto del contrato era ilícito y que resultaba procedente declarar su nulidad absoluta. Igualmente consideró que era posible declarar la nulidad del contrato, en razón a que en el caso se habían hecho presentes como sujetos del proceso las partes contractuales y porque tampoco existía acción contractual sobre la materia. Esta decisión entonces acogía plenamente los argumentos del salvamento de voto de la sentencia del 5 de octubre de 2005. Mediante ella se superaba la discusión planteada en dicha sentencia, tomando partido por la visión de un juez popular con amplios alcances para la solución de controversias contractuales en las que se ponga en riesgo la moralidad administrativa y/o la defensa del patrimonio público. Ante ello, la magistrada Correa vuelve a señalar sus objeciones en salvamento de voto, siendo incluso más completos sus argumentos en contra de la posibilidad de anular contratos mediante acciones populares.

Este precedente se reitera en decisión del 22 de febrero de 2007³⁸, en donde también se anula un contrato que se había suscrito con una persona jurídica para realizar funciones de auditoría de una empresa de servicios públicos domiciliarios. Se consideró por parte del actor popular que con una serie de contratos suscritos con una entidad particular se afectaba la moralidad administrativa, pues se replicaban las funciones de auditoría que le corresponde efectuar a las Contralorías Departamentales. El Consejo de Estado verificó que esta clase de contratos con entidades particulares se encontraban amparados en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios. Sin embargo, también constató que las normas de la Ley 142 de 1994 que permitían estos contratos fueron declaradas inexecutable por jurisprudencia de la Corte Constitucional. En razón de esta declaratoria resultaba procedente anular uno de los contratos demandados que había sido suscrito de forma posterior a que las normas que lo habilitaban fueran retiradas del ordenamiento jurídico. Con base en este argumento, el Consejo de Estado anuló uno de los contratos demandados por existir objeto ilícito. Para justificar la medida, el consejero ponente Alier Hernández dio respuesta a algunos de los argumentos que en salvamento de voto venía consignando la magistrada Correa en contra de esta clase de alcances del juez popular. Señala esta sentencia:

38 C.E. 3, 22 de Feb. de 2007, r41001-23-31-000-2004-00726-01(AP), A. Hernández Enríquez.

“Ahora bien, conforme al 34 de la ley 472 resulta posible anular un contrato siempre que se configure una causal de nulidad absoluta prevista por la ley, que en el proceso hayan intervenido las partes del contrato, y que además viole o amenace violar los derechos colectivos, como ocurre en el presente caso. Para la Sala el art. 34 admite esta posibilidad, pues no establece un catálogo taxativo de medidas que deba adoptar el juez para proteger esta clase de derechos, sino que se trata de una serie de nociones cargadas semánticamente de conceptos jurídicos indeterminados que permiten encontrar, dentro de ellas, muchas posibilidades de acción para el juez”.

Nuevamente la consejera Correa salva el voto por considerar que el juez popular excede sus competencias cuando anula un contrato estatal.

Pero es una sentencia del 21 de febrero de 2007³⁹, también sustanciada por el magistrado Hernández, en la que se pone punto final a la discusión, no sólo al rebatir los argumentos esbozados por la magistrada disidente. En este fallo, incluso se establece que, a pesar de que el actor popular cuente con la acción contractual y en cambio de ella haga uso de la acción popular, la naturaleza de esta acción le permite que esté legitimado en la causa para reclamar de la administración pública comportamientos acordes con la moralidad administrativa. Por ello, también en estas circunstancias, el juez popular se encuentra habilitado para anular el contrato estatal suscrito o adjudicado en contravía de los derechos colectivos. El caso que suscitó este pronunciamiento tiene que ver con la adjudicación de un contrato por parte de las Empresas Municipales de Cali –EMCALI– a unas empresas que realizaban un carrusel para ganar la licitación de prestación de servicios de vigilancia y seguridad. En este caso, la empresa abrió una licitación que fue ganada por dos empresas que se presentaron y que estaban conformadas por los mismos miembros a pesar de aparecer como personas jurídicas distintas. Una de las empresas que compró los pliegos, pero no participó en el proceso, solicitó pronunciamiento del juez popular para que se revocara el acto de adjudicación por cuanto dicha conducta era lesiva de la moralidad administrativa. Esta afectación se presentaba en tanto que la Ley de Contratación Estatal prohíbe esta clase de conductas porque pueden afectar el principio de selección objetiva. En esta decisión, el Consejo de Estado no sólo anuló la adjudicación, sino también el contrato celebrado por la empresa de servicios públicos con

39 C.E. 3, 22 de Feb. de 2007, r76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), A. Hernández Enríquez

las empresas ganadoras. Para tomar esta decisión, el tribunal argumentó: (i) el interés subjetivo del actor popular de que se revocara la adjudicación realizada por la autoridad administrativa no relevaba su calidad de actor popular interesado en la defensa de los derechos e intereses colectivos; (ii) cuando mediante un contrato estatal se lesione el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el juez tiene facultades para anular el contrato administrativo, si con esta medida logra conjurar la afectación de los derechos colectivos.

Para el caso concreto, el alto tribunal constató la presencia de las mismas personas en los cuadros directivos que ganaron la licitación. Igualmente estableció que, a pesar de la naturaleza especial de las empresas de servicios públicos, por expresa disposición legal, las inhabilidades consagradas en la Ley de Contratación Estatal les son aplicables. Verificando el texto de estas inhabilidades, se estableció que la Ley 80 de 1993 determina una prohibición para que parientes cercanos o cónyuges se presenten al mismo proceso licitatorio, so pena de incurrir en una inhabilidad. Posteriormente, encuadró el caso concreto en esta inhabilidad, y concluyó que sí está proscrito que parientes cercanos participen del mismo proceso concursal, debe entenderse que esta prohibición también resulta aplicable cuando son las mismas personas las que participan en el concurso. Por ello, consideró que la actuación realizada por la entidad pública en la adjudicación de esta licitación y la posterior celebración del contrato en contravía del régimen de inhabilidades era contraria al derecho a la moralidad administrativa. Con base en esta razón de decisión, procedió a la anulación del acto de adjudicación y del contrato firmado en contravía de los derechos colectivos reclamados, a pesar de que el actor popular sólo había solicitado la revocatoria del acto de adjudicación.

Nuevamente la magistrada Correa salva el voto, ya no solo para sentar su posición sobre la posibilidad de anular contratos administrativos mediante acciones populares, sino también por darle consecuencias extensivas a una inhabilidad consagrada en la ley de forma expresa.

De forma posterior a estas decisiones, es posible referenciar las sentencias del 31 de julio de 2008,⁴⁰ del 21 de mayo de 2008⁴¹ y del 21 de octubre de 2009⁴², en las que, por cuestiones probatorias o por la

40 C.E. 3, 31 de Jul. De 2008, r25000-23-26-000-2005-00240-01(AP)B, R.S Correa

41 C.E. 3, 21 de May. de 2008, r54001-23-31-000-2004-01415-01(AP), R. Saavedra Becerra

42 C.E. 3, 21 de oct. de 2009, r08001-23-31-000-2005-01917-01(AP), R. S Correa

existencia de cosa juzgada, el Consejo de Estado no se pronuncia acerca de la posibilidad de anular contratos estatales mediante acciones populares. Sin embargo, en estos pronunciamientos recientes, sí se determina que aún a pesar de la existencia de acciones ordinarias, resulta procedente la acción popular para resolver asuntos relacionados con la contratación administrativa cuando esta no se atiene a los postulados de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público.

4. CONCLUSIONES

La línea jurisprudencial analizada es una buena muestra de las dificultades que reviste la interpretación jurídica y judicial. La solución de un problema jurídico en algunos casos puede conducir a la creación de nuevos interrogantes a los que el intérprete también debe dar respuesta. En este caso concreto, la solución a la pregunta procedimental sobre la procedencia de la acción popular para la solución de controversias contractuales en las que se discute la afectación de derechos colectivos deriva en la necesidad de dar solución a nuevos cuestionamientos encaminados a resolver la forma como el juez popular debe resolver sustancialmente estos casos.

La respuesta adoptada por el Consejo de Estado a un problema jurídico de orden procedimental trajo como consecuencia la creación de problemas de corte doctrinal. En efecto, al aceptar que las acciones populares eran procedentes para cuestionar los contratos estatales, este alto tribunal debió esclarecer los mecanismos con los que cuenta el juez popular para evitar la lesión o amenaza de los derechos colectivos. De acuerdo con la jurisprudencia analizada, estos mecanismos llegan incluso a atacar la validez de un contrato estatal irregularmente tramitado. Por lo tanto, el juez popular se encuentra facultado para anular contratos administrativos adjudicados, celebrados, ejecutados o liquidados en contravía de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público. Sin embargo, el alcance de los poderes del juez popular para la solución de controversias contractuales no es ilimitado. Lo anterior se explica en la existencia en el ordenamiento jurídico colombiano de acciones contractuales. Luego, en ciertos casos, las medidas que puede tomar el juez popular no pueden ir hasta el total desplazamiento de la acción contractual. Por ello, en circunstancias concretas en las que de forma simultánea se yuxtapongan la acción popular y la acción contractual, el juez popular deberá dar trámite a la acción popular e inclusive tomar medidas para evitar la lesión de los derechos colectivos, como, por ejemplo, la suspensión del contrato, pero también deberá esperar a que el pronunciamiento definitivo acerca de la validez jurídica del contrato estatal cuestionado se dé en sede ordinaria.

Pero la adopción de esta compleja regla de decisión, dirigida a resolver las posibilidades de anular o no los contratos estatales mediante

acciones populares, también puso de presente la existencia de una disputa muy interesante al interior del máximo órgano de la jurisdicción administrativa en relación con la definición del tipo de juez que debe ser el juez que tramita acciones constitucionales como la acción popular. De un lado, esta línea jurisprudencial puso en evidencia la defensa de una visión de juez popular cauto, temeroso de rebasar la competencia estrictamente asignada en la ley, propulsor de métodos de interpretación textualistas y desconfiado de las capacidades del proceso popular para adjudicar correctamente las normas sobre contratación estatal. De otro lado, la línea mostró la existencia al interior del Consejo de Estado de visiones que sostienen la defensa de un juez popular más consciente de la naturaleza constitucional de las acciones populares, defensor de métodos de interpretación sistemáticos, finalistas e incluso consecuencialistas, y confiado en las posibilidades de interpretar correctamente las específicas normas que regulan la contratación del Estado.

La subregla vigente sobre la materia no permite sacar una conclusión tajante sobre el triunfo de alguna de estas visiones por sobre la otra. Y esto es así, por cuanto, si bien reconoce la posibilidad de que el juez popular anule contratos, pone como límite a esta clase de medidas la existencia de la acción contractual. Esta postura intermedia no resulta inapropiada si se toma en consideración que con la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, les corresponde en la actualidad a autoridades de tipo unipersonal, la solución en primera instancia de esta clase de controversias. Por ello, resulta necesario que el Consejo de Estado seleccione esta clase de casos para verificar la manera como los jueces administrativos están dando aplicación a este precedente judicial.

ALCANCE DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LAS RELACIONES LABORALES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Aníbal Rafael Ramírez Pimenta para el IV Curso de Formación Judicial, Promoción 2009.

1. LA SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR EFECTO DE UNA MEDIDA CAUTELAR EN MATERIA PENAL

El desarrollo de la actividad estatal por quienes cumplen funciones públicas es un ejercicio que representa gran trascendencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Por ello, cuando las autoridades judiciales imponen medida de aseguramiento de detención preventiva ante la ocurrencia de conductas delictuales realizadas por servidores públicos, las normas de procedimiento penal señalan una serie de previsiones para no alterar el correcto funcionamiento de las entidades públicas. Para regular estas situaciones, el Decreto 2700 de 1991⁴³ y la Ley 600 de 2000⁴⁴ incluyen normas en las que se ordena que en la providencia en la que se imponga la medida de detención preventiva se debe solicitar a la autoridad administrativa la suspensión en el

43 Cfr. **Artículo 399. Modificado. L. 504/99, art.35. Detención de los servidores públicos.** Cuando se haya negado la excarcelación, en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que se proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Mientras se cumpla 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, ésta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del sindicado.

44 Cfr. Artículo 359. De los servidores públicos. Cuando se imponga medida de aseguramiento en contra de un servidor público, 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 sindicado eluda la acción de la justicia. 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..

ejercicio del cargo del servidor investigado. Entonces, como consecuencia de la detención preventiva, a la autoridad administrativa le corresponde el deber de suspenderlo del ejercicio de sus funciones. Esta suspensión del cargo por orden de la autoridad judicial tiene como término el tiempo que dure la privación de la libertad con fundamento en la medida de aseguramiento.

En aquellos casos en los que la investigación penal concluye con la atribución de la responsabilidad penal, el Código Penal vigente establece la pérdida del empleo público, como una clase de pena privativa de otros derechos distintos a la libertad.⁴⁵ Igualmente, la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece la orden o decisión judicial como una de las causales del retiro del servicio. Lo anterior implica que el ordenamiento jurídico colombiano prevé las condiciones de la extinción de la relación laboral de los servidores públicos que infringen las normas penales. Sin embargo, ni estas normas, ni disposiciones de carácter administrativo definen con exactitud la manera como debe proceder la administración pública cuando el servidor suspendido de su cargo por orden de autoridad judicial es absuelto, al no hallarse penalmente responsable.

Esta clase de situaciones ha dado origen a solicitudes en las que los afectados, además de solicitar el reintegro a los cargos que ostentaban antes de la medida de aseguramiento, demandan el pago de los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir durante la detención preventiva.

Ante estas reclamaciones, los organismos de la administración pública se rehúsan a realizar cualquier pago por estos conceptos, y establecen que la decisión de suspensión del cargo se realizó atendiendo los mandamientos expresados por autoridades judiciales. Igualmente, fundamentan su negativa en la inexistencia de norma legal que autorice la realización de estos pagos, factor que impide el que se pueda realizar un reconocimiento de las sumas de dinero solicitadas. Por último, estas entidades se niegan a reconocer los dineros reclamados, y determinan que no resulta posible cancelar una contraprestación por un servicio no prestado⁴⁶.

45 Cfr. Artículo 43 Ley 599 de 2000.

46 La reconstrucción de estos argumentos se realizó analizando las contestaciones de las demandas analizadas en esta línea jurisprudencial.

No obstante, resulta que para circunstancias análogas, como son las que se derivan de la suspensión del ejercicio del cargo con motivo del adelantamiento de investigaciones de índole disciplinaria, diversas normas del ordenamiento jurídico contemplan que, en caso de que la investigación conduzca a no endilgar responsabilidad disciplinaria al servidor investigado, sí resulta procedente el que se reclamen los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante la suspensión⁴⁷.

Gracias a estas normas, las personas afectadas con esta clase de situaciones han acudido a la jurisdicción contencioso administrativa, para que, vía interpretación judicial, sea reconocido el pago de los salarios y prestaciones sociales causadas, mientras se desarrolló la detención preventiva que culminó con absolución en el proceso penal. Sin embargo, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha dado una respuesta procesal diferente, en relación con el mecanismo judicial que resulta procedente para demandar por parte de los afectados el pago de estos dineros. Esta respuesta ha variado de la forma que se esboza en el gráfico que se presenta enseguida:

47 Sobre el particular el artículo 158 de la Ley 734 de 2002 que en la actualidad regula la normatividad en materia disciplinaria prescribe lo siguiente: Reintegro del suspendido. Quien hubiere sido 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, cuando la investigación termine con fallo absolutorio, o decisión de archivo o de terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia. Sin embargo, normas anteriores como la Ley 200 de 1995 y otras normas anteriores a la expedición de la Constitución de 1991 que regulaban esta clase de materias también incluían prescripciones encaminadas a reconocer los salarios y prestaciones de quienes fueran suspendidos pero tras el terminado el proceso disciplinario no fueran hallados responsables.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Cuál es la acción procedente para reclamar el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir como consecuencia de la suspensión del cargo derivada de orden judicial?

TESIS A
Nulidad y restablecimiento del derecho.

CE, S 31-07-1996				
CE 3, 06-03-1997			S.V. C. Forero, D. Pedraza	
CE 3, 05-02-1998			S.V. C. Forero, D. Pedraza	
S.V. Ordoñez			CE, S 30-05-2002	
			CE, S 27-11-2003	
CE, S 25-01-2007				
CE, S 30-08-2007				
CE, S 26-06-2008				

TESIS B
Reparación directa.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha adoptado dos posturas en relación con la acción procedente para solicitar la restitución de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento. En ciertas oportunidades, el alto tribunal ha considerado que el empleado suspendido de su cargo por orden judicial tiene derecho a la devolución de los salarios y prestaciones dejados de percibir, mediante la tramitación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, a este mismo problema jurídico la misma Sección del Consejo de Estado le ha dado respuesta distinta. En algunos casos ha sostenido que, si bien es cierto que el servidor público tiene derecho a recibir estos dineros reclamados, la vía procesal adecuada para la recuperación de estos recursos no es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sino la acción de reparación directa.

Antes de analizar con mayor profundidad cada una de estas posturas, resulta relevante destacar algunos aspectos de interés en relación con este problema jurídico. Y esto es así, porque aunque las posturas del Consejo de Estado sobre la materia parten de un acuerdo implícito en materia sustancial, las diferencias en relación con el medio procesal idóneo pueden conducir a una denegación del derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se encuentran en esta clase de situación. En efecto, las dos posiciones, en principio, parecen reconocer que, sin importar que se trate de un proceso de carácter laboral administrativo o de un proceso de responsabilidad extracontractual del Estado, los servidores públicos pueden recuperar para su patrimonio los dineros y prestaciones no percibidos como consecuencia de la suspensión por orden judicial. En este sentido, una premisa de la que parten todas las sentencias analizadas es que la suspensión originada en decisión dentro de un proceso penal que posteriormente resulta con una sentencia absolutoria no puede conducir a que a la persona afectada se le desconozcan los salarios adeudados mientras estuvo suspendido del cargo.

Sin embargo, la falta de certeza jurídica de la acción procedente para la realización de esta clase de reclamación puede producir el efecto que el mencionado derecho que sustancialmente no es desconocido por el alto tribunal sea

negado o dejado de percibir, pues ante el ejercicio de la acción incorrecta, el derecho no termina siendo reconocido. Si el afectado no realizó la reclamación mediante el proceso de responsabilidad extracontractual se encontraría entonces afectado por el fenómeno de la caducidad de esta acción, y por ende, imposibilitado para reintegrar a su patrimonio los dineros a los que tiene derecho. Esta indeterminación puede significar la afectación del derecho de los sujetos procesales de efectivo acceso a la administración de justicia, reconocido en el artículo 229 de la C.P.

También resulta preciso enunciar que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha decantado su posición y establecido la procedencia de la acción de nulidad para el reconocimiento de las pretensiones de las que se viene hablando. Esta situación atenúa las críticas en relación con el desconocimiento de derechos fundamentales como el derecho de acceso a la administración de justicia, al permitirles a los ciudadanos afectados tener mayor certeza jurídica en relación con la decisión a adoptar por la sección del alto tribunal.

Sin embargo, a pesar de que en la actualidad y a partir del 2007 se infiera que la doctrina del Consejo de Estado se ha depurado y que no se presentan divergencias sobre la materia, vale la pena realizar el recuento de las dos posturas, con miras a analizar el grado de corrección y las consecuencias de cada una de ellas.

3.1 La reparación directa, el camino procesal para esta clase de reclamaciones

Una de las posturas de la Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con esta problemática consiste en negar la nulidad de los actos administrativos demandados por los accionantes, en los cuales la administración no acepta las reclamaciones de servidores públicos para el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante la suspensión del cargo por orden de autoridad judicial. Esta postura la sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado en salvamentos de voto durante la época de los noventa⁴⁸, pero fue finalmente adoptada a partir del año 2002, mediante la sentencia del 30 de mayo de ese mismo año⁴⁹.

48 Salvamento de Voto Dolly Pedraza y Clara Forero .CE 2a, 5 de feb. de 1998 e 14.578, C. Orjuela Góngora y CE 2a, 6 de mar. De 1997, r 12310, C. Orjuela Góngora.

49 CE 2a, 30 de may. de 2002, rad. 73001-23-31-000-1996-13147-01(IJ-004), A. Arango Mantilla.

En esta decisión se solicitaba la nulidad de actos administrativos proferidos por parte del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Departamento del Tolima. En estos actos se negaba la solicitud del demandante de reintegro al cargo, así como la devolución de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el término que estuvo suspendido del cargo por orden judicial. Igualmente, se demandaba el restablecimiento de los derechos reclamados.

En esta decisión el Consejo de Estado se declaró inhibido para pronunciarse en relación con el reintegro al cargo público solicitado por el actor, debido a que la acción fue incoada por fuera del término de caducidad para esta clase de reclamaciones. Igualmente, en esta oportunidad, la Sección Segunda consideró que no había lugar al restablecimiento de los derechos al salario y a las prestaciones sociales dejados de percibir por efectos de la caducidad de la acción. Sin embargo, el alto tribunal expuso sus consideraciones en relación con la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para reclamar estas acreencias laborales. Estas argumentaciones sustentan la improcedencia de esta acción con base en el acatamiento de dos principios jurídicos: el principio de legalidad y el principio de separación de poderes.

En relación con el rompimiento del principio de legalidad que se efectúa mediante la aceptación de la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para esta clase de casos, se establecen las siguientes premisas: (i) no existe ninguna norma dentro del ordenamiento jurídico colombiano que habilite a la administración pública para realizar pagos correspondientes a los salarios y prestaciones dejadas de percibir como consecuencia de una suspensión por orden judicial; (ii) la inexistencia de normas que regulen la materia no permiten confrontar el acto demandado -en el que la administración niega las prestaciones y salarios dejados de percibir- con norma superior infringida- que es el tipo de juicio que se realiza mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; (iii) para hacer este juicio no pueden hacerse extensivas las normas existentes en materia disciplinaria, en tanto que los eventos que regulan son distintos. Esta distinción radica en que mientras la suspensión para el adelantamiento de procesos disciplinarios la realiza el superior jerárquico del investigado, la suspensión por orden judicial se realiza a instancias de la orden emanada de las autoridades de la rama judicial; (iv) la reparación de los daños ocasionados como consecuencia de la suspensión proveniente de orden judicial tiene como fundamento normativo, más que la interpretación analógica de las normas disciplinarias, el artículo 90

de la Constitución que regula la responsabilidad extracontractual del Estado en los eventos en los que por acción u omisión de sus agentes se produzcan daños de carácter antijurídico; (v) ante esta clase de eventos, resulta procedente la acción de reparación directa, para que mediante esta vía se acceda a las pretensiones reclamadas.

Pero además del rompimiento del principio de legalidad, esta postura indica que la acción que debe impetrarse para la solución de estas controversias es la acción de reparación directa, so pena de afectarse el principio de separación de poderes establecido en el artículo 113 de la C.P. Para sustentar esta postura, la decisión establece los siguientes argumentos: (i) la responsabilidad de la suspensión en el cargo -que es la que origina la reclamación- es de las autoridades judiciales y no de las autoridades administrativas; por ende, es a las primeras y no a las últimas a las que les corresponde reparar el daño causado; (ii) resulta contrario a la justicia proferir una condena contra una entidad de la administración que lo único que estaba haciendo era seguir los mandatos de autoridad judicial, sin que tuviera ninguna posibilidad de oponerse a estas órdenes por expreso mandato de la ley.

Esta subregla de decisión posteriormente fue seguida en la sentencia del 27 de noviembre de 2003⁵⁰. En esta decisión se solicitaba por parte de una servidora pública del Distrito Capital el reintegro, así como los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la suspensión del cargo por orden judicial de la que fue objeto. Esta medida se impuso mientras se adelantaba investigación penal por la supuesta comisión del delito de concusión. La conducta típica fue realizada mientras la demandante ejercía su cargo como agente de tránsito de la Secretaría de Tránsito del Distrito.

Los hechos de este caso resultan interesantes, por cuanto al término de la suspensión del cargo por orden judicial y luego de ser absuelta de los cargos en materia penal, la afectada procedió a solicitar al Distrito Capital el reintegro y los salarios y prestaciones dejados de percibir por la suspensión en el cargo. Empero, el Distrito no concedió el reintegro, sino la indemnización, a causa de que el cargo desempeñado por la actora había sido suprimido de la planta de personal de la entidad. Sin embargo, dentro de los dineros reconocidos por la entidad pública no se hallaban los salarios

50 CE, 2a sub. A, 27 de nov de 2003, e 0364-02, N. Pájaro Peñaranda.

ni las prestaciones sociales que se habían causado mientras la agente de tránsito estuvo privada de su libertad.

Para solucionar el caso, el Consejo de Estado tuvo que pronunciarse en relación con el tema de la supresión del cargo que imposibilitaba que la entidad concediera el reintegro. Igualmente se pronunció acerca del reconocimiento de las prestaciones sociales y salarios dejados de percibir. Sobre este último punto, la sentencia reitera la postura acuñada en la decisión de 30 de mayo de 2002, pero haciendo énfasis en la improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por la afectación del principio de separación de poderes. Dijo la decisión sobre el particular:

“Para la Sala es claro que el *petitum* formulado no es pasible de ser resuelto a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque la entidad nominadora, al proferir la decisión de suspensión en el desempeño del cargo, no actúa en cumplimiento de una decisión propia y exclusiva de su arbitrio, sino que da observancia a un acto de otra autoridad. Por ello, no podría en casos como el presente, deducirse vicio de ilegalidad en los actos que la administración profiere como consecuencia de la medida cautelar, de manera que si sobreviene una condición invalidante de las actuaciones que gestaron la separación temporal del servicio con las consecuencias económicas que trae para el implicado, lo que procede es determinar la responsabilidad del ente estatal que dio lugar al daño sufrido, más no encauzar el juicio hacia los actos que en modo alguno son los llamados a examinar por esta causa, pues el análisis se subsume en los linderos propios de la responsabilidad surgida como consecuencia de la acción de reparación directa, en la que el juicio apunta al cuestionamiento por los hechos u omisiones de la administración”⁵¹.

Sin embargo, esta postura no está actualmente vigente. Las subreglas sobre la materia establecen la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para la solución de los problemas jurídicos derivados de la suspensión del cargo por orden judicial, tal y como se verá enseguida.

51 Ibid.

3.2. La acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho

La Sección Segunda del Consejo de Estado le ha dado una respuesta procesal distinta al problema jurídico planteado. En efecto, en diversos pronunciamientos, el alto tribunal ha considerado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el medio jurídico idóneo para realizar las reclamaciones en relación con los salarios y las prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencias de una suspensión por orden judicial.

Casos relevantes en los que el Consejo de Estado ha sostenido esta postura son las decisiones del 26 de junio de 2008⁵², 30 de agosto de 2007⁵³, 25 de enero de 2007⁵⁴. Igualmente en decisiones de 31 de julio de 1996⁵⁵, 6 de marzo de 1997⁵⁶ y 5 de febrero de 1998⁵⁷. Vale la pena mencionar que el recuento de estas decisiones se consigna de la más reciente a la más antigua, para resaltar que la jurisprudencia reciente sobre la materia acoge esta subregla de decisión. Sin embargo, en aras de describir la doctrina administrativa vigente sobre la materia, se reconstruyen los argumentos y el patrón fáctico de la sentencia del 25 de enero de 2007. Esta decisión se considera importante, pues en ella la Sección Segunda del Consejo de Estado reconoce la existencia de un precedente en materia de improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para la solución de controversias derivadas de la suspensión del cargo como consecuencia de orden judicial. A pesar de ello, la Sección reconoce abiertamente un cambio de postura.

En esta decisión se solicita pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa para que decida acerca de la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos mediante los cuales la administración del municipio de Itagüí negó la reclamación del actor, en el sentido que le fueran reconocidos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencias de la suspensión de su cargo ordenada por autoridad judicial. Para solucionar el caso, la Sección Segunda del Consejo de Estado determinó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho era procedente para

52 CE 2a Sub. A. 26 de mar. De 2008, e 1922-07, G. Gómez Aranguren.

53 CE 2a Sub. B. 30 de ago. de 2007, e, 9762-05, A. Ordoñez Maldonado

54 CE 2a 25 de enero de 2007, e1618-03, B. L. Ramírez de Páez

55 CE 2a, 31 de jul. de 1996, e7681, C.A. Orjuela Góngora

56 CE 2a, 6 de mar. de 1997, e 9924, C.A. Orjuela Góngora

57 CE, 2A, 5 de feb. de 1998, e 14578, C.A. Orjuela Góngora

la solución de esta clase de controversias. En esta decisión se justificó el cambio de las subreglas determinadas en la decisión del 30 de mayo de 2002.

Una primera razón dada por la sentencia es de orden orgánico. Por ello, la Sección Segunda considera que estos conflictos tienen una naturaleza laboral y que por ende la acción de nulidad y restablecimiento sí resulta procedente para conocer de esta clase de controversias.

La decisión también pretende desvirtuar los argumentos que señalaban una afectación del principio de legalidad con la anulación y el restablecimiento de los actos administrativos en los que la administración se niega al reconocimiento de las acreencias laborales reclamadas. Considera el fallo que este principio no se afecta, en tanto que la suspensión del cargo por orden judicial no tiene la virtud de dar por terminada la relación o el vínculo laboral existente entre la administración y el afectado con la detención preventiva. Entiende la sección que el efecto de la decisión de la autoridad judicial, en el sentido de no imputar responsabilidad penal al servidor público, debe producir el que la situación administrativa del servidor se retrotraiga al estado anterior, es decir, al estado en el cual la relación laboral se desarrollaba en condiciones normales. Siendo esto así, y al entenderse que la sentencia absolutoria en materia penal produce esta clase de efectos, no resulta necesario que exista norma legal en la que se autorice a la administración el pago de los dineros correspondientes a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el servidor público durante el tiempo en el que se ejecutó la medida de aseguramiento.

Igualmente, esta decisión no considera que se afecte el principio de separación de poderes, en tanto que a la administración le es posible ejercitar otra acción para que la autoridad judicial reintegre los dineros que el órgano administrativo tuvo que desembolsar para reconocer los salarios y prestaciones dejadas de percibir por el servidor suspendido. Con base en estos argumentos, en el caso concreto, el Consejo de Estado anuló los actos en los que el municipio negaba el reconocimiento de estos dineros al servidor reclamante.

En decisiones posteriores, la Sección Segunda continuó perfilando esta postura jurisprudencial. Así lo reiteró en la decisión del 30 de agosto de 2007. De forma adicional, en sentencia del 26 de junio de 2008, la sección reinterpreta la subregla, para adicionar los argumentos esgrimidos en la sentencia del 25 de enero de 2007 en relación con la no afectación del principio de legalidad mediante

la anulación y restablecimiento del derecho. Para ello, acude al texto del artículo 85 del C.C.A. que define el contenido de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁵⁸. Con base en el texto de la norma, la sección concluye que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de forma expresa, consagra que se encuentra instituida para reparar los daños causados como consecuencia de un acto administrativo. En este sentido, entiende que esta disposición es la que fundamenta la procedencia de esta acción para esta clase de controversias.

Igualmente, en esta decisión, la Sección Segunda determina que es a las entidades del orden administrativo a las que les corresponde el pago de estas acreencias laborales, en tanto que el vínculo laboral puesto en entredicho por orden judicial no fue objeto de terminación, sino de suspensión. Al terminar la suspensión del cargo ante la culminación del proceso penal, le corresponde al empleador restituir estos dineros como mecanismos para retrotraer las cosas al estado anterior. Esto se asemeja a los casos de suspensión por responsabilidad disciplinaria, en los que aunque la orden de suspensión la realiza la administración por órdenes del Procuraduría, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir por el servidor absuelto de los cargos dentro del proceso disciplinarios se realiza con cargo al presupuesto de la entidad administrativa y no con cargo al presupuesto del Ministerio Público. De esta manera, son los órganos de la administración los llamados a reconocer estos dineros a los servidores públicos suspendidos por orden judicial, pero es posible que mediante acción de reparación directa se repita contra la Fiscalía General de la Nación o la autoridad judicial a la que le corresponda emitir la medida de aseguramiento considerada como injusta por la posterior absolución del imputado.

58 Señala el artículo 85 del C.C.A. "Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente."

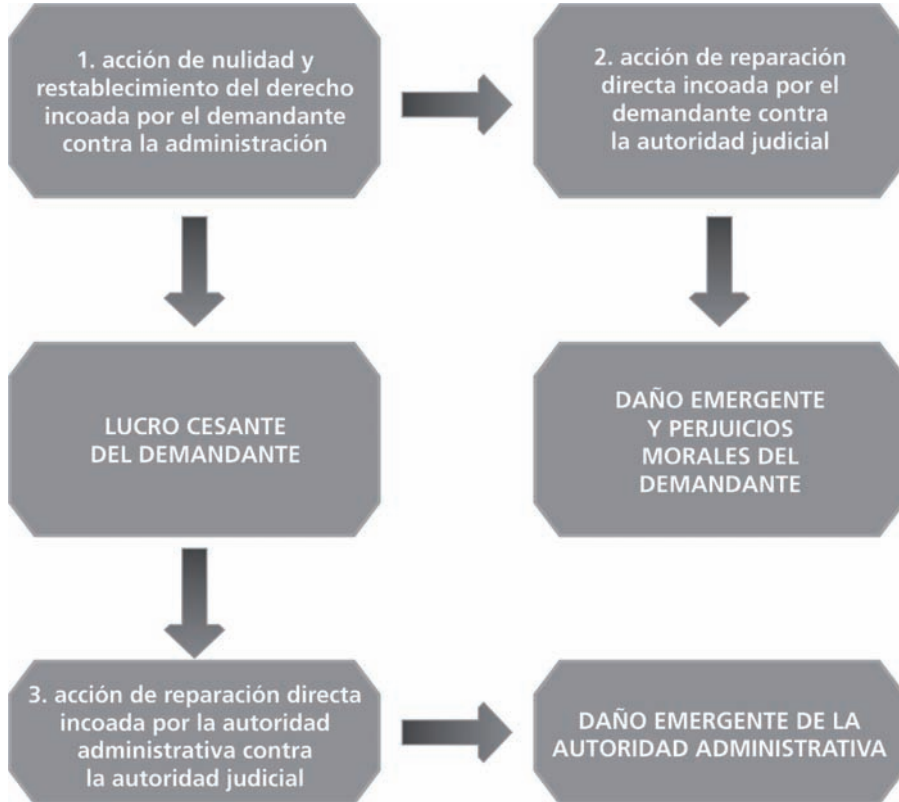
4. CONCLUSIONES

El recuento de la línea jurisprudencial anteriormente descrita destaca que la unificación de posturas en relación con la interpretación de las normas jurídicas no es tarea fácil, en tanto que, en este caso concreto, la divergencia interpretativa se presenta inclusive en la misma sección de decisión especializada en el conocimiento de asuntos de derecho laboral administrativo. Ahora bien, a pesar de estas dificultades, en la actualidad, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha optado por una postura que acepta el uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para solucionar las controversias relacionadas con la suspensión del cargo con ocasión de la orden emanada de autoridad judicial.

No obstante, vale la pena realizar una serie críticas a las dos tesis jurisprudenciales utilizadas por el Consejo de Estado para resolver el problema jurídico planteado. En primer término, se puede señalar que la tesis actualmente vigente, a pesar de ser garantista de los derechos de las personas afectadas con esta clase de situaciones, no parece reparar en las consecuencias adversas que se encuentran aparejadas a la posibilidad de tramitar mediante nulidad y restablecimiento del derecho las demandas en las que se solicita el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el servidor público suspendido por orden judicial. Estas consecuencias adversas son: (i) contribución a la congestión judicial, y (ii) posibilidad de que la Nación termine pagando doblemente los dineros reclamados por los afectados por privaciones de la libertad consideradas como injustas.

En cuanto a la primera consecuencia adversa, está claro que esta tesis sostiene la posibilidad de que, además de la reclamación mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los afectados con esta clase de situaciones pueden reclamar en reparación directa las afectaciones o daños originados en la privación de la libertad calificada como injusta. Y también considera que, de forma posterior, la entidad pública que restableció el derecho y pagó los salarios y prestaciones tiene la posibilidad de repetir contra la autoridad judicial que profirió la medida de aseguramiento. Lo anterior con el fin de que la autoridad judicial asuma lo pagado por este concepto, por haber sido la causante del daño antijurídico. De esta forma, en lugar de que el

problema jurídico se resuelva mediante una sola acción, resultarían necesarias tres acciones para obtener el mismo resultado. El siguiente gráfico permite evidenciar la complejidad de esta tesis:



Pero, sumado a esta consecuencia de congestión de la administración de justicia, esta tesis también puede implicar que el Estado termine pagando doblemente los conceptos dejados de percibir por el afectado por una suspensión por orden judicial. En efecto, resulta posible la tramitación simultánea de las acciones laborales y de responsabilidad extracontractual, lo que implica que al final de ambos procesos tanto la autoridad administrativa como la autoridad judicial reconozcan el pago de los salarios y las prestaciones reclamadas. La primera con base en el artículo 85 del C.C.A., y la segunda con fundamento en el artículo 90 de la Constitución. Esta consecuencia adversa se daría en escenarios de deslealtad procesal. Sin embargo, pese a que esta clase de conductas no pueden presumirse, sí pueden presentarse.

No obstante, tampoco resulta adecuado sostener sin mayor análisis la corrección de la tesis que sostiene la procedencia de la acción de reparación directa. Y esto es así por dos razones. La primera, porque es innegable que esta clase de controversias tiene una naturaleza de índole laboral que no puede ser desconocida a pesar de que no existan normas que expresamente señalen las consecuencias de la terminación del proceso penal con la absolución del imputado. En segundo lugar, las sentencias analizadas en este escrito que defienden la procedencia de la acción de reparación directa son criticables, en tanto que los jueces de instancia utilizaron la sentencia, y no el auto de inadmisión de la demanda, para determinar el camino procesal que los afectados debían seguir para obtener el reconocimiento de sus derechos. En efecto, si la persona afectada con una suspensión por orden judicial acude a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho y se da trámite al proceso para posteriormente negar la anulación de los actos de la administración que no aceptaron pagar estas acreencias laborales, se afecta el derecho de estos ciudadanos al efectivo acceso a la administración de justicia. Esta afectación se daría en aquellos casos en los que el afectado no haya interpuesto la correspondiente acción de reparación directa a la espera del pronunciamiento del proceso laboral administrativo.

Siendo esto así, se puede concluir que, a pesar de que sea indudable la competencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado para conocer en acción de nulidad y restablecimiento del derecho de estas reclamaciones, el uso de estas acciones incide en el incremento de la congestión judicial al interior de la jurisdicción contencioso administrativa. Por ende, se considera que, mediante la acción de reparación directa, los afectados con suspensión del cargo por orden de autoridad judicial pueden lograr el restablecimiento de sus derechos laborales cuando la detención preventiva cause un daño de carácter antijurídico.

Pero en escenarios de litigio distintos, en los que además de los salarios y prestaciones se solicite el reintegro al cargo que ostentaba antes de ser objeto de la medida de aseguramiento, no resultaría posible defender la procedencia de las acciones de responsabilidad extracontractual del Estado. En esta clase de escenarios, los contornos de la acción de reparación directa se diluyen, pues el conflicto se convierte en una discusión de carácter netamente laboral que deberá ser resuelto por la sección de decisión con competencia para el conocimiento de esta clase de asuntos: la Sección Segunda del Consejo de Estado.

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Diego A. Baracaldo para el IV Curso de Formación Judicial, Promoción 2009

1. EL PRINCIPIO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y SU APLICACIÓN EN MATERIA CIVIL Y ADMINISTRATIVA

La compartimentación del derecho por áreas hace presuponer la existencia de profundas divisiones entre el derecho público y el derecho privado. Con el transcurso de tiempo y la transformación constante de los problemas sociales, cada uno de estos campos se especializa y tecnifica de manera tal que los vasos comunicantes existentes entre ellos se presentan de manera menos evidente. Sin embargo, existen ciertos elementos comunes a estas áreas. De esta manera, por más especializada y diversificada que se encuentre determinada rama del derecho, en algunas controversias jurídicas concretas es viable el desvanecimiento de las fronteras existentes entre derecho público y privado. A partir de allí, se da la impresión de que carecen de relevancia las diferencias entre estos campos, por cuanto la solución del caso se presentaría de forma muy similar si este fuera resuelto desde la perspectiva del derecho público o si se resolviera desde la cara del derecho privado.

Uno de estos elementos comunes es el relacionado con la interpretación y aplicación de los principios generales del derecho. Los principios generales del derecho son normas que, a pesar de haber resistido a la positivización, tienen la entidad suficiente para ser consideradas como fuente de derecho. Resulta posible que el juez o el operador judicial acuda a ellos para adjudicar determinada solución a un caso, aún a pesar de no contar con norma expresa que autorice el mencionado acto de adjudicación. O también,

cuando contando con la regla que se acomode al caso, sea necesario acudir a los principios para encuadrarla de forma tal que la respuesta del caso sirva al objetivo de impartir justicia. Los principios generales del derecho son desde tiempos remotos un recurso o materia prima de la que se sirve el derecho para la solución de las controversias judiciales.

Por ser extraño a la naturaleza de esta clase de normas, el ordenamiento jurídico colombiano no prescribe en todos los casos disposiciones normativas en la que se explicita el contenido del conjunto de principios generales del derecho o en las que se defina los conceptos más relevantes para su comprensión. No obstante, sí existen normas encaminadas a habilitar el uso de esta clase de principios. Así, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 establece la posibilidad para el intérprete judicial de acudir a esta clase de prerrogativas para la solución de un caso determinado⁵⁹. De esta norma se han valido la jurisprudencia ordinaria y la jurisprudencia administrativa para aplicar en múltiples oportunidades los principios generales del derecho. Por ello, se puede señalar sin duda que a los jueces, y en general a los demás operadores judiciales, no les resulta insólito o novedoso buscar en los principios que cierran el ordenamiento jurídico un mecanismo o instrumento para resolver las confrontaciones o controversias que son de su conocimiento.

Uno de los principios generales del derecho es el enriquecimiento sin causa. La noción de enriquecimiento sin causa atiende al concepto de equidad. De acuerdo con esta, no resulta defendible que un patrimonio se enriquezca y otro se empobrezca sin que exista título o causa que explique o justifique esta situación. En estos eventos, resulta posible acudir al ordenamiento jurídico para que judicialmente sea reconocida o compensada la diferencia existente entre estos dos extremos. Para solucionar las controversias originadas en esta fuente de las obligaciones, el ordenamiento incluye la posibilidad de acudir a la acción *in rem verso*, con el fin de facilitar que el producto que dio origen al enriquecimiento sin causa sea devuelto a quien se empobreció con la transacción, en la cantidad exacta en la que se incrementó el patrimonio enriquecido. Esta acción se encuentra regulada en diversas disposiciones del Código Civil. No obstante, la jurisdicción contencioso administrativa también se ha servido de este mecanismo procesal para resolver los

59 Prescribe la mencionada disposición: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho".

desequilibrios que se presentan entre los particulares y el Estado cuando se configura el enriquecimiento sin causa. Dicho principio jurídico ha sido normativizado en reglas de derecho positivo. Así, por ejemplo, el artículo 831 del Código de Comercio determina que: "Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro". Sin embargo, esto no se traduce en que el enriquecimiento sin causa sea un principio con un status distinto al de otros principios que no gozan de la condición de estar consagrados en derecho escrito. Por el contrario, puede afirmarse que la positivización fue el resultado, o mejor la consecuencia, del constante uso y aplicación que la jurisprudencia nacional de todas las áreas hizo y continúa haciendo de la figura.

Y es que, cuando se habla de todas las áreas del derecho, se quiere indicar que no solo el derecho privado se ha servido de este principio jurídico para resolver las controversias características de sus distintas ramificaciones. También el derecho público y, específicamente, el derecho administrativo han acudido en múltiples oportunidades al enriquecimiento sin causa para la solución de controversias de índole contractual.

El uso del enriquecimiento sin causa en el derecho administrativo se explica en determinados eventos en los que resulta necesario dirimir los conflictos que surgen en los constantes negocios jurídicos entablados entre los particulares y las entidades del Estado o entre estas y otros órganos de carácter público. Estas situaciones son: (i) aumento del patrimonio de una entidad estatal a costa del empobrecimiento del patrimonio de un particular, o de otra entidad del Estado, cuando la parte empobrecida presta un servicio, ejecuta una obra o entrega un bien sin que de forma anterior exista un contrato administrativo que soporte la voluntad de las partes y que consigne las condiciones en las que se efectuara el negocio jurídico; (ii) aumento del patrimonio de una entidad estatal a costa del empobrecimiento de un particular, o de otra entidad del Estado, cuando a pesar de haberse celebrado en debida forma el contrato estatal y luego de haber sido perfeccionado, no se cumple con los mandatos normativos establecidos para la ejecución presupuestal de las obligaciones contraídas por el contratista. Ante la imposibilidad de ejecutar los rubros presupuestales que deberían servir para cancelar el bien o el servicio demandado por la entidad, se configura el enriquecimiento sin causa desde el momento en el que la contraparte en la relación contractual efectúa o realiza las obligaciones a las que se había comprometido.

La jurisdicción contencioso administrativa ha hecho uso de la figura del enriquecimiento sin causa en situaciones de naturaleza similar a las descritas anteriormente. En el primer evento, mediante el uso, por parte de quienes han sufrido el decrecimiento de su patrimonio, de la acción de reparación directa. En el segundo, los afectados por el injusto enriquecimiento de alguna entidad u órgano estatal han acudido a plantear esta clase de controversias mediante el uso de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A. No obstante estos medios procesales, la pretensión que de forma subsidiaria subyace en estas controversias es el ejercicio de la acción *in rem verso*.

Ahora bien, los eventos relacionados anteriormente, y que llegan a conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa a través del camino de la acción de reparación directa o a través de la acción de controversias contractuales no agotan el universo de reclamaciones relacionadas con el reconocimiento por vía jurisprudencial de la figura del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, son los más recurrentemente litigados en esta jurisdicción. Aún así, aunque son eventos distintos, en ellos se observan varios elementos comunes.

Un primer elemento común tiene que ver con el hecho de que el enriquecimiento de la entidad estatal se encuentre relacionado directamente con el empobrecimiento del afectado. Esta relación no implica el que las sumas disputadas puedan traslaparse por ser idénticas. En efecto, en algunos casos ocurre que el monto por el cual se empobreció un patrimonio es menor a la suma en la que se incrementó el patrimonio de la entidad estatal. En estos eventos, la jurisprudencia ha reconocido que la compensación que se origina como consecuencia del enriquecimiento sin causa debe identificarse con el monto en el que efectivamente se empobreció el patrimonio afectado y no con el monto en el que se enriqueció el patrimonio enriquecido.

Un segundo elemento que caracteriza las circunstancias descritas en las que se reclama el reconocimiento del enriquecimiento sin causa se halla en la inexistencia de un título o causa jurídica que dé origen al surgimiento de la obligación. O por el contrario, en la existencia de defectos para la ejecución del mencionado título de una magnitud tan grande que convierta en inexigible la obligación de pagar el servicio o bien demandado.

A estos elementos comunes debe agregarse una tercera condición adicional que la jurisprudencia ha considerado como necesaria para reconocer la existencia del enriquecimiento sin causa. Este elemento tiene que ver con la posibilidad, desde el punto de vista del afectado con el empobrecimiento, de explicar este decrecimiento de su patrimonio a partir de los postulados de la buena fe. En otras palabras, la identificación del enriquecimiento sin causa parte de la base del respeto o la no trasgresión de otros principios generales del derecho, como, por ejemplo, el no aprovecharse de su propio dolo o negligencia para sacar ventaja de la situación.

La aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa y de sus elementos efectuada por la jurisdicción contencioso administrativa, no resulta muy distante de la manera como el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria es decir, la Corte Suprema de Justicia, utiliza el mencionado principio al resolver controversias propias del derecho civil o comercial. Derecho público y derecho privado confluyen para destrabar las reclamaciones originadas en el incumplimiento de este principio general del derecho.

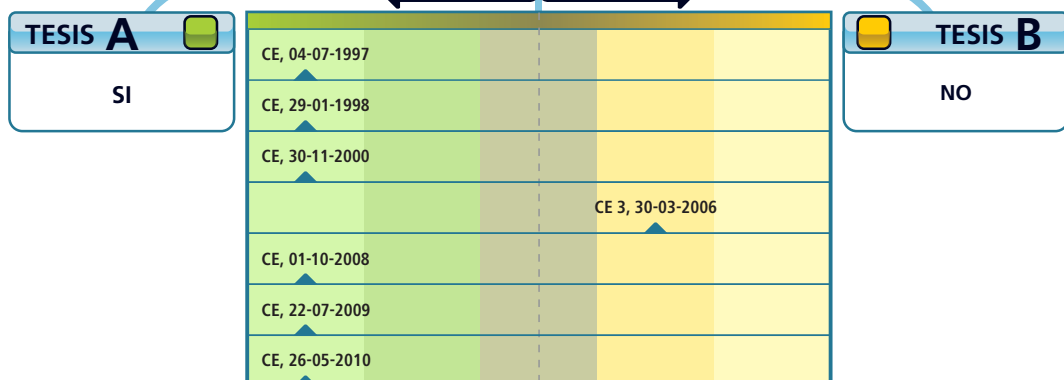
Pese a lo anterior, la especificidad del derecho administrativo se hace notoria cuando el juez contencioso administrativo pretende encuadrar el caso concreto en esta figura y se encuentra con la dificultad de justificar que el enriquecimiento de una entidad estatal se produjo como consecuencia directa del empobrecimiento de un particular que se encontraba situado en el marco de actuaciones realizadas de buena fe.

Y esto es así, por cuanto la realización de los negocios jurídicos con los órganos y entidades estatales resulta diferente al desarrollo de las relaciones comerciales entre particulares. La necesidad de protección del patrimonio público administrado por los servidores del Estado hace que resulte riguroso el seguimiento de una serie de reglas y principios contenidos en diversas normas de carácter imperativo a partir de las cuales se regulan las relaciones contractuales con el Estado. Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad de las partes de celebrar un negocio jurídico se encuentra también presente en las relaciones comerciales con el Estado, la posibilidad de efectuar efectivamente el acto jurídico de naturaleza contractual no se agota en ese deseo, sino que previamente debe cumplirse con una serie de requisitos y exigencias encaminadas a defender la mejor utilización de los escasos recursos que conforman el patrimonio de las entidades públicas.

Siendo esto así, la aceptación de la figura del enriquecimiento sin causa presenta mayores dificultades para el intérprete desde el punto de vista del derecho administrativo. Por ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado respuesta de forma disímil al siguiente interrogante jurídico, de la manera que se grafica a continuación:

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Es posible reconocer el enriquecimiento sin causa a favor de un particular que ha prestado servicios o ha entregado bienes a un órgano o entidad estatal, sin que exista soporte contractual o sin que se cumplan los requisitos egales para ejecutar el contrato?



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, el Consejo de Estado ha adoptado dos posturas opuestas. Una de las respuestas asumidas es que no resulta jurídicamente posible el reconocimiento del principio de enriquecimiento sin causa a favor de los particulares que prestan servicios o entregan bienes a las entidades estatales, sin que para ello exista soporte contractual, o sin que se cumplan los requisitos legales para la ejecución del contrato. Para fundamentar esta postura, el alto tribunal ha establecido que el estadio actual de la contratación administrativa hace impensable el que un particular desconozca abiertamente los requisitos y formalidades necesarias para realizar un negocio jurídico con el Estado y de forma posterior pretenda reivindicar a favor de su patrimonio esta desatención de los mandatos legales, e intente sacar provecho de la situación por él mismo provocada, al ubicarse por fuera de la ley. Sin embargo, debe decirse que la defensa de esta tesis no ha sido predominante y, por ende, son pocas las decisiones jurisprudenciales que pueden ubicarse en esta postura.

Por el contrario, en la mayoría de las oportunidades y de forma predominante, el Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de reconocer el principio de enriquecimiento sin causa a favor de los particulares que prestan servicios o entregan bienes a las entidades estatales, sin que para ello exista soporte contractual, o sin que se cumplan los requisitos legales para la ejecución del contrato. Ahora bien, el reconocimiento de esta posibilidad jurídica no conlleva que en cada caso la jurisdicción acceda a su reconocimiento. De acuerdo con esta postura jurisprudencial, son las circunstancias concretas del caso las que le permiten al juez concluir si se cumple con los requisitos o presupuestos necesarios para la existencia del enriquecimiento sin causa. Se exige del intérprete la ponderación de las circunstancias del caso para establecer si la actuación del particular, al colocarse por fuera de la esfera establecida por la ley en materia de contratación administrativa, se desplegó de forma tan malintencionada que la deja por fuera del amparo del principio de enriquecimiento injusto. O por el contrario, si, a pesar de no seguir las prescripciones y mandatos ordenados por las normas sobre contratación administrativa, la conducta del particular puede enmarcarse dentro de los postulados de la buena fe, con lo que este se haría merecedor de la compensación del servicio

prestado o del bien entregado por reconocerse a su favor el principio de enriquecimiento sin causa.

Del anterior análisis se establece que, de acuerdo con esta segunda tesis, la posibilidad del reconocimiento del principio de enriquecimiento sin causa puede conducir a que, en el caso concreto, se decrete o no la compensación del empobrecimiento del que fue objeto el particular que entregó bienes o prestó servicios a una entidad estatal que enriqueció su patrimonio, sin que mediara título para esta situación. Por ello, los casos en los que el Consejo de Estado se niega a declarar el enriquecimiento sin causa demandado se pueden ubicar en la sombra decisional de la tesis predominante. Dicho en otras palabras, la tesis que establece que sí resulta posible reconocer este principio general del derecho en el área administrativa no implica que para todos los casos se obtenga una compensación por parte del patrimonio empobrecido.

Pero esta respuesta negativa (que en el gráfico se ubica en la parte intermedia) no puede identificarse con la primera tesis expuesta que definitivamente no considera como aceptable el reconocimiento de este principio por afectar otra serie de consideraciones o postulados de gran importancia para la defensa del patrimonio del Estado.

3.1 El principio general desde la perspectiva de la Corte Suprema Justicia

La jurisprudencia contencioso administrativa trasladó la doctrina creada por la jurisdicción ordinaria para la definición del principio de enriquecimiento sin causa y para la determinación de sus principales elementos. Este trasplante de la doctrina hacía uso de la decisión del 19 de noviembre de 1936 para establecer si resultaba o no procedente aplicar este principio general del derecho en los casos en los que no existía soporte contractual para respaldar obligaciones contraídas con las entidades estatales. Muestra de ello son las decisiones del 4 de julio de 1997⁶⁰, del 29 de enero 1998⁶¹ y del 30 de noviembre de 2000⁶², en las cuales no se discutía la posibilidad de reclamar este principio en la jurisdicción contencioso administrativa. Más bien, el debate se circunscribía a temas eminentemente procesales para saber si la

60 CE, 3 4 de julio de 1997, e10.030, R. Hoyos Duque.

61 CE 3, 29 de enero 1998, e11.099, D. Suárez.

62 CE 3, 30 de nov. de 2000, e11895, A. Hernández.

acción procedente para reclamar el enriquecimiento sin causa era la acción de reparación directa (art. 86 C.C.A.) o las acciones contractuales (art. 87 C.C.A.). De todas formas, en estas decisiones, a pesar de que no existiera un acuerdo respecto a la acción procedente, el órgano jurisdiccional procedía a realizar el examen del caso concreto a la luz de los elementos que desde la doctrina del derecho civil se elaboraron para compensar al afectado con esta figura. Pero en el año 2006, el debate en relación con la figura del enriquecimiento sin causa dejó de ser procesal, para convertirse en un debate de índole sustancial que reclamaba una interpretación específica para el derecho administrativo.

3.2. El principio de enriquecimiento sin causa atenta de forma grave contra los mandatos de las normas sobre contratación administrativa

El enriquecimiento sin causa fue durante mucho tiempo utilizado por el Consejo de Estado sin mayores controversias en su aplicación. Sin embargo, a partir del año 2006, el alto tribunal empieza a adoptar una postura muy rígida en relación con la aplicación de este principio en materia administrativa. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia del 30 de marzo de 2006⁶³ en la que el Consejo de Estado conoció en reparación directa de la reclamación de una empresa prestadora de servicios de aseo contra CAPRECOM, con base en los hechos que a continuación se describen. Durante el año 1996 la entidad pública celebró con el particular contrato para la prestación de servicios de aseo durante 6 meses, prorrogados por otros 3 meses más para un total de 9 meses. Al finalizar la prórroga del contrato, los funcionarios encargados de estos asuntos en la entidad solicitaron de forma verbal a la empresa que continuara prestando los servicios de aseo y señalaron que de forma posterior se realizarían los trámites para la legalización del contrato. Así, la empresa prestó el servicio de aseo durante 3 meses más, sin que hubiera ningún tipo de soporte contractual para respaldar las obligaciones contraídas por las partes. Posteriormente, la empresa presentó la factura correspondiente al servicio realizado recibiendo respuesta negativa de la entidad para el pago del servicio al señalar la imposibilidad de efectuarlo, por no existir el contrato administrativo que justificara el desembolso de recursos. De forma previa a la interposición de la acción de reparación directa, las partes realizaron audiencia de conciliación, la cual terminó en

63 CE, 3, 30 de mar. de 2006, e25662, R. Saavedra.

un acuerdo de conformidad con el que la entidad pública se comprometía a pagar la suma adeudada. Para la revisión de este acuerdo conciliatorio se pronunció el Consejo de Estado en la decisión en comento.

La solución dada a la controversia por parte del alto tribunal consistió en revocar o improbar el acuerdo conciliatorio logrado por las partes, por considerar que no era procedente reconocer el enriquecimiento sin causa a favor de la empresa prestadora de los servicios de aseo. Para proferir esta decisión, el Consejo de Estado reconoció la necesidad de establecer un cambio jurisprudencial sobre esta clase de asuntos. Luego de describir el concepto de enriquecimiento sin causa, estableció que frente al derecho actual no resultaba muy frecuente la utilización de este principio general del derecho. La explicación de lo anterior la halló el alto tribunal en la existencia de otra clase de mecanismos contemplados por los ordenamientos jurídicos para evitar la ocurrencia de casos en los que se presentaran injusticias que hicieran distinguible el enriquecimiento sin causa. El Consejo de Estado estableció que, en materia de contratación estatal, estos mecanismos se encontraban en las normas de contratación administrativa que, entre otros aspectos, exigen la necesidad de que los negocios jurídicos celebrados con las entidades estatales se fijen por escrito. Luego, para evitar esta clase de desequilibrios, más que acudir a la figura del enriquecimiento sin causa, resulta preciso que quien contrata con las entidades públicas se atenga a los mandatos y disposiciones establecidos en las normas sobre contratación estatal. Dijo el alto tribunal:

“ Tomando en cuenta que las solemnidades requeridas para la existencia del contrato administrativo, son una garantía que cubre intereses públicos y particulares, pues con ellas se garantizan la transparencia en el manejo de los recursos públicos, se definen claramente las necesidades públicas por satisfacer, y entre otras más, se garantiza a los prestadores de bienes y servicios de la administración, los deberes y derechos que nacen de dicha prestación; la sala advierte, al comparar lo anterior con el fundamento del enriquecimiento sin causa, que el estado evolutivo de las relaciones jurídicamente relevantes entabladas con la administración pública, si bien prevé posibles injustos desequilibrios patrimoniales, ofrece diversas formas de evitar estas situaciones, sin acudir a la teoría del enriquecimiento sin causa”⁶⁴.

64 Ibid.

Tomando en cuenta lo anterior, el alto tribunal consideró que el particular afectado debía soportar la carga de haberse apartado de los mandatos establecidos por la Ley 80 de 1993 y haber realizado sin garantía de respaldo la prestación de los servicios de aseo en la entidad pública, y por ello improbo el acuerdo conciliatorio efectuado.

El Consejo de Estado consideró que al juez contencioso administrativo le corresponde la tarea de evitar el incumplimiento de los mandatos y solemnidades establecidas en la ley para regular lo relacionado con la contratación administrativa y que, con la aplicación de este principio, se otorgaban alicientes a funcionarios públicos y particulares para efectuar conductas contractuales contrarias a estos mandatos.

La tesis de la imposibilidad jurídica de reconocer el enriquecimiento sin causa en materia contencioso administrativa fue sostenida durante un corto periodo de tiempo por el Consejo de Estado. Sin embargo, de forma muy pronta, el nuevo precedente fue corregido. Así, en decisiones del año 2008, el Consejo de Estado determinó que sí resultaba posible reconocer la compensación originada en la prestación de servicios al Estado sin la existencia de un título o contrato administrativo anterior.

En decisión del 1 de octubre de 2008⁶⁵, el Consejo de Estado conoce de la conciliación realizada entre el propietario de un parqueadero en la ciudad de Bogotá y el Fondo de Vigilancia y Seguridad del Distrito, entidad encargada de administrar los recursos de orden distrital necesarios para el funcionamiento de la Policía en la ciudad. Los hechos que originaron esta conciliación se remontan al año de 1993. De acuerdo con la demanda de reparación directa presentada por el afectado, en esa época el Comandante de la Estación de Policía de la Localidad de San Cristóbal le solicitó al propietario del parqueadero que guardara y custodiara por unos días 19 vehículos de propiedad del Fondo de Vigilancia y Seguridad. Pero los vehículos permanecieron por 4 años en el estacionamiento, sin que la situación se regularizara. Al presentar el cobro del servicio prestado, la entidad pública arguyó la imposibilidad de efectuar el pago por la falta de contrato que sustentara el vínculo contractual. En primera instancia, el tribunal administrativo de Cundinamarca accedió a la declaración del enriquecimiento sin causa a favor del demandante. Con base

65 CE, 3, 1 de octubre de 2008, e16849, R. E. Correa.

en esta decisión, las partes celebraron audiencia de conciliación para establecer el monto que le correspondía cancelar a la entidad pública. De esta conciliación conoció el Consejo de Estado en la decisión en comento.

El alto tribunal decidió aprobar la conciliación al establecer que, en el caso concreto, se había configurado el enriquecimiento sin causa a favor del propietario del parqueadero. Sin embargo, vale la pena destacar la intervención del Ministerio Público en la mencionada conciliación, pues el órgano de control la aprovecha para solicitar al Consejo de Estado que replantee la posición establecida en la sentencia del 30 de marzo de 2006. El Ministerio Público plantea esta solicitud al considerar que con esa postura se desconocía el real funcionamiento de las entidades estatales, que estaba muy lejos del desarrollo de una adecuada planeación de los compromisos presupuestales. El órgano de control establece que, por el contrario, en el Estado colombiano es común la ocurrencia de situaciones generadoras de hechos cumplidos y que en muchos casos la responsabilidad por estos casos recaía en los servidores públicos. No resulta equitativo con los particulares que de buena fe prestaban estos servicios que se desconozca esta situación y no se les compense por estos conceptos.

El Consejo de Estado decide acoger lo planteado por el Ministerio Público y no sigue el precedente establecido en la sentencia del 30 de marzo de 2006. A pesar de citar las dos sentencias que señalaban la imposibilidad de reconocer el principio general del derecho en materia contencioso administrativa y de tratar de enmarcar su decisión en esta postura, finalmente decide aprobar el acuerdo conciliatorio con base en la figura del enriquecimiento sin causa, y señala que en el caso concreto se configuraba este principio general.

3.3. la nueva tesis sobre el reconocimiento del enriquecimiento sin causa en materia contencioso administrativa

En decisiones posteriores, el Consejo de Estado fue más claro en la idea que la solución jurídica adecuada para esta clase de controversias era la de admitir el enriquecimiento sin causa en materia contencioso administrativa. Así por ejemplo, en sentencia del 22 de julio de 2009⁶⁶, el Consejo de Estado debió pronunciarse en un caso en el que una entidad que había realizado la interventoría de una obra reclamaba el pago de los servicios prestados por este concepto durante un periodo de tres meses sin respaldo contractual. En este caso, el alto tribunal estableció de forma expresa el nuevo precedente sobre la materia en los siguientes términos:

“Las anteriores razones llevan a la sala a señalar que, el enriquecimiento sin causa puede ser invocado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se den los presupuestos para su configuración, y por consiguiente, la respectiva parte no cuente con una fuente autónoma y definida para reclamar el cumplimiento de una determinada obligación compensatoria. No obstante lo anterior, la sala debe precisar que, en cada caso concreto, el juez de lo contencioso administrativo deberá analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación- en aplicación del principio de proporcionalidad, si aquel merecer efectivamente el reconocimiento compensatorio de la labor ejecutada, así en principio se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual.”

En este orden de ideas, la determinación de la tesis que acepta el reconocimiento del enriquecimiento sin causa no implicó que el Consejo de Estado volviera sin más a sostener la posición acuñada en las decisiones anteriores a la sentencia del 30 de marzo de 2006. Por ello, la posibilidad del reconocimiento del enriquecimiento sin causa debía exigir del juez una actitud vigilante para examinar de forma rigurosa el cumplimiento de todos y cada uno de los elementos que permiten la reclamación de este principio. Este examen debería fijarse de forma especial en la situación fáctica del caso para establecer si, por razones de justicia y equidad, al particular afectado le debía

66 CE 3, 22 de julio de 2009, e35.026, E. Gil Botero.

ser reconocido el monto gracias al cual su patrimonio decreció sin causa para ello, o si por el contrario, la actuación desplegada por el reclamante impedía el que se diera una declaración favorable a sus pretensiones por la forma en la que participó de la desatención de las disposiciones legales sobre contratación administrativa.

Para el caso concreto, el alto tribunal encontró que no resultaba posible reconocer el enriquecimiento sin causa. Lo anterior, por cuanto logró establecer que la realización de los servicios de interventoría sin soporte contractual se efectuó por la negativa del particular de entregar la interventoría de la manera que la entidad pública -INVIAS- lo había solicitado. En efecto, en este caso, la prórroga de la obra que se estaba realizando -una carretera- hacía necesario que también se prorrogara la interventoría. Sin embargo, el demandante alegó que la entidad pública, por intermedio del funcionario encargado, le solicitó de forma verbal que continuaran ejecutando la interventoría de la obra hasta tanto se formalizara la prórroga. La entidad pública aportó pruebas en el proceso para que resultara posible establecer que fue la empresa particular la que solicitó la ampliación del plazo del contrato de interventoría, comprometiéndose a no presentar facturas de cobro hasta no contar con la autorización del instituto. El proceder de la entidad consistió en solicitar la entrega de la interventoría, pero el contratista argumentó que, por la complejidad de la obra demoraría tres meses en realizar esta entrega. En ese lapso se regularizó la situación y el contratista continuó ejerciendo la interventoría con el debido soporte contractual.

El análisis del caso concreto llevó al Consejo de Estado a concluir que no se configuraba el principio de enriquecimiento sin causa, porque si bien se daba el elemento del enriquecimiento de la entidad pública con el correlativo empobrecimiento de la entidad y esta situación carecía de título o causa, no era posible desconocer que la prestación del servicio se había realizado por cuenta y riesgo del particular que ahora reclamaba, en contra de sus propias acciones, el reconocimiento de una situación de la que él no sólo había sido partícipe, sino más bien promotor.

En este orden de ideas, el juicio de ponderación efectuado por el alto tribunal estableció que pesaba más la aplicación del principio de que nadie puede aprovecharse de su propia culpa para sacar ventaja de una situación,

que el principio del enriquecimiento sin causa. Otro caso de características similares, en el que el juicio de ponderación concluyó dándole un menor peso al enriquecimiento sin causa fue la decisión del 18 de febrero de 2010.

3.4 Un caso en el que la ponderación da como resultado la compensación del enriquecimiento sin causa

En decisión del 26 de mayo de 2010⁶⁷, el Consejo de Estado conoce en sede de consulta la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de reparación directa incoado por una agencia de viajes contra el Ministerio de Defensa. En este caso, la agencia de viajes alegó haber suministrado tiquetes aéreos nacionales e internacionales a la entidad, sin soporte contractual, durante los meses de febrero, marzo y abril de 2002. Igualmente informó que los tiquetes fueron solicitados, recibidos y usados por la entidad, pero que esta se rehusó a realizar el pago, pues a pesar de existir disponibilidad presupuestal para ello, el contrato no fue efectuado y perfeccionado, razón por la cual no era posible realizar el pago. En primera instancia, el Tribunal Administrativo accedió al reconocimiento del enriquecimiento sin causa y ordenó la cancelación de la totalidad de la suma reclamada por la agencia de viajes.

El Consejo de Estado modificó parcialmente la decisión tomada por el Tribunal Administrativo al considerar que sí era procedente en el caso concreto el reconocimiento de este principio general, pero que no era posible que se pagara la totalidad de la suma reclamada por la agencia de viajes. Según la decisión, lo que debía pagarse a la agencia era la suma en la que su patrimonio se había empobrecido y no el monto en el que la entidad pública se había enriquecido, que era lo solicitado originalmente en la demanda. La pretensión del demandante contenía no sólo los costos de los tiquetes desembolsados por la agencia, sino adicionalmente el reconocimiento del margen de intermediación en la venta de los tiquetes. Por ello, el Consejo de Estado ordenó descontar la utilidad percibida por la agencia de viajes por la venta de los pasajes, al considerar que el reconocimiento del principio general del derecho en comento no podía ir más allá de una compensación de lo gastado efectivamente por la agencia para incluir las utilidades. Lo anterior, debido a que la naturaleza del enriquecimiento sin causa es la compensación del afectado, mas no su indemnización.

67 CE 3, 26 de mayo de 2010, e29402, G. Agudelo Ordoñez

Para decretar el enriquecimiento sin causa, el alto tribunal estableció la configuración de cada uno de los elementos que caracterizan este principio general del derecho. En relación con la ponderación entre el principio del enriquecimiento sin causa y el principio que pretende evitar que se obtengan ventajas de actuaciones contrarias a la ley, el Consejo de Estado consideró que, para el caso concreto, tenía mayor peso el principio de enriquecimiento sin causa, por cuanto de las pruebas desplegadas del proceso se podía concluir que la agencia de viajes actuó de buena fe. Y esto es así, ya que se logró establecer que fue el Ministerio el que realizó la solicitud de los tickets aéreos y que la agencia contaba con la realización del contrato por existir la disponibilidad presupuestal para formalizar el acuerdo de voluntades.

Pero la doctrina administrativa descrita en esta decisión resulta de sumo interés, pues en ella se crítica de manera plausible y rigurosa la tesis que se niega a reconocer el enriquecimiento sin causa en materia contencioso administrativa. Para realizar estas críticas se establecen, entre otras, las siguientes premisas: (i) Esta tesis es inadecuada, en tanto que se fundamenta en que el particular debe soportar la carga de haberse apartado de los mandatos de la ley. La crítica de esta postura es que, mediante ella, se desnaturaliza este principio general del derecho, pues en los eventos en los que el Código Civil destaca la procedencia de la acción *in rem verso*, existe el desconocimiento de las órdenes de la ley y, aún a pesar de ello, es posible recuperar el monto sobre el que se causó el empobrecimiento del patrimonio. Ejemplo claro de ello es observable en la disposición contenida en el artículo 1741 del Código Civil, que permite la posibilidad de percibir restituciones tras la declaratoria de nulidad de contratos celebrados con incapaces. (ii) La improcedencia del enriquecimiento injusto en materia administrativa conduce a un resultado paradójico en tanto que, en aras de defender las normas de contratación administrativa, se termina sancionando más gravemente a los particulares que no cumplieron con las normas contractuales, que a los servidores públicos que las obviaron propiciando la prestación de servicios sin soporte contractual. Si se tiene en cuenta que son los servidores, y no los particulares, los destinatarios por excelencia de las normas sobre contratación estatal, la negativa en reconocer este principio general del derecho en última instancia favorece el que se sigan presentando estas omisiones por parte de los principales destinatarios de la norma. (iii) La tesis que niega la posibilidad de reconocer el enriquecimiento sin causa en materia contencioso administrativa desconoce el principio de buena fe para partir del presupuesto contrario. Esta presunción hace indistinguibles

los eventos en los que el particular, a pesar de contrariar las normas legales, ubica su accionar de manera congruente con los postulados de la buena fe, de aquellos eventos en los que, claramente, el demandante ha actuado de forma contraria, como, por ejemplo, cuando ejecuta por su cuenta y riesgo servicios que la administración no ha solicitado, o cuando ejecuta a título gratuito una contraprestación y de forma posterior pretende exigir la cancelación económica de lo que había entregado por mera liberalidad.

4. CONCLUSIONES

A pesar de las fuertes y numerosas exigencias que las normas sobre contratación administrativa imponen para la realización de negocios jurídicos en el marco de relaciones comerciales con el Estado, aún es de frecuente ocurrencia el que las entidades estatales contraigan obligaciones con particulares, que a su vez se comprometen a prestar servicios o entregar bienes, sin atender los requisitos y solemnidades que permiten que el contrato nazca a la vida jurídica desde el ámbito del derecho administrativo. Para corregir los desequilibrios que se presenten en estos eventos, se encuentra instituido el principio de enriquecimiento sin causa, que a pesar de provenir de la órbita del derecho privado, también ha sido utilizado por el derecho administrativo cuando, por razones de equidad, es necesario compensar los bienes o servicios prestados.

Sin embargo, la utilización de este principio no ha sido pacífica en materia administrativa. Por un corto periodo de tiempo, el máximo tribunal de la jurisdicción consideró que la aplicación de este principio conducía a la promoción del incumplimiento de la normatividad relacionada con la contratación estatal, al permitir que conductas que se desarrollaran por fuera de estos mandatos pudieran ser compensadas y regularizadas mediante el principio general del enriquecimiento sin causa. De esta forma, esta tesis comprendía que, en un balanceo de intereses representado por la equidad para el caso concreto y el sostenimiento de la eficacia de las normas de contratación estatal, debía privilegiarse este último aspecto y no reconocerse la existencia del enriquecimiento sin causa. Según esta postura, el distanciamiento de los particulares de las prescripciones normativas establecidas por el sistema jurídico para regular las relaciones comerciales con el Estado lo colocaba en una situación de tal alejamiento de conductas leales, que no se encontraba acreditado para reclamar por una conducta de la que fue directamente responsable.

Es indudable que esta tesis es justificable en algún sentido, en tanto que pretende defender un interés nada despreciable: la correcta y eficiente utilización de los recursos públicos. Sin embargo, a la hora de evaluar esta postura, vale la pena mencionar que olvida la naturaleza normativa de los principios y por ello aplica el enriquecimiento sin causa para el derecho

administrativo como si fuera una regla: es decir de la forma todo o nada. La conclusión a la que llega esta tesis es que para ningún caso resulta procedente su configuración.

Sin embargo, la solución adoptada recientemente por el alto tribunal muestra cómo la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa de la forma todo o nada conduce a resultados también lesivos de las normas de contratación administrativa, pero sacrificando en forma desmedida las situaciones concretas en donde, a pesar de que el particular omitió el cumplimiento de las reglas contractuales no puede describirse su actuación como de mala fe o como contraria a la lealtad comercial.

Por ello, el Consejo de Estado ha empezado a hacer énfasis en la condición del enriquecimiento sin causa como principio jurídico y en la necesidad de que el intérprete administrativo ponga énfasis en las circunstancias del caso concreto para resolver estos desequilibrios. Según esta forma de comprender este principio, en ciertos casos se ha de privilegiar la equidad cuando se logre determinar que, a pesar del apartamiento de las normas sobre contratación estatal, resulta viable acceder a la pretensión de compensar a los afectados. O por el contrario, el resultado de la ponderación puede conducir a que se niegue la compensación solicitada, al darle más peso al principio que impide el sacar ventaja de su propio dolo.

Esta solución, además de su grado de corrección, por interpretar en debida forma los principios jurídicos, no impulsa o patrocina el desconocimiento de las normas sobre contratación, pues, en última instancia, les está advirtiendo a los funcionarios públicos que los problemas de ineficiencia en el manejo de los recursos públicos no se solucionan a través de la improvisación y a costa de los bienes y el patrimonio de los interesados en realizar negocios con el Estado, sino mediante la adecuada planeación de la actividad contractual de las entidades públicas.

Pero también se muestra adecuada, porque permite evitar un uso abusivo del principio de enriquecimiento sin causa en el que este se utilice de forma estratégica para solventar situaciones en las que, de forma premeditada y calculada, los particulares se asocian de forma indebida con funcionarios públicos para burlar los postulados y principios de la contratación encaminados a garantizar la objetiva selección de los contratistas del Estado.

Esta interpretación, entonces, facilita que el juez se ubique en un punto intermedio entre dos extremos que le permitirá observar con mayor independencia los distintos intereses y situaciones que se presentan en cada caso concreto, para aplicar la justicia correspondiente al caso particular.

EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN CONDENAS LABORALES

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Héctor Pablo Sandoval, Jhon Jairo Alzate López y Yolanda Obando Montes para el IV Curso de Formación Judicial, Promoción 2009.

1. LA PROHIBICIÓN DE PERCIBIR DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO

Una de las prohibiciones que la Constitución colombiana establece para los servidores públicos se encuentra consagrada en el artículo 128 que prescribe que "*[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas*. Esta norma constitucional tiene varios componentes: (i) un mandato general dirigido a todos los servidores públicos, para impedir que ostenten dos o más empleos públicos o para que se abstengan de tener otra clase de vínculo con el Estado a partir del cual puedan percibir otra asignación solventada con recursos públicos; (ii) la determinación de que la ley puede consagrar algunas excepciones a este mandato general⁶⁸; (iii) la definición de lo que se entiende por tesoro público, con miras a evitar que la prohibición se trasgreda aduciendo que los dineros devengados son pagados por entidades públicas de distinto orden o nivel.

La regla constitucional analizada ha tenido una connotación importante en casos típicos conocidos por la jurisdicción administrativa a instancias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta acción se

68 La ley 4 de 1992 consagra el conjunto de excepciones para esta prohibición constitucional.

utiliza en materia laboral administrativa para solicitar la declaratoria de nulidad de los actos administrativos a través de los cuales la administración da por terminada la vinculación de un servidor público en cualquiera de las modalidades reconocidas por la Constitución para desempeñar un cargo estatal. Así, los empleados de carrera administrativa, los servidores designados por libre nombramiento de las autoridades administrativas o quienes ostentan un cargo de periodo fijo recurren a esta acción cuando consideran que los actos en los que la administración consignó la voluntad de terminar el vínculo laboral deben ser anulados. Esta anulación de los actos administrativos puede sustentarse en la infracción de las normas en que estos deben fundamentarse, por su expedición irregular, o por haber sido motivados falsamente o expedidos con desviación de poder. Pero la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo no solamente regula la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para lograr la anulación de estos actos administrativos. Igualmente, los sujetos activos de esta acción acuden a ella para lograr como efecto de la declaración de nulidad el restablecimiento de los derechos que fueron conculcados mediante la indebida o irregular expedición de un acto administrativo con el cual se da término a una relación laboral con algún órgano o entidad estatal. En este orden de ideas, lo que se busca mediante estas acciones es, que a través del restablecimiento del derecho, se dé continuidad a la relación laboral con el Estado que fue terminada abruptamente por el acto administrativo que se ataca en sede judicial.

Cuando las autoridades judiciales declaran la nulidad de los actos de terminación del vínculo laboral demandados, ordenan el restablecimiento del derecho y acceden al reintegro de la persona afectada por una decisión administrativa contraria al ordenamiento legal. La consecuencia de esta declaración de nulidad también conlleva revertir todos los efectos ocasionados en la desvinculación laboral que impactaron negativamente los intereses y el patrimonio de los empleados afectados con esta clase de decisiones irregulares. Para este fin, los jueces ordenan que la administración reconozca los sueldos y prestaciones sociales que el empleado afectado ha debido percibir durante el término que estuvo desvinculado de la administración como consecuencia del acto administrativo expedido irregularmente y que fue objeto de anulación.

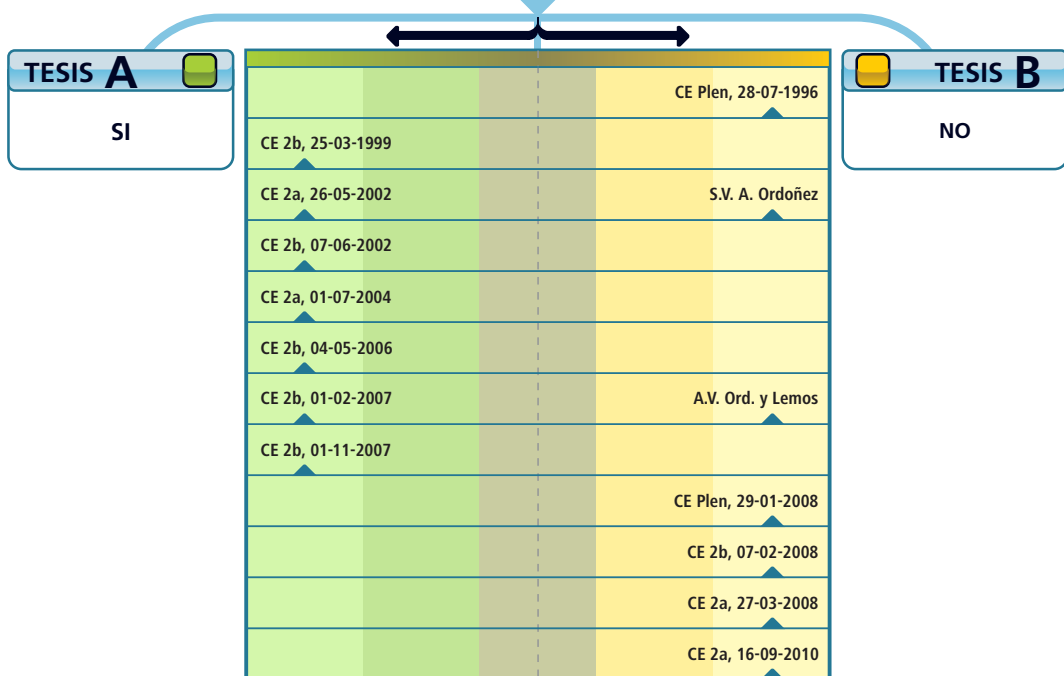
Y es esta orden la que ha presentado dificultades en relación con la disposición del artículo 128 de la Constitución Política colombiana. En

algunas oportunidades, el Consejo de Estado ha considerado que resulta incompatible reconocer la totalidad de los salarios y prestaciones dejadas de percibir mientras el demandante estuvo separado de su cargo. Lo anterior ocurre en los casos en los que el demandante en acción de nulidad y restablecimiento del derecho percibió otras sumas de dinero provenientes del tesoro público por tener un vínculo laboral o contractual con el Estado, mientras estuvo a la espera del resultado de la acción ejercitada. En estos eventos, el Consejo de Estado ha ordenado que se descuente esta cifra de los salarios y prestaciones a los que se condena a la entidad estatal como consecuencia del reintegro.

Por el contrario, en otras oportunidades, ha considerado que estos pagos no se consideran incompatibles y por ello no ha ordenado ninguna clase de descuentos a las condenas laborales, a pesar de que el demandante hubiera percibido salario u otra clase de asignación con cargo a recursos del tesoro público. El Consejo de Estado, entonces, ha dado una respuesta diversa al problema jurídico que se incluye en la siguiente gráfica de análisis jurisprudencial:

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Por afectar la prohibición contenida en el artículo 128 de la C.P., ¿deben realizarse descuentos de la condena impuesta en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho?



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia contencioso administrativa le ha dado dos respuestas jurídicas al problema jurídico planteado. Una primera respuesta es la de ordenar el descuento a la condena impuesta en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho por haber tenido un vínculo laboral o contractual con el Estado durante el término que duró el proceso judicial. De acuerdo con esta tesis, si no se realiza este descuento de la condena laboral se trasgrede la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público. Esta tesis se sostuvo por parte del Consejo de Estado durante el lapso comprendido entre los años 2002 a 2008.

A su vez, esta subregla de decisión tenía implícitas otras consideraciones. La primera es que los mencionados descuentos no se ordenaban de forma uniforme para todos los casos, pues dependía de sus circunstancias específicas. El descuento variaba de acuerdo con las diferencias existentes entre los salarios y prestaciones que caracterizaban el empleo sobre el cual se solicitaba el reintegro, y las sumas de dinero que el actor recibió por sostener un nuevo vínculo con el Estado mientras duraba el proceso judicial.

Así, si el sueldo objeto de restablecimiento era mayor a las sumas percibidas en la nueva relación con el Estado, entonces la orden consistía en ordenar que se descontara la cantidad recibida como consecuencia del nuevo vínculo con el Estado. Por ende, se ordenaba a la administración pagar en la condena laboral únicamente la diferencia entre estas dos sumas. Sin embargo, para el caso de las prestaciones sociales, la orden consistía en evitar que ese descuento desconociera que, durante el término que duró el proceso, los valores de cotización en materia de pensión y otras prestaciones sociales del actor eran menores a los que éste cotizaba en el empleo sobre el cual solicitó el reintegro. Por este motivo, también se ordenaba que la suma pagada por la administración en la condena laboral tuviera en cuenta esta situación para restablecer a plenitud los derechos de los afectados con desvinculaciones contrarias a los mandatos legales.

Por el contrario, si los salarios que debían reconocerse al actor como consecuencia del restablecimiento del derecho eran menores a los

dineros recibidos como consecuencia de una nueva vinculación con el Estado, se consideraba que la administración no debía reconocer ningún valor como consecuencia de la condena laboral. No obstante, si la nueva vinculación con el Estado tenía un origen contractual, se ordenaba el reconocimiento de los valores pagados por el actor por concepto de pagos de seguridad social, así como el pago de las prestaciones sociales que debieron percibirse durante el lapso del proceso. Lo anterior, por cuanto es bien sabido que, en esta clase de vinculaciones, le concierne al contratista el pago de lo correspondiente a salud y pensiones mientras dura la prestación de servicios y que, por ser una vinculación de naturaleza diferente a la relación laboral, no origina en su favor el reconocimiento de prestaciones sociales. Tomando en cuenta lo anterior, a la administración le correspondía en virtud de la condena laboral pagar estas sumas, para lograr de forma íntegra el restablecimiento del derecho.

Sin embargo, en la actualidad, el Consejo de Estado sostiene una tesis distinta a partir de la cual no es procedente el descuento de la condena laboral en ninguno de los eventos mencionados. Esta postura se fundamenta en la idea de que el restablecimiento del derecho, a través del reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir en el cargo respecto del cual se solicita el reintegro, no es incompatible con recursos provenientes de un nuevo vínculo con el Estado. La razón de lo anterior es que la naturaleza del primer grupo de recursos no puede considerarse como una asignación proveniente del tesoro público, sino como una indemnización. De esta forma, no se afecta el mandato establecido en el artículo 128 de la C.P. en el sentido de percibir doble asignación del tesoro público por tener un carácter y naturaleza distinta los dos tipos de pagos. Esta tesis es defendida por el Consejo de Estado desde el año 2008 hasta la fecha actual. Sin embargo, vale la pena mencionar que durante la década de los noventa el Consejo de Estado también sostenía esta postura y, por ende, no realizaba ningún descuento a las condenas laborales con base en estos hechos.

A continuación, se clasificará en tres lapsos temporales la jurisprudencia sostenida por el Consejo de Estado, para analizar con mayor profundidad el desarrollo de esta línea jurisprudencial y para esclarecer los argumentos esgrimidos por el órgano jurisdiccional para sostener o no la procedencia de los descuentos en condenas laborales.

3.1. La jurisprudencia de la década de los 90's: no proceden los descuentos en la condena laboral

Como sentencias fundantes de esta línea jurisprudencial pueden rastrearse decisiones de la década de los 90's. En estas decisiones, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el descuento en las condenas laborales por la existencia de una nueva vinculación con el Estado durante el término de duración de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Consejo de Estado consideró que en estas circunstancias no resultaba procedente ninguna clase de descuento de la condena laboral. En efecto, en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 28 de Julio de 1996, el alto tribunal conoció de un caso en el que se declaró insubsistente una empleada que gozaba de fuero de maternidad. En esta decisión, el alto tribunal consideró que el “[p]ago de salarios y prestaciones dejados de percibir que ordena una sentencia, tiene carácter indemnizatorio ya que busca reparar el perjuicio que irrogó el acto declarado nulo; por ende, no se subsumen en la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Carta Política”⁶⁹.

Igualmente, esta subregla fue reiterada en decisión del 25 de marzo de 1999. En este caso, la Sección Segunda del Consejo de Estado conoció la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de un empleado de carrera de la Gobernación de Risaralda. El actor reclamó la supresión ilegal de su cargo. Alegó que, una vez se dio término al vínculo laboral en el que se desempeñaba como ingeniero, la administración departamental procedió a contratar en prestación de servicios a otras personas para realizar las mismas funciones que el cumplía en la entidad. Estas funciones se circunscribían a la realización de interventorías de obra pública en la Secretaría del Obras del Departamento. En el caso concreto, el alto tribunal encontró que los testimonios recaudados en la entidad permitían inferir que las afirmaciones realizadas en la demanda eran ciertas y que por ello, a pesar de que el gobernador tuviera competencia para suprimir los cargos, no resultaba justificada la supresión del cargo del accionante. Por esta razón, declaró la nulidad parcial del decreto mediante el cual se suprimía el cargo y ordenó el reintegro del demandante. Además, el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir mientras se interrumpió la relación laboral por cuenta del decreto anulado.

69 CE Plena, 28 de Jul. de 1996, S-638, C. Orjuela Góngora.

En relación con el descuento en la condena laboral, el alto tribunal reiteró la subregla establecida en la decisión del 28 de julio de 1996, al determinar que no resultaba procedente realizar ninguna clase de descuento a la condena laboral en tanto que no se afectaba la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público. Consideró que el artículo constitucional dispone la imposibilidad de recibir simultáneamente doble asignación proveniente de recursos públicos. Con base en lo anterior, determinó que el favorecido con la condena laboral no estaría trasgrediendo esta prohibición “pues no podría llegarse al extremo de tener la declaración de que no existe solución de continuidad, que es una mera ficción, con el mismo alcance y contenido de la prestación real y efectiva del servicio en un cargo. La ficción no es más que una apariencia de realidad, aunque con efectos jurídicos, que se utiliza como se dijo atrás para poder aplicar una equivalencia en lo que hace con la determinación y tasación de los elementos que integran el restablecimiento del derecho”.⁷⁰

3.2. El cambio jurisprudencial del año 2002

Resulta válido predicar de la disciplina jurídica que no es estática y que diversos factores influyen en que las decisiones de los jueces varíen y que, por ello, sus interpretaciones no permanezcan pétreas o inmutables. Esta afirmación se ajusta a esta línea jurisprudencial, debido a que el Consejo de Estado, a partir del año 2002, varió su postura en relación con los descuentos en las condenas laborales. A continuación se describen los hitos que definieron este cambio jurisprudencial.

En sentencia del 26 de mayo de 2002⁷¹, la Sección Segunda conoció de un caso en el que se solicitaba la nulidad de la resolución mediante la cual se declaró insubsistente a un empleado de la Empresa Licorera de Cauca. La razón en la que el actor fundamentó su solicitud consistió en alegar que había sido declarado insubsistente por no pertenecer a la misma corriente política a la que pertenecía el gerente de la entidad. Recalcó que fue requerido por el gerente para que asistiera a reuniones de raigambre política. Posteriormente, estableció que no asistió a las mencionadas reuniones y que envió un oficio al gerente manifestando su desacuerdo con esta situación. Tres días después de haber hecho entrega de la mencionada comunicación fue declarado insubsistente. En

70 CE 2B, 25 de mar. de 1999, e 2667-98, C. Orjuela Góngora.

71 CE 2A 26 de may. de 2002, e1659-01, A. Margarita Olaya.

primera instancia, el Tribunal Administrativo del Cauca otorgó la razón al demandante y por ende ordenó el reintegro del actor al cargo que ocupaba en el establecimiento público. Empero, el Tribunal Administrativo ordenó descontar de la condena las sumas correspondientes a nuevos vínculos con el Estado que el actor sostuvo durante el término que duró el proceso. Ante este aspecto de la decisión, el actor apeló la sentencia de primera instancia en relación con la orden de descuento de la condena laboral. En su apelación, el demandante reclamaba la falta de sujeción del Tribunal Administrativo a la sentencia proferida por la sala plena del alto tribunal en decisión del 28 de julio de 1996.

La Sección Segunda del Consejo de Estado decidió variar el precedente adoptado por la Sala Plena y respaldó la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Cauca. La sección justificó el cambio jurisprudencial haciendo uso de los siguientes argumentos: (i) La finalidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se basa en la posibilidad de restablecer el derecho de un titular afectado por una decisión contraria al orden jurídico. Para cumplir con este propósito, se retrotrae la situación al estadio anterior en el cual el actor ejercitaba plenamente su derecho, creándose la ficción jurídica de que el servidor público no fue retirado en ningún momento del servicio. Esta ficción jurídica es la que justifica el que el empleado reciba los salarios y prestaciones que debió haber percibido hasta que el juez dio la orden de reintegro. (ii) La naturaleza de estas sumas, entonces, es la de restablecer el derecho y no la de compensarlo. Por ello no puede entenderse que la condena laboral tenga un carácter indemnizatorio. Para que estos dineros se comprendan como indemnización, el ordenamiento jurídico prevé la necesidad de que el actor pruebe la ocurrencia del daño con miras a intentar por vía judicial su reparación. (iii) En los casos prefijados en el artículo 85 del C.C.A. no se busca la demostración de perjuicios causados como consecuencia del acto ilegalmente promulgado por la administración, sino la declaración de que no existió solución de continuidad en la relación laboral que fue terminada de forma indebida. (iv) Al no tener un carácter indemnizatorio, estas sumas tienen la naturaleza de ser una asignación del tesoro público proveniente del desarrollo de unas actividades que, por la ficción jurídica derivada de la anulación del acto administrativo, deben entenderse como causadas. Siendo esto así, le corresponde a la administración el pago de los salarios y prestaciones resultantes de este vínculo laboral. (v) Por este motivo, resulta necesario realizar descuentos en las condenas laborales, pues la Constitución en su artículo 128 establece

la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público. (vi) Los jueces de la República están autorizados para realizar estos descuentos con miras a defender el texto y las disposiciones de la Constitución política. (vii) El reconocimiento de esta doble asignación no sólo desconoce el texto constitucional sino que adicionalmente contraría el principio de enriquecimiento sin causa⁷².

Pero este cambio jurisprudencial, que en los términos de la sentencia se denominó como "*rectificación del criterio jurisprudencial*" sostenido por la corporación, no tuvo el pleno respaldo de los integrantes de la sección. El magistrado Alejandro Ordoñez salvó el voto, por considerar que no resultaba procedente el descuento en la condena laboral. El magistrado justificó su disidencia de la decisión de la mayoría, con los siguientes argumentos: (i) No puede negarse el carácter indemnizatorio de la condena laboral, por cuanto los servicios en realidad no fueron prestados por el empleado público en favor del cual se ordena la condena. (ii) La naturaleza jurídica del concepto de asignación consiste en la contraprestación en dinero de los servicios efectivamente prestados por el servidor. Como estos servicios no se prestaron en la realidad, no resulta razonable aducir que se trasgrede la prohibición de percibir doble asignación. La condena laboral no puede enmarcarse dentro del concepto de asignación, ya que nunca ocurrió el desarrollo de función alguna por parte del servidor público. (iii) Esta postura jurisprudencial deja sin sanción el actuar de la administración que profirió actos de desvinculación de forma irregular.

El nuevo precedente fue reiterado en decisión del 7 de Junio de 2002, pero incluyó una precisión a efectos de poner en práctica la subregla acogida en la sentencia del 26 de mayo del mismo año. En esta sentencia, se solicitaba la nulidad y restablecimiento del derecho de un empleado de la DIAN que fue destituido como consecuencia de un proceso disciplinario. El cargo de anulación se sustentaba en el hecho de la trasgresión del principio de imparcialidad y debido proceso en el proceso disciplinario. De acuerdo con la demanda, para la adopción de la sanción de destitución, se requería el concepto previo de la comisión de personal de la entidad. Un directivo de la entidad pre-conceptuó sobre el caso en la mencionada comisión, y luego, en su calidad de jefe de la entidad, profirió la sanción, lo que desconoció el

72 Esta sentencia y otras que posteriormente acogieron esta tesis sostuvieron este argumento pero no lo desarrollaron. Es decir, no confrontaron los distintos elementos de la teoría del enriquecimiento sin causa para establecer si este se configuraba en favor del demandante en nulidad y restablecimiento del derecho.

mencionado principio. El Consejo de Estado dio la razón al demandante y ordenó la nulidad de la resolución que ordenaba la destitución del funcionario. Por ende, ordenó su reintegro al cargo desempeñado sin solución de continuidad. Pero para dar aplicación al descuento en la condena laboral ordenada, el alto tribunal manifestó que la “[P]arte actora deberá presentar a la Entidad Demanda una declaración jurada sobre si estuvo o no vinculada, durante el tiempo contado desde su retiro del servicio a que se contrae este proceso y la fecha de la reclamación de cumplimiento del fallo, con alguna Institución cuyos ingresos deriven del tesoro público; en caso afirmativo, deberá anexar las constancias de la vinculación y retribuciones percibidas por todo concepto, para los efectos de esta providencia; todo lo anterior para evitar la violación de la norma constitucional que prohíbe la percepción de más de una erogación a cargo del tesoro público, salvo los casos de excepción legal.”

Con esta adición al precedente, se aclaraba el procedimiento que debía seguirse a partir de ese momento para realizar los descuentos en las condenas laborales. Pero, en esta decisión, también se complementó la postura, al señalar la manera como debían realizarse estos descuentos, lo que dependía de si los salarios reconocidos a raíz de la condena eran inferiores o superiores a los devengados por el actor. También se complementó el precedente en el sentido de establecer que el descuento en la condena laboral resultaba procedente, incluso si durante el término del proceso se había tenido un vínculo contractual con el Estado.

3.3. El precedente se respeta, pero no se comparte

El precedente fijado en estas decisiones fue seguido de forma pacífica en decisión del 1 de Julio de 2004⁷³. Sin embargo, en decisiones posteriores, en constancias redactadas en la parte final del fallo de forma anterior al resuelve o en aclaraciones de voto, algunos magistrados empezaron a expresar los desacuerdos existentes al interior de la Sección Segunda, en relación con el descuento de las condenas laborales. La sentencia del 4 de mayo de 2006⁷⁴, la sentencia del 1 de febrero de 2007 o la sentencia del 1 de noviembre de 2007⁷⁵, entre otras, son una muestra de la forma como

73 CE 2A 1 de Julio. de 2004, e1583-03, A. Margarita Olaya.

74 CE 2B 4 de mayo de 2006, e2289-05, J.M Lemos Bustamante.

75 CE, 2B, 1 de Nov. de 2007, e4249-04, J.M. Lemos Bustamante.

los magistrados expresaban su oposición al precedente, pero ordenaban el descuento por respetar la decisión de la mayoría de la sala consignada en las sentencias de 2002.

Para fundamentar este desacuerdo, se reforzaba la idea de que no se debía realizar los descuentos en la condena laboral por el carácter indemnizatorio de la misma. Estas aclaraciones también determinaban que no se compartía la decisión de la mayoría de la sección por razones de índole orgánico. Lo anterior, por cuanto las decisiones en las que se adoptó el nuevo precedente eran de la Sección Segunda, y una decisión de una sección no tenía la entidad suficiente para modificar decisiones de la Sala Plena como la de la sentencia del 28 de julio de 1996, en la que se respaldaba la improcedencia del descuento en la condena laboral. La fuerza de esta oposición fue tan fuerte y constante, que el asunto fue llevado nuevamente a Sala Plena con el resultado que enseguida se analiza.

3.4. Una nueva regla de decisión: no se debe realizar descuento en la condena laboral

La división al interior de la Sección Segunda y el cambio de algunos de los integrantes de la corporación obligó a que la Sala Plena retomara la discusión relacionada con los descuentos en la condena laboral. Por ende, en sentencia del 29 de enero de 2008, el Consejo de Estado reasumió la postura de acuerdo con la cual no se debían realizar los descuentos.

Este pronunciamiento se originó por la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por una servidora de carrera de la Contraloría General de la República. El fundamento de esta solicitud consistía en que el organismo dio término a su vínculo laboral por supresión del cargo. En la nueva planta de personal creó cargos equivalentes al desempeñado por la accionante, pero la administración incorporó en estos nuevos cargos a personas con menor derecho que la demandante. En efecto, algunos de los reincorporados a la nueva planta de personal no eran funcionarios de carrera, sino en provisionalidad. Otros no cumplían con los requisitos establecidos en el cargo. Con base en estos argumentos, la accionante solicitó la nulidad de los actos administrativos que consagraban la nueva estructura del órgano de control y demandó el restablecimiento de sus derechos de carrera.

Luego de un riguroso análisis del proceso de reestructuración efectuado por la Contraloría General de la República para la conformación de la nueva planta de personal, el Consejo de Estado consideró que le asistía la razón a la demandante y que efectivamente ella gozaba de un mejor derecho para integrar la nueva planta de personal, que los servidores efectivamente incorporados. Con base en lo anterior, confirmó la nulidad de los actos administrativos demandados que había sido declarada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Empero, decidió modificar lo decidido por el tribunal en un aspecto: el descuento en la condena laboral. La Sala Plena recogió la tesis expuesta por la Sección Segunda durante el periodo comprendido entre los años de 2002 a 2007, para volver a la tesis inicial de conformidad con la cual no se deben realizar esta clase de descuentos. El alto tribunal sostuvo la improcedencia de los descuentos en la condena laboral, ya que en estos casos no se afecta la prohibición de percibir de forma simultánea doble asignación del tesoro público. Para sostener esta tesis, el Consejo de Estado toma en consideración tres argumentos que se habían sostenido por los magistrados disidentes en salvamentos o aclaraciones de voto⁷⁶, pero los complementa para fundamentar en mejor forma la nueva postura.

El primero de estos argumentos, que puede calificarse como diferenciador, busca enfatizar la naturaleza indemnizatoria de la condena laboral resultante del restablecimiento del derecho. De acuerdo con lo anterior, el descuento en la condena laboral no procede, porque la existencia de un nuevo vínculo con el Estado durante el término que duró el proceso hace que el demandante tenga derecho a percibir unos salarios u honorarios como consecuencia de la prestación de esos servicios. Así, la causa de estos dineros es la existencia de una relación laboral, mientras que la causa de la condena laboral es la compensación, a manera de indemnización, de los dineros que no pudo devengar como consecuencia de la irregular expedición del acto de

76 El único de los argumentos de las aclaraciones de voto que no se recoge por la Sala Plena, es un argumento bien claro y de orden pragmático sostenido en la aclaración de la sentencia del 1 de febrero de 2007 elaborada por los Magistrados Ordoñez y Lemos. Este argumento tiene que ver con la imposibilidad de enmarcar la condena laboral como una asignación del tesoro público en tanto que las entidades públicas, en términos presupuestales, pagan estas condenas con cargo al rubro *cumplimiento de sentencias* y no con cargo al rubro de *gastos de funcionamiento*. De este último rubro es que se pagan las asignaciones de las que trata el artículo 128 de la C.P.

desvinculación. Siendo diferentes las causas por las cuales se originan estos dineros provenientes del tesoro público, ellos no resultan incompatibles entre sí.

El segundo de estos argumentos se puede calificar como consecuencialista. A través de él, el Consejo de Estado llama la atención acerca de las consecuencias de los descuentos en la condena laboral. Estas consecuencias, paradójicamente, terminan desfavoreciendo al empleado -que es la parte que resulta ganadora en el proceso- y no a la administración, que por haber actuado de forma contraria a las disposiciones legales fue la que resultó vencedora. El alto tribunal apunta a señalar que a través del descuento se le obligaría al accionante a permanecer sin empleo, si quiere recibir la condena laboral. O lo que es peor, en lugar de sacar del patrimonio de la administración lo correspondiente a estos pagos, terminan descontándose estos dineros del patrimonio del empleado. Y si se toma en consideración que estos dineros ingresaron a este patrimonio de forma legítima, pues el empleado desempeñó de forma efectiva unos servicios en otra entidad del Estado mientras duró el proceso, no se encuentra justificación para disminuir en favor de la administración el patrimonio del servidor a través del descuento en la condena laboral.

El último de los argumentos puede calificarse como semántico. El alto tribunal considera que, técnicamente, la condena laboral no puede considerarse como una asignación del tesoro público. Primero, porque es una indemnización que repara el daño causado con la desvinculación. Segundo, porque el concepto de asignación debe comprenderse como la contraprestación de unos servicios prestados en favor de las entidades del Estado, y en el caso de la condena laboral el servicio no se prestó por la decisión ilegal de la administración.

Este precedente se ha seguido de forma disciplinada por el órgano judicial en decisiones posteriores como la sentencia del 7 de febrero de 2008⁷⁷, la sentencia del 27 de marzo de 2008⁷⁸ y la sentencia del 16 de septiembre de 2010⁷⁹. En esta última decisión, la Sección Segunda conoce de una tutela en la que se invoca el desconocimiento del derecho a la igualdad, en tanto que el Tribunal Administrativo de Boyacá se alejó del precedente establecido en la sentencia del 28 de enero de 2008, y realizó el descuento en la condena

77 CE 2B, 7 de feb. de 2008, e 4104-05, J.M. Lemos Bustamante.

78 CE 2A, 27 de mar. de 2008, e8239-05, G. Gómez Aranguren..

79 CE 2A, 16 de sep. de 2010, r11001-03-15-000-2010-00830-00, G. Gómez Aranguren.

laboral declarada en favor de un servidor reintegrado a un cargo público en el instituto de tránsito de este departamento.

La Sección Segunda decide conceder la tutela y enfatiza en el acatamiento que los órganos de menor jerarquía de la jurisdicción deben tener sobre las decisiones establecidas, no sólo por las secciones del Consejo de Estado, sino por la Sala Plena de la corporación. Establece la decisión cómo, de conformidad con los preceptos de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, a la Sala Plena del Consejo de Estado le corresponde conocer *“de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar la Jurisprudencia de la Corporación”*. Con base en estas normas, la decisión establece la necesidad de que todos los órganos de la jurisdicción sigan los precedentes determinados de forma vertical por la Sala Plena del Consejo de Estado⁸⁰. Tomando en consideración que la decisión del 28 de enero del 2008, mediante la cual se acogió la tesis de la imposibilidad de realizar descuentos en las condenas laborales, fue adoptada por la Sala Plena de la corporación, la tutela se resolvió en favor del accionante por desconocimiento del tribunal administrativo del precedente establecido sobre la materia. Por ello, se declaró sin efectos el numeral de la sentencia del tribunal que ordenaba el descuento en la condena laboral. En esta decisión de tutela, de forma adicional, se esgrime un argumento que no se había expresado para reforzar la tesis de acuerdo con la cual los descuentos en la condena laboral no resultan procedentes. Este argumento se esbozó por el alto tribunal en los siguientes términos:

“Es evidente que en el campo del Derecho, no caben las soluciones paradigmáticas e inmodificables, por lo que desde luego será plausible, la profundización acerca de si ocurre o no la mentada incompati-

80 Señala en la decisión en comentario el alto tribunal: “ Lo hasta aquí señalado constituye razón para que esta Sala defina de manera asertiva, que las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, tienen una proximidad casi inescindible con el artículo 230 de la Carta Política, en cuanto diseña la arquitectura de la independencia judicial, condicionada al respeto de la ley, que por supuesto, resultaría menguada si se desconoce que la ley - entendida en su sentido material, norma parlamentaria y norma constituyente -, le impone al Juez tener en cuenta primero, la organización judicial y segundo, la naturaleza jurídica de las decisiones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme lo ordena el artículo 237-2 de la Carta Fundamental .Lo anterior es tan claro, que la modificación de las decisiones tomadas en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, solo pueden ser rectificadas por este mismo órgano, e indiscutiblemente vinculan también a las Secciones del Consejo a quienes obliga su observancia, con mayor razón estarán obligados a ella, los Tribunales Contencioso Administrativos y los Jueces Administrativos, y por encima de todo, la Administración Pública del Estado”.

bilidad, pero claro, esa discusión tendrá que ser en otros espacios del orden jurídico, quizá en la doctrina, en el foro o probablemente en el mismo seno de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; por ahora, los ciudadanos y la Administración Pública debemos atenernos a que los atentados contra los derechos laborales en Función Pública poseen los efectos advertidos en la sentencia de referencia, y en esa dimensión, las dificultades financieras de las Entidades Públicas presuntamente originadas en decisiones judiciales de control Contencioso, en estricto sentido, son responsabilidad de administradores indolentes con el orden jurídico y los derechos de las personas, por lo que en modo alguno, puede atribuirse al Poder Judicial la causa de una crisis financiera que tiene su génesis en el propio descontrol en que suele ocurrir el desenvolvimiento de la Función Administrativa”⁸¹.

Esta consideración de la decisión judicial permite señalar que la tesis sostenida por el Consejo de Estado durante el lapso comprendido entre 2002 a 2007 se configuró como una respuesta de la magistratura a las críticas que desde diversos foros se habían venido realizando en torno a las altas sumas que comprenden el pasivo contingente de las entidades de la administración. Estas críticas se centran en establecer que el pago de sumas de dinero como consecuencia de condenas judiciales implica, en últimas, que los recursos públicos no sean usados para las finalidades de atender las necesidades de los ciudadanos. Sin embargo, de acuerdo con esta reflexión, estas críticas no se le pueden endilgar a la jurisdicción contencioso administrativa, sino a la realización de indebidos e irregulares actos al interior de la misma administración, que debe ser la primera llamada a establecer los correctivos para solucionar estas dificultades.

81 CE 2A, 16 de sep. de 2010, r11001-03-15-000-2010-00830-00, G. Gómez Aranguren

4. CONCLUSIONES

La línea jurisprudencial analizada permite extraer conclusiones y establecer reflexiones de distinto orden. Una primera conclusión tiene que ver con que, en la actualidad, no es posible realizar descuentos de la condena laboral en aquellos casos en los que quien está a la espera del resultado de un proceso judicial percibe durante este término sumas de dinero por tener otro vínculo laboral o contractual con el Estado. Según esta postura, la condena laboral y las asignaciones correspondientes a una nueva relación con el Estado no resultan incompatibles, al no afectar la prohibición consagrada en el artículo 128 de la C.P., que se encuentra dirigida a evitar que se perciba más de una asignación del tesoro público. No se trasgrede esta prohibición, en virtud de que la condena laboral no puede considerarse como una asignación. Lo anterior, por cuanto a pesar de lo que se declara en virtud de la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho, el reconocimiento de los salarios y prestaciones no se efectúa como contraprestación al desempeño de servicios en favor del Estado, sino como una forma de indemnizar a un servidor público por la desvinculación ilegal de la que fue objeto.

Una segunda conclusión de interés en este caso tiene que ver con la función desempeñada por los salvamentos y aclaraciones de voto para permitir la evolución y transformación de la jurisprudencia. En esta línea jurisprudencial se evidenció cómo la consignación de la postura disidente jugó un papel crucial para el cambio jurisprudencial. En efecto, el precedente vigente sobre la materia termina acogiendo los argumentos que en algún momento fueron adoptados por la minoría de los integrantes de la Sección Segunda, que a pesar de ordenar el descuento en las condenas laborales, señalaban su desacuerdo con esta postura.

Los cambios jurisprudenciales se critican por poner en evidencia la falta de coherencia del intérprete judicial en la aplicación de las disposiciones normativas o en la valoración de los hechos. En este caso concreto, se destaca que el cambio jurisprudencial de una postura que establecía la procedencia de la orden de descuento a la condena laboral a la tesis contraria no puede criticarse por estos motivos. En efecto, el cambio jurisprudencial

en este caso obedeció a la nueva conformación de la Sección Segunda. El cambio de algunos de los magistrados como la magistrada Olaya o el magistrado Cáceres, que defendían la tesis del descuento, por nuevos magistrados, permitió que se realizara una nueva discusión en la corporación para la solución de los casos relacionados con condenas laborales. Así, la postura que defendía la improcedencia del descuento en la condena laboral logró aportar suficientes razones para persuadir a los nuevos miembros de la corporación de la necesidad de realizar un cambio de la jurisprudencia sobre el tema. Este caso concreto demuestra la utilidad de la argumentación judicial como mecanismo dinamizador del Derecho.

Una última reflexión que vale la pena realizar en relación con esta línea jurisprudencial tiene que ver con las consideraciones establecidas por el Consejo de Estado en la sentencia del 16 de septiembre de 2010. Estas consideraciones apuntan a la imposibilidad de responsabilizar a los pronunciamientos judiciales de contribuir con el déficit presupuestal de las entidades de la administración. En este caso concreto, sí que se puede manifestar que más que la adopción de posturas irreflexivas o demasiado garantistas por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que subyace en las condenas laborales analizadas es la realización de prácticas contrarias al ordenamiento legal y constitucional por parte de los representantes de las autoridades administrativas. Así, se observan, por ejemplo, supresiones de cargos efectuadas sin el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en las leyes o desvinculaciones indebidas a personas protegidas con fueros consagrados en la Constitución como el fuero de estabilidad de las mujeres gestantes. Luego, la solución a los problemas fiscales del Estado para esta clase de casos no se halla en la indiferencia de la jurisdicción en relación con la afectación de los derechos de los servidores públicos, sino en la generación de verdaderas políticas de prevención del daño por parte de las entidades de la administración para que no se presenten esta clase de reclamaciones.

CONDICIONES PARA LA IMPOSICIÓN Y PAGO DE MULTAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por
Sandra Patricia Pinto Leguizamón para el IV Curso de
Formación Judicial, Promoción 2009.

1. LOS INTERESES CONTRAPUESTOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Las normas sobre contratación estatal pretenden encontrar un equilibrio entre la estricta protección de los dineros públicos para evitar su manejo o administración inadecuada y la creación de mecanismos flexibles y ágiles en la solución de las controversias y dificultades que se presentan en la realización de obras, la contratación de bienes o la prestación de servicios en favor del Estado.

La búsqueda de este balance ha incidido en la constante transformación de las normas de contratación estatal en los últimos años. Estos cambios han surgido por la necesidad de generar verdaderos estatutos que incorporen las distintas normas que regulan las relaciones contractuales con el Estado. También, han sido el producto de intensas discusiones doctrinales y jurisprudenciales en las que se exige una sintonía adecuada de los contratos estatales con las relaciones comerciales del mundo actual. Por ello, algunas de las modificaciones introducidas a las normas contractuales persiguen que no se establezcan formulaciones muy rígidas que disuadan a los particulares de iniciar una relación contractual con el Estado. Esta rigidez de las normas impone enormes trabas en estas relaciones, por la lentitud en los tiempos para la toma de decisiones por parte de la administración, la multiplicidad de trámites en las diversas etapas del contrato o la dificultad de dar solución oportuna a los problemas en la ejecución que conducen al desequilibrio económico

del contrato⁸². Pero a su vez, la legislación ha buscado que estos cambios no pasen al extremo de la plasticidad que generalmente permea las relaciones contractuales entre particulares, por la especialísima naturaleza del contrato estatal, que más que la búsqueda de la ganancia o de un beneficio para las partes, requiere de la prestación de servicios y la provisión de bienes necesarios para el desarrollo social.

En la búsqueda de este equilibrio, las normas sobre contratación estatal han empezado a destacar la importancia de incluir la autonomía de la voluntad de las partes del contrato como criterio orientador de las relaciones contractuales con el Estado. Pero al mismo tiempo, regulaciones como el Decreto 222 de 1983 y posteriormente la Ley 80 de 1993 han incorporado un conjunto de cláusulas denominadas como exorbitantes o como potestades excepcionales, cuya finalidad principal es la de permitir a la administración el control y adecuada vigilancia de la marcha del contrato estatal. De acuerdo con la doctrina administrativa, estas cláusulas se justifican por “[e]l hecho de que el Estado no puede prescindir de su poder público, aún en las relaciones contractuales y si no impone como poder el contrato, impone al que quiere contratar con él, condiciones que dejan a salvo este poder”⁸³. Por ello, ante el primer indicio de incumplimiento por parte del contratista, las leyes de contratación administrativa han permitido que las autoridades administrativas hagan uso de variados mecanismos para corregir esta clase de situaciones y lograr el cumplimiento del contrato.

Una de estas prerrogativas que denotan la especial situación de poder en la que se encuentra la administración en las relaciones contractuales tiene que ver con la imposición de multas que apremien el cumplimiento de las obras o servicios pactados por el contratista. Este instrumento ha presentado una dificultad interesante, en tanto que las sucesivas normas de contratación

82 Ejemplo de estos cambios se notan, por ejemplo, en la regulación del Decreto 222 de 1983 en el que se estableció que el control ejercido por la Contraloría General de la República fuera posterior y selectivo y no previo y generalizado, tal y como lo contemplaba el Decreto 925 de 1976 y que, como es de suponerse, incidía gravemente en la demora en los tiempos contractuales. En esta frecuencia igualmente se pueden ubicar modificaciones posteriores incluidas en la Ley 80 de 1983 en la que se dejó un amplio margen para que las partes del contrato puedan definir la forma de solucionar los inconvenientes que se presenten durante el trámite de los contratos, incluida la incorporación de cláusulas compromisorias para acudir a mecanismos alternativos de solución de las controversias contractuales.

83 Marienhoff Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. TOMO III. Página 78.

estatal no le han dado continuidad y claridad a su regulación. Esta situación ha incidido en que sea la jurisprudencia la que haya tenido que establecer los contornos de la figura de la multa dentro del contrato estatal.

Las multas se consagraron como una de las cláusulas exorbitantes contenidas el Decreto 222 de 1983 para asegurar el adecuado funcionamiento de las relaciones contractuales entabladas con particulares. Las multas se regularon en su artículo 71:

Art. 71: En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra. Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

El artículo 64 establecía un mínimo de debido proceso para la imposición de estas multas: (i) el acto debía imponerse por el jefe de la entidad contratante; (ii) el acto administrativo que decretaba la multa debía encontrarse debidamente motivado; (iii) el acto se debía notificar personalmente o en su defecto mediante aviso de prensa; (iii) se podía reponer en un término de 10 días.

Si se analiza esta figura, deben concluirse varias cosas importantes. La primera es que en la celebración de contratos entre particulares no resulta extraña o excepcional la incorporación de multas para apremiar el cumplimiento de las obligaciones de las partes del contrato. Luego, en este sentido, no se puede predicar que esta prerrogativa se considere como una cláusula exorbitante en favor de la administración. El sentido de poder excepcional de dirección y control del contrato por parte de la administración se encuentra en dos aspectos de la mencionada disposición: (i) la multa sólo podía imponerse por la entidad contratante en contra del contratista y (ii) la multa debía imponerse de forma unilateral, mediante un acto administrativo debidamente motivado. En este orden de ideas, la administración se encontraba autorizada por la ley para lograr el cumplimiento de las obligaciones contractuales mediante la expedición de actos administrativos proferidos por ella misma, en los que se tasaba hasta los perjuicios que se le causaban a la entidad pública, sin que fuera necesario acudir al juez del contrato para su imposición.

Pero con la derogación del Decreto 222 de 1983 por parte de la Ley 80 de 1993, lo relacionado con la imposición de las multas en el contrato estatal perdió su claridad. Esto es así, por cuanto la Ley 80 de 1993, si bien mencionó en algunas disposiciones lo concerniente a las multas, no estableció que ellas fueran una potestad excepcional de la administración para el manejo y control del contrato estatal. En efecto, las potestades excepcionales fueron incluidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Este texto normativo estableció un listado de medios a disposición de las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, entre los cuales incluyó: (i) la interpretación unilateral del contrato, (ii) la modificación unilateral del contrato, (iii) la terminación unilateral del contrato y (iv) la caducidad. Así mismo, la norma estableció que estos mecanismos podían ejercitarse mediante acto administrativo y señaló ciertos requisitos del debido proceso en los que debería enmarcarse el actuar de la administración para su expedición⁸⁴. Sin embargo, la

84. Artículo 14: LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1°. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2°. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2°. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

PARAGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el

norma guardó silencio frente a la posibilidad de que la administración pudiera interponer multas de forma unilateral como una potestad excepcional para el control del curso de las obligaciones contractuales. Lo relacionado con las multas, incluida su interposición unilateral, suscitó un problema jurídico que la jurisprudencia del Consejo de Estado resolvió de distintas maneras, tal y como se observa en el siguiente gráfico de análisis jurisprudencial.

numeral 2º. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿La interposición unilateral de multas por la administración y otros asuntos relacionados con ellas deben estar expresamente autorizados por la Ley?

TESIS A
Sí requiere expresa autorización legal.

CE, S 16-12-1994				
			CE 3, 04-06-1998	
			CE, 18-03-2004	
CE, 20-10-2005				
A 17, L 1150/2007				
CE, 30-07-2008				
CE, 29-11-2010				

TESIS B
NO requiere expresa autorización legal.

3.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Las entidades administrativas empezaron a pactar dentro de los contratos estatales la posibilidad de imponer y cobrar multas. Los actos administrativos originados como consecuencia de estas cláusulas de los contratos estatales empezaron a atacarse por los contratistas afectados en sede judicial, en vigencia del Decreto 222 de 1983 y también después de la expedición de la Ley 80 de 1993.

En vigencia del Decreto 222 de 1983 se atacaban jurisdiccionalmente estas cláusulas, cuando la entidad contratante las incorporaba al texto del contrato, a pesar de no ser la clase de entidades que se encontraban dentro del ámbito de aplicación de dicho Decreto. En efecto, para esa época, las normas contractuales no se hallaban unificadas a manera de estatuto. Por ello, dependiendo de ciertas características, algunas entidades no se encontraban cubiertas por las normas del Decreto 222 de 1983. En otros casos se reclamaba la aplicación extensiva del artículo 71 del Decreto 222 de 1983, y específicamente, la imposición unilateral de la multa por parte de la entidad administrativa.

Ya en vigencia de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales continuaron incorporando el clausulado relacionado con la imposición unilateral de multas por la entidad contratante. Pero los actos administrativos expedidos en virtud de estas estipulaciones contractuales y en los cuales la administración procedía al cobro de las multas fueron atacados en sede judicial. Los contratistas afectados con esta clase de medidas empezaron a reclamar que, a pesar de lo pactado, la administración no podía realizar cobros de manera unilateral, sino que era preciso acudir al juez del contrato para que fuera el funcionario judicial el que impusiera la multa. Lo anterior, en virtud de que la Ley 80 de 1993 no había incluido lo referente a las multas como una potestad excepcional de los contratos administrativos.

Esta clase de reclamaciones fueron resueltas de forma divergente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que sostuvo dos tesis opuestas. Una primera postura aceptó la imposición unilateral de multas por parte de la administración, pero no al considerarlas como una potestad excepcional, sino una manifestación del principio de autonomía de la voluntad

de las partes, que también resulta predicable de las relaciones contractuales con el Estado. La segunda tesis, en cambio, sostenía la naturaleza de potestad excepcional de la imposición unilateral de las multas en el contrato estatal. Por este motivo, a pesar de que considera como posible su inclusión en el contrato, recalca la necesidad de que la Ley de contratación estatal habilitara expresamente a la administración para proceder al cobro unilateral de multas.

A partir de esta divergencia jurisprudencial, el legislador introdujo claridad sobre el asunto mediante la expedición de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, la nueva norma jurídica presentó dificultades adicionales en su interpretación, las cuales se enmarcan en el balanceo de los intereses en juego en materia de contratación administrativa. Enseguida se detallará con mayor detenimiento la evolución de esta línea jurisprudencial.

3.1. Multas del contrato estatal en vigencia del Decreto 222 de 1983

Tal y como se ha señalado, en vigencia del Decreto 222 de 1983, se establecía como una obligación para todos los contratos estatales la incorporación de cláusulas que posibilitaran a la administración imponer multas en su favor, cuando el contratista diera muestra de incumplimiento de sus compromisos y obligaciones. Estas cláusulas se consideraban exorbitantes, por cuanto la administración, siendo parte de la disputa, podía proceder a su imposición mediante un acto administrativo. Pero entidades públicas que no estaban cobijadas bajo los parámetros establecidos en estas normas incorporaban estas cláusulas y hacían extensiva las previsiones del Decreto 222 de 1983. Por ejemplo, en la sentencia del 16 de diciembre de 1994, el Consejo de Estado se pronunció sobre un contrato suscrito por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior en el que se pactaron estas prerrogativas para la administración, sin que el contrato estuviera cobijado por las previsiones del decreto, a causa de la existencia de normas especiales de contratación para el INCOMEX. En esta decisión, el alto tribunal señaló que resultaba necesaria la expresa autorización legal para la imposición unilateral de las multas y que, por ello, los actos administrativos por los cuales ciertas entidades con regímenes legales especiales hacían una aplicación extensiva de los artículos 71 y 64 del Decreto 222 de 1983 debían ser anulados. Dijo el Consejo de Estado en la mencionada decisión:

“Si bien es cierto que en los contratos sujetos a la normación del derecho privado, en su totalidad, por ser concluidos entre particulares, o en todo o en parte, por intervenir en su conclusión un Ente Público, pueden las partes contratantes pactar la cláusula de multa por incumplimiento parcial o mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, no es menos cierto que la imposición y efectividad unilateral de la misma tiene el carácter de prerrogativa o facultad exorbitante que solamente compete a la autoridad pública como tal, siempre y cuando la ley se la haya otorgado. En otras palabras y dentro del marco de la autonomía de la voluntad, principio general orientador del negocio jurídico y, no existiendo norma que lo prohíba, bien pueden las partes contratantes pactar multas para sancionar el incumplimiento o la mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Pero lo que no puede pactarse es la imposición unilateral de las mismas cuando el contrato ha sido concluido entre particulares, por ser tal poder de imposición prerrogativa que corresponde en forma exclusiva al Estado como manifestación del ejercicio del Poder Público, como tampoco puede hacerse aun cuando una de las partes contratantes sea un Ente Público si no existe norma legal que así lo autorice, pues se estaría violando el principio Constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la ley le autorice y por tanto estaría actuando por fuera de la órbita de su competencia”⁸⁵.

En este orden de ideas, durante la vigencia del Decreto 222 de 1983, la imposición unilateral de multas fue considerada como una potestad exorbitante de la administración. Esta potestad requería una autorización expresa de la ley para ser utilizada y aplicada como mecanismo para coaccionar el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas del Estado. Pero con la promulgación del Estatuto de Contratación Administrativa en el año de 1993 esta postura jurisprudencial fue replanteada, tal y como se expone a continuación.

3.2. La ley 80 de 1993: ¿silencio o exclusión legislativa de las multas como potestad excepcional?

Al entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado empieza a tener conocimiento de solicitudes de anulación de los actos administrativos en los que la administración procedía de manera unilateral a imponer

85 CE 3, 16 de dic. De 1994, e7879, Carlos Betancourt.

multas para apremiar la ejecución de las obligaciones del contratista. La decisión sobre la anulación de estos actos administrativos no fue unívoca y el Consejo de Estado se debatió entre defender el precedente establecido durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 o, por el contrario, aceptar que del clausulado del contrato se podía colegir la imposición unilateral de las multas en los contratos estatales.

3.2.1 Primera interpretación: el silencio de la Ley no impide la imposición unilateral de multas

En sentencia del 4 de Junio de 1998⁸⁶, el Consejo de Estado conoció de la acción contractual interpuesta por un contratista del Distrito Capital al que se le había impuesto una multa de acuerdo con el contrato que establecía esta posibilidad en caso de incumplimiento. La demanda reclamaba la suspensión provisional de los actos administrativos en los que el Distrito había impuesto una multa de forma unilateral. Esta solicitud se fundamentaba en dos motivos. El primero consideraba estos actos como ilegales, por cuanto la Ley 80 de 1993 no autorizaba la imposición de multas de forma unilateral por parte de las autoridades administrativas. El segundo motivo para considerar la multa como contraria al orden legal era porque la entidad había impuesto la multa luego de concluido el contrato.

En esta decisión, el Consejo de Estado decidió suspender provisionalmente los actos administrativos, pero por el segundo de los motivos alegados. Así las cosas, en lo relacionado con la imposición unilateral de multas por parte de las autoridades administrativas, el Consejo de Estado no consideró que tales actuaciones excedieran el marco legal establecido por las normas sobre contratación estatal. En efecto, el alto tribunal determinó que la imposición de multas no podía considerarse como una potestad excepcional por estar incluso presente en las relaciones contractuales del derecho privado. En este orden de ideas, el fallo señala que, al haberse pactado estas multas por las partes del contrato, lo expresado por ellos se torna en ley para cada una de ellas.

De acuerdo con este razonamiento, resulta procedente dar primacía al acuerdo de voluntades expresado por las partes para incluir las

86 CE 3, 4 de jun. de 1998, e13988, R. Hoyos Duque.

multas como una forma de presionar el cumplimiento del contrato y también para establecer los mecanismos a través de los cuales se habilita a la administración para su imposición. En el caso concreto, se había pactado en las cláusulas correspondientes del contrato que la multa se interpondría por resolución motivada. Siendo esto así, era procedente que se expidieran las resoluciones correspondientes, para dar curso a lo pactado por las partes del contrato, y por este motivo no se consideró que resultara conducente la suspensión provisional de las resoluciones demandadas.

Esta decisión defendía de forma implícita la entrega de mecanismos ágiles para el apremio del cumplimiento de las obligaciones contractuales, al acudir a la autonomía de la voluntad como principio con suficiente entidad para resolver los inconvenientes que se presentan en la ejecución del contrato estatal. Así, más que acudir a la acción de controversias contractuales, con todo lo que esta clase de ejercicio representa, se daba el aval para que la administración hiciera uso de esta clase de instrumentos de presión para el cumplimiento de las obligaciones contractuales con la sólo incorporación en el texto de los contratos, así la Ley 80 de 1993 no hubiera consagrado las multas como una potestad excepcional.

Sin embargo, la decisión matiza esta tesis y sostiene que la imposición unilateral de multas en el contrato estatal, a pesar de no encontrar respaldo legal en el texto del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sí se encuentra sustentada en otras disposiciones tanto del estatuto contractual como del artículo 64 del C.C.A., que le permiten a la administración el ejercicio de potestades de autotutela de sus intereses. La sentencia argumenta:

“Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo. Para la Sala la administración si tiene competencia para imponer por si y ante si, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos. En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 “en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimien-

tos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales". A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan "los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados", bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista".

De acuerdo con esta solución jurisprudencial, y aún a pesar de que la Ley 80 de 1993 no hubiese contemplado las multas como una potestad excepcional en favor de la administración, las entidades administrativas se encontraban facultadas para pactar esta clase de medidas de apremio para la ejecución del contrato y para imponerlas de manera unilateral. Esta tesis jurisprudencial fue reiterada por el Consejo de Estado en decisión del 18 de marzo de 2004⁸⁷.

3.2.2. Segunda interpretación: la Ley 80 de 1993 excluyó la medida de imposición unilateral de multas

De forma posterior, el Consejo de Estado cambió su postura jurisprudencial. En sentencia de octubre 20 de 2005⁸⁸, la corporación conoció la demanda incoada por un consorcio de ingenieros que acudió a la acción contractual para demandar al Fondo Rotatorio Vial Distrital de la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, con el fin de que se anularan las resoluciones mediante las cuales la entidad pública impuso y confirmó una multa a la firma contratista por incumplimiento en la ejecución de un contrato de obra. En esta decisión, el Consejo de Estado determinó que la administración sí puede pactar cláusulas de multas en los contratos, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, estableció que estas estipulaciones se hallaban limitadas en relación con la imposición unilateral por parte de la administración, pues esta clase de facultad es una potestad excepcional. Según la sentencia, las potestades excepcionales devienen directamente de la ley y no del pacto o convención contractual. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 restringió la aplicación de cláusulas excepcionales y estableció criterios más exigentes para su imposición. Criterios

87 CE 3, 18 de mar. de 2004, e15936, R. Hoyos Duque.

88 CE 3, 20 de oct. De 2005, e14579, G. Rodríguez.

como la distinción entre la clase de contratos en los que es obligatoria su incorporación y aquellos en los cuales es potestativa de las partes su inclusión. Pero ni esta norma ni ninguna otra de las disposiciones de la Ley 80 de 1993 consagran una facultad de Estado para incluir como cláusulas excepcionales la multa del contrato estatal. De acuerdo con lo anterior, este silencio del legislador sólo puede interpretarse como que este órgano realizó una derogatoria de la figura de la multa como cláusula exorbitante del contrato estatal.

Lo anterior no implica el que las multas del contrato estatal no puedan pactarse en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes del contrato que encuentra sustento en los artículos 13⁸⁹ y 40⁹⁰ de la Ley 80 de 1993. Pero cuando la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato para darle aplicación y alcance a la multa pactada y no proceder a su interposición unilateral.

Según el alto tribunal, esta imposibilidad de imponer unilateralmente las multas se ajusta a los mandatos dictaminados en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Nacional, en los que básicamente se establece que las actuaciones del Estado deben regirse por el principio de legalidad. Por ello, el Estado carece de competencia para introducir la imposición unilateral de las multas en el contrato.

Esta subregla de decisión fue seguida en decisión del 30 de Julio de 2008⁹¹. Pero en esta sentencia el Consejo de Estado no se limita a seguir el precedente fijado en la decisión de 2005, sino que da plena respuesta a la tesis que sostenía la posibilidad de interponer las multas de forma unilateral por considerarla como inadecuada. La postura criticada sostenía que esta posibilidad, a pesar de no hallarse contemplada en el texto de la Ley 80 de 1993,

89 ARTICULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. (...).

90 ARTICULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

91 CE 3, 30 de Jul. de 2008, e21574, E. Gil Botero

podía derivarse del artículo 64 del C.C.A. y de las posibilidades de autotutela de sus actuaciones que esta norma le da a la administración. Sin embargo, la sentencia de 2008 también ataca esta vía argumentativa en los términos que enseguida se comentan:

“Esta interpretación, si bien fue consciente de la consideración de la declaratoria unilateral de una multa, como un procedimiento administrativo, pareciera confundir la ejecutoriedad de los actos administrativos, con el principio de legalidad que debe orientar la producción de los mismos. Los actos administrativos que profieran las administraciones públicas o los particulares en el ejercicio de la función administrativa, por regla general son ejecutables y producen efectos desde su materialización efectiva; de esto no existe duda y a ello hace referencia la disposición del Código Contencioso Administrativo aludida. Esa connotación de ejecución de los actos administrativos, no releva sin embargo, la aplicación del principio más importante sobre la materia: la legalidad. Producir un acto administrativo en un Estado de Derecho, no es, ni puede ser una facultad arbitraria, que no encuentre una habilitación legal, de lo contrario se estaría permitiendo la producción de manifestaciones de poder por fuera del derecho, es decir se estaría quebrantando la esencia misma de este tipo de Estado. Por este motivo, la comprensión de esta disposición como único sustento de que la administración pública podía obrar de manera exorbitante, en el caso de las multas, no ofreció plena credibilidad, ya que en lo central su atención, no era en la hipótesis que se estudia, sino a la connotación vinculante de los actos administrativos. Éste, probablemente, fue el sentido de la sentencia de 20 de octubre de 2005, al superar esta idea”.

El Consejo de Estado, con estas decisiones, impedía que la administración pudiera hacer uso de la interposición unilateral de multas como mecanismo para presionar el cumplimiento del contrato estatal. Sin embargo, la importancia de esta clase de medidas obligó a la rápida intervención del legislador.

3.3 La respuesta del legislador a la disputa jurisprudencial: la ley 1150 de 2007

De un régimen ultra-proteccionista de los intereses de las entidades estatales en donde se justificaba la existencia de cláusulas exorbitantes y de múltiples requisitos para regular de forma exhaustiva las relaciones contractuales con el Estado, la Ley 80 de 1993 optó por normar la contratación

estatal con un régimen más poroso por el que pudieran caber más fácilmente las prácticas del derecho privado, en especial, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, aunque la Ley 80 de 1993 reservó ciertas potestades para las autoridades administrativas, también estableció un mandato para que estas potestades fueran usadas de forma excepcionalísima para evitar su uso abusivo.

El Consejo de Estado consideró que, en relación con la imposición de las multas en el contrato estatal, los poros de la Ley 80 de 1993 no eran lo suficientemente amplios como para que por allí pasaran acuerdos de voluntades en donde las partes de un contrato estatal se comprometían al cobro de multas de manera unilateral. Esta situación produjo entonces un nuevo pronunciamiento del legislador, que en la Ley 1150 de 2007 le dio un marco legal a la imposición unilateral de multas en el contrato estatal. Derecho legislado y derecho jurisprudencial establecen un diálogo para definir los parámetros en los que deben moverse las entidades públicas al generar mecanismos de manejo y control de la contratación pública. Este diálogo evidencia la fuerte influencia que la interpretación judicial tiene sobre el derecho escrito.

El legislador responde en este diálogo adoptando una postura intermedia. Por ello utiliza la Ley 1150 de 2007 para afinar ciertos aspectos de la Ley 80 de 1993 que merecían una revisión. Para la interposición de multas en el contrato estatal, esta ley acuña la siguiente fórmula:

Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

De la lectura de la norma jurídica transcrita se puede concluir que el legislador adoptó una postura intermedia para la solución del problema jurídico relacionado con la interposición unilateral de multas en los contratos estatales, por las siguientes razones. De un lado, consagra la autorización legal que la jurisprudencia del Consejo de Estado, que negaba la posibilidad de interposición unilateral de las multas, reclamaba como necesaria para que las autoridades administrativas pudieran hacer efectivas esta clase de medidas. A esta autorización inclusive le da un carácter retrospectivo, a fin de que cubra aquellos contratos estatales en los que se incorporaron multas con vigencia anterior a su expedición. Sin embargo, el legislador no comprende las multas como una potestad excepcional tal y como el Consejo de Estado venía sosteniéndolo. En este orden de ideas, establece una fórmula a partir de la cual lo relacionado con las multas debe ser el resultado del acuerdo de voluntad de las partes y no una prerrogativa que, ante la ausencia de convenio de las partes, deba necesariamente integrar los contratos estatales. Y es que la Ley 80 de 1993 establece en relación con cierta clase de contratos la obligatoria inclusión de las cláusulas excepcionales. Sin embargo, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 contempla la posibilidad de interponer las multas *pactadas* por la partes, con lo cual opta por no darle a las multas el carácter de potestad excepcional.

Pero la interpretación jurídica es dinámica. La solución dada por el legislador en relación con las multas en el contrato estatal produjo nuevos interrogantes sobre la manera como debía comprenderse la función de las multas en el contrato estatal. Estos interrogantes obligaron a la Sala de

Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a pronunciarse en relación con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

3.4 El precedente se acata: en relación con las multas, sólo se permite lo expresamente autorizado en ley

En consulta suscitada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, el Consejo de Estado debe pronunciarse nuevamente en relación con las multas del contrato estatal. Las inquietudes de la administración que originaron el pronunciamiento no tenían que ver ya con la posibilidad de interponer de forma unilateral las multas por parte de la administración, aspecto este que había quedado resuelto mediante la autorización legal para este cobro de carácter unilateral. En este caso lo que se buscaba era la preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes en el cobro de las multas en el contrato estatal. El Ministerio pregunta al órgano de consulta si la administración se encuentra facultada para cobrar una multa por incumplimiento del contrato estatal, no en dinero sino en especie, es decir, recibiendo mayor cantidad de obra o de servicios a los inicialmente pactados.

El Consejo de Estado resuelve esta consulta siguiendo el precedente determinado en decisiones anteriores proferidas por la Sección Tercera en relación con las multas en el contrato estatal. De acuerdo con esta consulta, el precedente establece la necesidad de que lo relacionado con las multas se encuentre expresamente habilitado por la ley. Como este tipo de situación no se encuentra regulado por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la Sala de Consulta considera que no es factible acudir a esta clase de pactos o convenios para solucionar las diferencias que se presentan entre las partes. Prescribe la decisión en este sentido que “[c]omprende la Sala que este tipo de figuras en determinados casos parecerían convenientes y aconsejables para ambas partes, pero considera también que se requeriría un marco normativo que garantizara su uso adecuado y evitara que por esa vía, el contratista incumplido, en lugar de asumir su responsabilidad, resulte favorecido y premiado por la Administración. Por tanto, se debe reiterar, sin una regulación legal precisa tal opción no es posible”⁹².

92 CE Consulta, 29 de nov de 2010, e2040, W. Zambrano Cetina

La respuesta dada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a la pregunta realizada por la administración, en relación con el tema de las multas, permite concluir que el Consejo de Estado prefiere darle primacía al principio de legalidad que a la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratación estatal.

4 ● CONCLUSIONES

Esta línea jurisprudencial permite destacar que en la tensión de intereses en juego en materia de contratación estatal existe un diálogo permanente entre la jurisprudencia y los órganos generadores del derecho legislado, con miras a definir los parámetros que deben guiar las prácticas contractuales con el Estado. Pero este diálogo se ha caracterizado por una postura cauta del Consejo de Estado, que si bien comprende la necesidad de permitir el acercamiento de la contratación administrativa a las facilidades que se ofrecen desde el derecho privado para el adelantamiento de los contratos y la solución de las diferencias en su ejecución, no deja de lado la protección de principios de entidad fundamental en materia de derecho público como el de legalidad. Por ello, el Consejo de Estado ha preferido soluciones en las cuales el límite a lo que las partes pueden convenir en el articulado de un contrato estatal no sólo se haya en lo que las normas jurídicas no prohíben, sino también en lo que las normas específicas en materia de contratación estatal expresamente autorizan o permiten.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por Amparo Navarro López y Jhon Erick Chaves Bravo para el IV Curso de Formación Judicial, Promoción 2009.

1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD CALIFICADA COMO INJUSTA

Tras la expedición de la Constitución de 1991, es innegable que los imperativos establecidos en ella han irradiado todo el derecho legislado en Colombia. Este efecto se evidencia, por ejemplo, en la evolución de la llamada responsabilidad extracontractual del Estado. Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en el país no existía una norma de carácter específico que hiciera referencia a la obligación del Estado de indemnizar patrimonialmente a los particulares cuando, en el desarrollo de su actividad, se lesionaran sus intereses o derechos. Con la promulgación de la Constitución de 1991, sin embargo, se estableció una norma jurídica específica en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. El artículo 90 establece que “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.”

Esta norma constitucional tiene dos enunciados normativos independientes pero relacionados entre sí. El primero define, de forma muy

general, las condiciones bajo las cuales se reputa la responsabilidad patrimonial del Estado, sea esta de carácter contractual o extracontractual. Estos elementos son: i) la existencia de un daño de carácter antijurídico y ii) la posibilidad de imputar la ocurrencia de este daño a la acción u omisión de los agentes estatales.

En el segundo enunciado normativo se estatuye la acción de repetición como un instrumento para proteger el patrimonio público en los casos en que, habiendo sido condenado el Estado por un daño a él imputable, se demuestre que el mismo fue el resultado de actuaciones dolosas o gravemente culposas de sus agentes. Nótese que el enunciado normativo definitorio de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado establece que esta se produce ante la acción u omisión *de las autoridades públicas*. La expresión abstracta *autoridades públicas* ha servido para afirmar, sin ambages, que las actuaciones de la rama judicial también están obligadas a la indemnización cuando les sea imputable la comisión de “daño antijurídico”. Esta claridad del artículo 90 de la C.P. vino a zanjar una fuerte discusión doctrinal que comprendía la responsabilidad extracontractual del Estado como un problema concerniente exclusivamente al poder ejecutivo.

Una de las aristas de la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones de las autoridades judiciales se encuentra estrechamente relacionada con la institución de la detención preventiva. Por “detención preventiva” se entiende “una medida proferida por autoridad competente, precedida de las formalidades legales, en virtud de la cual el sindicado es limitado en su derecho de locomoción al ser recluso en un centro carcelario, domicilio o morada, por motivos previamente establecidos en la Ley, para asegurar su comparecencia al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad”⁹³. Sin embargo, en algunos casos la detención preventiva resulta calificada como injusta, por cuanto, finalizado el proceso, se concluye por parte de las autoridades judiciales que no hay lugar a imponer sanción penal. En estos eventos, diversas normas del ordenamiento jurídico fundamentadas en las premisas del artículo 90 de la Constitución disponen la responsabilidad patrimonial del Estado. Para lograr una declaración en este sentido, los afectados con estas medidas han acudido a la acción de reparación directa como mecanismo para resarcir los daños ocasionados por

93 Martínez, Edwar Enrique. *La detención preventiva y sus alternativas en el proceso penal*. Valledupar : Gráficas El Comercio, 2003, Página 28.

la injusta privación de la libertad.

En estas acciones, la jurisdicción contencioso administrativa ha debido analizar las normas de orden legal que consagran la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Por ejemplo, el Decreto Ley 2700 de 1991, contenido del primer Código de Procedimiento Penal posterior a la expedición de la Constitución de 1991, prescribió en su artículo 414 lo relacionado con la responsabilidad patrimonial por privación injusta de la libertad. Esta norma establece que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”. También determina que “[q]uien 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”.

Esta norma fue derogada por el artículo 535 de la Ley 600 de 2000 contenida de un nuevo Código de Procedimiento Penal. Dicha ley guardó silencio en lo relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Lo anterior no implica que con la expedición de este Código de Procedimiento Penal la responsabilidad por privación injusta de la libertad personal desapareciera del ordenamiento colombiano. Esta conclusión también se hace extensiva a la Ley 906 de 2004 que, en la actualidad, es la que consagra las normas y procedimientos aplicables a la investigación y juzgamiento de las conductas punibles acontecidas con posterioridad al 1 de enero de 2005, y en la que tampoco se regula lo concerniente a esta clase de responsabilidad extracontractual del Estado.

Lo que ocurrió es que la figura de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad abandonó las regulaciones en materia de procedimiento penal, para insertarse en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Así, en los artículos 65 y ss. de la Ley 270 de 1996 se regula lo relacionado con la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados judiciales, entre otros eventos, para los casos de privación injusta de la libertad. Estas normas determinan:

ARTICULO 65. ARTICULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. EI

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.

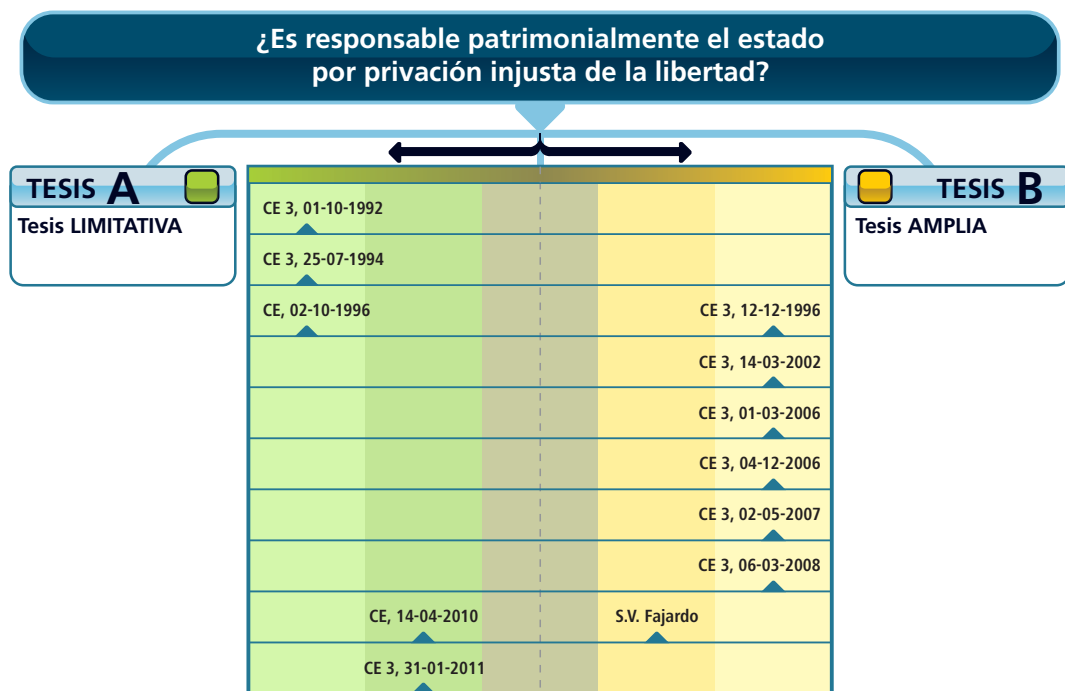
(...)

ARTICULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

Sin embargo, en virtud de lo establecido en el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, las conductas ocurridas en vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991 deben ser sancionadas con base en estas normas jurídicas, sin tomar en consideración las normas posteriormente expedidas en la materia. Por esta razón, la jurisdicción contencioso administrativa ha debido interpretar las normas contenidas en el artículo 414 del C.P.P. y en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, para derivar de su contenido la fuente de responsabilidad por privación injusta de la libertad personal.

Para adjudicar la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso ha adoptado posturas diversas tal y como se desprende del siguiente gráfico de análisis jurisprudencial:

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Las normas que determinan los parámetros para adjudicar la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad han sido interpretadas de dos formas distintas por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Una primera postura ha señalado que se debe limitar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. De acuerdo con esta tesis, además de la sentencia absolutoria, es necesario probar por parte del accionante, en materia de reparación directa, el defectuoso accionar de las autoridades judiciales. Una segunda postura ha interpretado estas mismas normas de manera más amplia, hasta el extremo de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado de forma objetiva. Dentro de estas dos posturas se ha ubicado la jurisprudencia del Consejo de Estado en la solución de los casos de reparación directa por privación injusta de la libertad. Estas posturas serán desarrolladas con mayor profundidad a continuación.

3.1. La tesis limitativa de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

De conformidad con la tesis limitativa, para que se configurara la responsabilidad patrimonial del Estado en los casos de privación injusta de la libertad, no resulta suficiente que se produzca una sentencia absolutoria. Además, es preciso que la privación de la libertad ocurra por la existencia de un error judicial, por cuenta de una “decisión ilegal, ostensible y manifiestamente errada”.⁹⁴

Esta tesis limitativa se fundamenta en el presupuesto de que “[I] a investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual”, de manera que “la absolución final (...) no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención”⁹⁵

94 CE 3, 1 Oct. 1992, e7.058, citada en CE3, 4 Abr. 2002, e13606, M.E. Giraldo.

95 CE 3, 25 Jul 1994, e8.666.

Un caso que muestra cómo se aplicó concretamente esta tesis fue el que produjo la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 2 de octubre de 1996. Los hechos que originaron la solicitud de reparación directa fueron del tenor que se describe enseguida. Se procesó al imputado por el delito de homicidio a cinco personas, en el municipio de Florencia. La Fiscalía ordenó la detención preventiva para garantizar el adelantamiento del proceso. Posteriormente, el sindicado fue absuelto, pues se estableció la legítima defensa como eximente de responsabilidad. Por considerar que la detención preventiva había sido injusta al tener el proceso penal un resultado absolutorio, el afectado demandó a la Fiscalía General de la Nación para reparar el daño causado.

El Consejo de Estado consideró que, a pesar de que el proceso penal hubiese culminado sin sentencia condenatoria, no resultaba procedente condenar a la administración de justicia por privación injusta de la libertad. El alto tribunal determinó que la medida cautelar impuesta era procedente y que se cumplía con los requisitos legales para su imposición, por existir suficiente material probatorio para su imposición. Siguiendo esta línea de razonamiento, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa sostuvo que “la privación de la libertad ha debido ser injusta, es decir fruto de decisiones contrarias al derecho o abiertamente arbitrarias, con desconocimiento de disposiciones tanto constitucionales como legales, constitutivas de verdaderas garantías de ese derecho fundamental de las personas [...]”⁹⁶.

Esta tesis, como es evidente, establecía una carga general sobre la ciudadanía de soportar las posibles limitaciones a la libertad personal que se siguieran de una investigación penal. La sola absolución final del detenido no era fundamento suficiente de responsabilidad sin que mediaran decisiones “contrarias a derecho o abiertamente arbitrarias”. Con estas expresiones, el Consejo de Estado no derivaba la responsabilidad de las resultas últimas de la investigación, en donde el examen se volvía plenamente objetivo, sino que focalizaba su atención en la naturaleza y características del actuar judicial. Esto, como es evidente, le daba algún espacio adicional a la jurisdicción, porque el daño antijurídico no se derivaba exclusivamente de la comparación entre la decisión de detención y el resultado definitivo de responsabilidad penal declarado con posterioridad.

96 CE 3, 2 Oct. 1996, e10.923, D. Suárez Hernández.

3.2. La tesis amplia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad

Sin embargo, a partir de mediados de la década de los noventa e impulsado en parte por el texto del artículo 414 del Decreto 2700, la postura del alto tribunal fue ampliando la tesis de la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad.

A partir de esta época, el Consejo de Estado adoptó una postura de conformidad con la cual, más que concentrarse en la búsqueda de un error judicial, el juez administrativo debía examinar si se daba una privación injusta de la libertad por la ocurrencia de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 414 del C.P.P. Por tanto, la reparación patrimonial del Estado por responsabilidad extracontractual se ordenaba si el procesado que había sufrido la medida de privación injusta de la libertad era absuelto, porque el hecho no había ocurrido, porque no lo había cometido o porque la conducta por la que fue investigado no se había constituido en delito.

Esta declaración de responsabilidad del Estado se daba incluso en los casos en los que se lograra demostrar la diligencia y cuidado de las autoridades judiciales a la hora de imponer las medidas preventivas mediante las cuales se privó de la libertad a quien demandaba la reparación. Esta tesis, por tanto, es más "objetiva" y "consecuencialista". La absolución posterior del detenido pone al Estado dentro de un riesgo muy alto de haber cometido daño antijurídico. Su actividad de investigación debe culminar exitosamente en la atribución de responsabilidad, so pena de aumentar el riesgo de ser condenado por privación injusta de la libertad. Sobre esta tesis amplia ha señalado el Consejo de Estado: "En decisiones posteriores se consideró, en cambio, que en tales eventos y por disposición legal se estaba en presencia de una detención injusta, con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar justicia y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados con la misma"⁹⁷.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, al adoptar esta postura amplia acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado en los casos de privación injusta de la libertad, llegó incluso a establecer que la norma del

97 CE 3, 1 Mar. 2006, e15138, R. E. Correa Palacios.

artículo 414 del C.P.C determinó un régimen de responsabilidad objetiva, y por tanto, habiéndose producido una sentencia absolutoria, cuando el hecho no se cometió, el sujeto no lo realizó o la conducta no era punible, era preciso que se otorgara la reparación patrimonial. Dijo el alto tribunal sobre el particular:

“Esta norma instaura legalmente la responsabilidad estatal por daños causados por la administración de justicia, para los casos en que los particulares sean privados injustamente de su libertad. En su segunda parte, ella consagra tres casos en los cuales se dispone que la detención preventiva decretada en un proceso penal, mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, debe tenerse como injusta y por ende da lugar a indemnización de quien la sufrió, salvo en los casos en que sea la propia víctima la que la haya causado por su dolo o su culpa grave [...]

En la legislación colombiana éste es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejando al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica. En otras palabras, a él no le está permitido manejar la faceta RELATIVA que tiene la falla del servicio, ora para indagar lo que podía demandarse de éste, ora para hablar de la responsabilidad patrimonial desde una CONCRETA REALIDAD, como lo enseña el Profesor Tomás Ramón Fernández [...]

Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduce en la demostración de que dicha providencia estuvo ajustada a la ley”⁹⁸.

Puede señalarse que, a pesar de la ausencia de uniformidad en las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa en lo relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, el alto tribunal ha mostrado predilección por la tesis amplia más que por la tesis limitativa y su jurisprudencia reciente se ha dedicado a decantar esta tesis jurisprudencial.

98 CE 3,12 Dic. 1996, e10.229.

Ejemplos de lo anterior se constituyen los argumentos expresados por el Consejo de Estado en la sentencia del 1 de marzo de 2006, en la cual se condenó patrimonialmente al Estado por un caso en el que la Fiscalía General de la Nación incluso llegó a probar la debida diligencia y cuidado en la toma de la decisión privación de la libertad personal.

En este caso, la Fiscalía les impuso la detención preventiva a unas personas por la comisión del delito de acceso carnal violento. La entidad impuso la medida contando con indicios graves de responsabilidad: se contaba, por ejemplo, con la convincente denuncia formulada por la víctima en la cual se daba cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el hecho. Adicionalmente, en la diligencia de ratificación, la víctima reconoció en fila de personas a los sindicatos como los autores del delito. También se probó la existencia del hecho pues el dictamen médico legista lo confirmó. Sin embargo, se condenó a la Fiscalía al considerar el Consejo de Estado que hubo privación injusta de la libertad, pues tiempo después comparecieron ante la justicia los verdaderos autores del hecho y la víctima admitió que había acusado a los sindicatos por recomendación de un vecino que señaló que los sindicatos habían violado a otras mujeres en la localidad. Para decidir el caso se consideró lo siguiente:

“Considera la Sala que a pesar de ser cierto que la Fiscalía profirió la medida de aseguramiento con base en las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso, las cuales cumplían la exigencia que establecía el artículo 388 del decreto 2700 de 1991, que no era otra que la existencia de “por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”, la Nación deberá reparar los perjuicios que causó a los demandantes porque la preclusión de la investigación se produjo por haberse acreditado que los sindicatos no cometieron el hecho, y en este tipo de eventos, como ya se señaló, la detención se torna injusta, con abstracción de la conducta o de la legalidad de las providencias dictadas por los funcionarios judiciales.

Ahora, es cierto que en la construcción de ese indicio grave de responsabilidad, tuvo gran incidencia la versión de la víctima, que de manera enfática aseguró que los autores del ilícito, cuya materialidad aparecía debidamente confirmada, lo fueron los señores Giraldo Ordóñez

Bravo, Saúl Ordóñez Bravo y Miguel Ángel. Sin embargo, la única causal de exoneración de responsabilidad del Estado, en los términos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente en la época en que ocurrió el hecho, lo era la culpa exclusiva de la víctima y en el caso concreto, los sindicatos no fueron culpables de tal error⁹⁹.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, en su jurisprudencia reciente, ha preferido un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad más amplio, más objetivo y asegurador del riesgo de los ciudadanos. El caso que se acaba de citar es la muestra más firme de esta tesis. Este pronunciamiento, sin embargo, ha recibido algunas matizaciones, pero éstas, en todo caso, siguen cayendo dentro de los confines conceptuales de la "tesis amplia".

La tesis amplia es muy garantista para los detenidos, porque funciona como un seguro universal para aquellos que sean desvinculados de la investigación penal por alguna de las razones del artículo 414 de C.P.P. La jurisprudencia que se está comentando ha interpretado el artículo como fundamento de responsabilidad objetiva. La tesis, sin embargo, parece muy radical: en fallos más recientes, el alto tribunal ha regresado a una posición más pragmática y equitativa, por la necesidad de analizar en cada caso concreto si el daño puede considerarse como antijurídico. Por "daño antijurídico" ha hablado del daño que la víctima no tiene por qué soportar, bajo la responsabilidad objetiva. De otro lado, daría la impresión de que los detenidos nunca tendrían que soportar la detención que luego se probó jurídicamente irrelevante por la desvinculación de la investigación penal. En esta línea argumentativa señaló el Consejo de Estado: "Al respecto, debe reiterarse lo expresado en otras oportunidades, en el sentido de que no cualquier perjuicio causado como consecuencia de una providencia judicial tiene carácter indemnizable. Así, en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico, sea que tenga causa en una providencia errada o en una providencia ajustada a la ley"¹⁰⁰. O también:

99 CE 3,1 Mar. 2006, e15138, R. E. Correa Palacio.

100 CE 3, 4 Dic 2006, e13168, M. Fajardo. En este caso, se condenó a la administración de justicia pues se había procesado a un individuo por la comisión del delito de falsedad ideológica, y posteriormente, por ausencia de pruebas, el procesado fue absuelto. En esta sentencia, el alto tribunal no hizo referencia a una fórmula de responsabilidad objetiva como se observa en las primeras sentencias de esta línea jurisprudencial, que ampliaron

“En cualquier caso, aún en este tipo de supuestos la Sala ha dejado a salvo la posibilidad -que constituye, en realidad, una obligación- de valorar las circunstancias de cada caso concreto y evitar la formulación de enunciados categóricos o absolutos, pues las particularidades de cada evento específico pueden conducir a la conclusión de acuerdo con la cual el individuo afectado por la medida de aseguramiento sí se encuentra en el deber jurídico de soportar los perjuicios que la misma le ocasiona.”¹⁰¹.

Las anteriores transcripciones dejan entrever que el alto tribunal ha recogido su tesis respecto a la objetividad de la responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad, y ha empezado a establecer la necesidad de ponderar las circunstancias concretas del caso en esta clase de juicios.

Sin embargo, aún a pesar de que los términos usados por el alto tribunal no resulten tan estrictos, el Consejo de Estado ha ampliado en otros aspectos lo relacionado con la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta ampliación tiene que ver con su sostenimiento más allá de los supuestos contenidos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado ha sostenido que figura no se limita a la privación injusta por sentencia absolutoria por los presupuestos del artículo 414 del C.P.P, sino también por error judicial cuando, por ejemplo, se priva al imputado de forma injustificada de la posibilidad de recibir el beneficio de excarcelación o libertad provisional cuando este tenía derecho a acogerse a dicho beneficio, o cuando la sentencia absolutoria o la preclusión de la investigación se ha dado por duda razonable al no haberle sido posible al Estado recaudar el acervo probatorio necesario para comprobar la responsabilidad de los procesados¹⁰².

la tesis de responsabilidad por privación injusta de la libertad. Por el contrario, en esta decisión, a manera de *obiter dictum*, el Consejo de Estado precisó la necesidad de establecer una ponderación del caso concreto para determinar si le era dable al imputado soportar el daño generado por la privación de la libertad. El resultado de este juicio igual se enmarca dentro de la tesis amplia, pues se considera que el hecho de que el Estado no logre desvirtuar la presunción de inocencia y haga uso del *principio in dubio pro reo* para absolver al imputado, no legitima la privación de la libertad, y que por ello, la medida preventiva debe considerarse como injusta. No obstante lo anterior, estos términos son mucho menos rígidos que aquellos que concluían que el esquema de responsabilidad establecido en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 contenía una cláusula objetiva de responsabilidad del Estado.

101 CE 3, 2 May.2007, r15989, M. Fajardo.

102 Ibid.

Igualmente, ha establecido el Consejo de Estado la existencia de una privación injusta de la libertad judicial por error judicial en los siguientes casos concretos: "Detención por delitos cuya acción se encuentre prescrita; detención por un delito que la legislación lo sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc."¹⁰³.

También ha ampliado la aplicación de esta tesis a la imposición de medidas cautelares diferentes a la privación de la libertad, tales como la imposición de cauciones prendarias. Señaló en esta decisión el Consejo de Estado:

" En otros términos, la regulación prevista en el citado artículo 414 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal a pesar de estar concretamente dirigida a normativizar los casos de detención injusta, sirve también como parámetro para definir la injusticia de otras medidas de cautela adoptadas dentro del trámite del juicio penal, y que igualmente pueden desencadenar la causación de un daño que se revela antijurídico ante la falta de responsabilidad del implicado, derivada de que no cometió el hecho, o de que el hecho no era delito, o de que el hecho no existió, daños que merecen la tutela jurídica del ordenamiento, tal y como lo ordena el artículo 90 constitucional arriba analizado"¹⁰⁴.

La afirmación realizada en el sentido de un refinamiento de la doctrina jurisprudencial que da prevalencia a una tesis amplia de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad se sustenta, adicionalmente, en el hecho de que, de forma posterior a la expedición del Decreto Ley 2700 de 1991, que consagra en su artículo 414 la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, se expidió la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -LEAJ-, que estableció en sus artículos 65 y 68 lo relacionado con esta materia.

El artículo 68 de la Ley Estatutaria volvía a barajar el tema, porque su texto se presta para lecturas tanto de ampliación, como de restricción de la responsabilidad. Las primeras estarían basadas en la generalidad de su mandato (siempre y cuando el mismo se hiciese dentro de una dogmática objetivista de la responsabilidad): quien haya sido privado injustamente podrá

103 CE 3, 14 Mar. 2002, e12.076.

104 CE 3, 6 de Mar. 2008, r16075, R. E. Correa.

demandar. En comparación, el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 parecería limitar tal posibilidad a la ocurrencia de un daño antijurídico derivado de la inexistencia del hecho punible, o de la falta de comisión de la conducta por parte del sindicado, o por la atipicidad de la conducta. La interpretación limitativa de la responsabilidad, de otro lado, sería aquella que tratara de hacer un análisis más o menos subjetivista de la conducta judicial a ver si la detención fue verdaderamente “injusta”, según las voces del artículo.

La primera oportunidad para aclarar estas posibilidades se dio en la sentencia de constitucionalidad mediante la cual se declaró la exequibilidad de las normas de la LEAJ. En su análisis, la Corte Constitucional parece coincidir en su interpretación con las posturas subjetivistas afirmadas durante la vigencia de la tesis limitativa de la responsabilidad estatal. En efecto, dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 con referencia al artículo 68 de la LEAJ:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

En virtud de lo anterior, y a propósito de lo explicado en torno al artículo 66 del presente proyecto, debe entenderse que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente y el procedi-

miento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error judicial en que incurran las demás autoridades judiciales.

Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible¹⁰⁵.

El análisis de la Corte Constitucional es subjetivista y exige un examen de la conducta judicial para afirmar que la decisión fue abiertamente arbitraria. Traduciendo esta terminología constitucional a la jurisprudencia del Consejo de Estado, parecería sugerir que no puede haber responsabilidad sin falla del servicio, por oposición a la objetivización de la doctrina que se había intentado en la jurisprudencia. A partir de este punto, hubiera sido posible que el Consejo de Estado revisara los alcances de la tesis amplia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad y recogiera su tesis interrelacionando dicha responsabilidad con la ocurrencia de error judicial o de la "arbitrariedad" en la conceptualización de la Corte Constitucional.

Sin embargo, el Consejo de Estado ha decidido omitir en sus análisis la orientación de la Corte Constitucional y, por ende, prefería usar como marco normativo (así sea implícito) en el tema de privación injusta de la libertad el artículo 414 del C.P.C. y no los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996. Así lo señala Alier Hernández en su análisis del tema:

"Hay que advertir que todos estos pronunciamientos, en materia de detención injusta, se fundan en estas disposiciones del Decreto 2700 de 1991, y no en la Ley 270 del año 1996, que es la Estatutaria de la Administración de Justicia, en la cual, a partir del artículo 65, que regula la responsabilidad del Estado por el hecho del juez. Y el no fundarse en la Ley 270 de 1996, lo ha hecho el Consejo de Estado un poco adrede, porque la sentencia que examinó la constitucionalidad de esas disposiciones (sentencia C-037 del año 96 de la Corte Constitucional), resulta a mi modo de ver, exageradamente restrictiva en frente a lo que dispone el artículo 90 y hasta el momento no hay pronunciamientos sobre la materia".¹⁰⁶

"Exageradamente restrictiva" quiere decir, en este contexto, que

105 Cconst. C-013 de 1996

106 Hernández, Alier. *Novedades Jurisprudenciales respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado*. En memorias del II seminario de gerencia jurídica pública. Alcaldía Mayor de Bogotá, 2005. Página 13.

la Corte Constitucional parece haber desprotegido innecesariamente a los detenidos mediante una subjetivización excesiva del análisis. Por ello, desde esta arista del análisis, el Consejo de Estado prefirió la utilización del Decreto 2700 de 1991 y no de las normas estatutarias de la administración de justicia, para declarar la responsabilidad objetiva del Estado, no solamente en los eventos expresamente consagrados en esta norma, sino en otros en los que el proceso penal culminaba con la absolución del procesado.

Pero esta ampliación u objetivización de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad que parecía tener una tendencia fija y estable en la jurisprudencia contencioso administrativa ha variado en las decisiones más recientes, como a continuación se describe.

3.3. El Consejo estrecha un poco la amplitud de su tesis

En decisiones recientes, el Consejo de Estado recoge la postura que venía sosteniendo para respaldar una tesis amplia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Así, el alto tribunal ha empezado a sostener una tesis intermedia entre la postura limitativa y la postura ampliada. Esta postura intermedia parte de la base de diferenciar el título de imputación de la responsabilidad para cada caso concreto.

De esta manera, cuando la responsabilidad del Estado se derive de sentencia absolutoria fundamentada en alguna de las hipótesis planteadas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el resultado de la asignación de la responsabilidad será de orden objetivo. Pero en eventos distintos a los expresamente consagrados en esta norma, el título de imputación de responsabilidad se corresponde con la falla del servicio.

Ejemplo de esta postura intermedia es la sentencia del 14 de abril de 2010¹⁰⁷, en la que conoció de una demanda de reparación directa fundamentada en los siguientes hechos. Una persona fue acusada de pertenecer y auxiliar a grupos armados ilegales en las comunas de Medellín. Para corroborar la situación, el DAS realizó un allanamiento en la vivienda ocupada por el demandante. El operativo culminó con la captura del acusado. Sin embargo, como resultado del operativo se presentó la muerte de la esposa

107 CE 3, 14 de abr.2010,e18960, E. Gil Botero.

del afectado. Quienes dirigieron el operativo señalaron que el afectado era quien había asesinado a la mujer. Por el contrario, el imputado aseveró que los detectives que realizaron la acción la habían asesinado y posteriormente alteraron la escena del crimen para evitar la clarificación de los hechos. La Fiscalía decretó la detención y el procesado estuvo privado de la libertad por un año. Sin embargo, en segunda instancia, la Fiscalía revocó la medida de aseguramiento al asegurar que no ha debido ser impuesta, ya que no existían pruebas para imputar el homicidio de la mujer al procesado. El superior jerárquico consideró que los hechos probablemente se habían desarrollado como el sindicado aseveraba. En este orden de ideas, determinó que la imposición de la medida se dio para “encubrir” lo realmente ocurrido. Igualmente, precluyó la investigación en lo concerniente al auxilio del sindicado a grupos armados ilegales. Con base en estos hechos, el afectado interpuso acción de reparación directa, que en primera instancia le fue resuelta en su contra por un problema probatorio¹⁰⁸.

El Consejo de Estado encontró patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación. Pero, para la toma de su decisión, el alto tribunal decidió hacer uso de las dos posturas para los distintos delitos de los que fue acusado el sindicado. En primer término, y en relación con el auxilio a los grupos ilegales, el Consejo de Estado consideró que la preclusión de la investigación se enmarcaba dentro de los supuestos del artículo 414 del decreto 2700 de 1991. Por ende, para este caso era aplicable la tesis objetiva.

Empero, para las demás conductas por las cuales se decretó la medida de aseguramiento posteriormente revocada (homicidio, porte ilegal de armas y lesiones personales contra funcionario público), el Consejo de Estado consideró que no debía acudir a la tesis amplia, sino más bien a la teoría de la falla del servicio. Encontró entonces que, en este caso concreto, no resultaba procedente la medida de aseguramiento por el delito de porte ilegal de armas y de lesiones personales contra funcionarios públicos, por cuanto las conductas se cometieron sin el elemento de antijuridicidad. Lo anterior, en virtud de que el sindicado actuó en un estado de necesidad, ya que nunca se exhibió por parte de las autoridades la orden judicial que autorizaba el allanamiento. Por otro lado, en relación con la imposición de la

108 En el proceso contencioso no se allegaron las copias del proceso penal adelantado contra el demandante sino de otro proceso penal. Lo anterior ocurrió por un error de la Fiscalía al momento de remitir las copias.

medida de aseguramiento por el homicidio de la esposa del demandante, el alto tribunal consideró que resultaba probada la falla del servicio, en tanto que la propia decisión del superior jerárquico de quien impuso la medida de aseguramiento reprochó el actuar del fiscal del caso para avalar la irregular actuación de los detectives del DAS¹⁰⁹.

Esta postura fue criticada en el salvamento de voto del consejero Mauricio Fajardo. Su crítica se fundamentaba en lo que implicaba el uso de la falla del servicio como título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado. De acuerdo con este consejero, en los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado debe primar la tesis amplia u objetiva, incluso en aquellos casos en los que la medida de aseguramiento se haya impuesto de forma posterior a la expedición de la Ley 270 de 1996. Las razones por las cuales el consejero disidente considera como importante el continuar aplicando la tesis objetiva de responsabilidad patrimonial del Estado son entre otras: (i) Esta tesis expresa de mejor manera el respeto por los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial por el principio de presunción de inocencia, pues no parece obvio que si no se logra desvirtuar esta presunción en materia penal este efecto no redunde en materia de responsabilidad extracontractual. (ii) El texto expreso de las normas sobre responsabilidad patrimonial del Estado consignadas en la Ley 270 de 1996 no se encuentra redactado de la manera objetiva que se encontraba el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. Pero esta

109 Dijo el alto tribunal a manera de *ratio decidendi*: "Por un lado, la absolución de la primera conducta da lugar a que se analice la imputación del daño antijurídico al Estado desde la perspectiva objetiva y, por lo tanto, el aspecto subjetivo de la entidad pública, esto es, si actuó con diligencia y cuidado a la hora de privar la libertad al procesado carece de relevancia. De otra parte, la preclusión de la investigación respecto de las conductas punibles de lesiones personales en servidor público y de porte ilegal de armas, al tener origen en una causal que excluye la antijuricidad, no quiere significar que los hechos no se hubieran encontrado tipificados y se haya producido la acción que se adecúa en el verbo rector contenido en los respectivos tipos penales; por consiguiente, esta última absolución, a diferencia de la primera, no se enmarca en ninguno de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P. de 1991. Y si bien, la anterior circunstancia supondría analizar la imputación de conformidad con cada una de las conductas que le fue atribuida a Aguirre López, para determinar si el Estado debe o no responder patrimonialmente de los perjuicios causados con la privación de la libertad, lo cierto es que, en el caso concreto, la falla del servicio se encuentra acreditada respecto de toda la investigación penal, incluida la decisión que le impuso medida de aseguramiento, circunstancia que se infiere del análisis efectuado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, unidad que al interior de la Fiscalía General de la Nación era la máxima instancia respecto de la denominada "jurisdicción regional o especializada". (...)Es por ello que la privación de la libertad de Rogelio Aguirre López supuso la materialización de lo que ha sido denominado por la jurisprudencia y doctrina alemana como "el error craso", teoría a partir de la cual se permite inferir una falla del servicio ante la constatación de un daño grosero, desproporcionado, y flagrante".

situación no conduce a que sea preciso acudir a la falla del servicio como título de imputación del daño. Lo anterior, por cuanto, si bien el artículo 65 de esta ley parece encuadrarse en esta figura, no ocurre lo mismo con el artículo 68, que es el que expresamente consagra la privación injusta de la libertad. Esto es así, gracias a que el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 sólo prescribe que quien haya sido privado injustamente de la libertad puede demandar al Estado en reparación de perjuicios, pero no hace referencia a defectos o errores en el actuar de la administración. (iii) La tesis objetiva evita que el juez administrativo entre a valorar la actuación del juez o de las autoridades judiciales en materia penal, lo que respeta la especialidad que debe existir entre cada una de estas áreas del derecho público¹¹⁰.

Pero este salvamento reviste gran importancia por una razón especial. Esta razón, que puede extraerse de los argumentos esgrimidos por el magistrado disidente, tiene que ver con el camino que va a tomar la corporación cuando empiece de forma consistente a fallar casos en los que la privación de la libertad se haya impuesto, no en vigencia del art. 414 del Decreto 2700 de 1991, sino en vigencia de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. La apuesta del magistrado es la de dar las mejores razones para que en estos eventos se siga aplicando un régimen de responsabilidad de carácter objetivo.

Sin embargo, vale la pena realizar algunas reflexiones en torno a esta defensa de la tesis amplia u objetiva aducida en el salvamento de voto en comentario. En primer término, se puede señalar que la pretendida protección de la libertad y la presunción de inocencia a través de esta tesis no es del todo irrefutable. Y esto es así, porque un efecto no deseado, pero de probable

110 Dice el magistrado Fajardo en el mencionado salvamento: "En ese orden de ideas, el examen de las eximentes de responsabilidad que pudieren operar, también, tratándose del régimen objetivo de responsabilidad por daño especial en los eventos de privación injusta de la libertad, con apoyo en el material probatorio recaudado en el proceso penal - si fue debidamente arrojado al expediente contencioso administrativo - pero sin sujeción a las valoraciones y conclusiones de la autoridad judicial penal - como insistentemente lo ha reconocido esta Sala - y manteniendo las evidentes diferencias que se dan en cuanto a los principios y a los esquemas de razonamiento que operan en una y otra Rama de la Jurisdicción, ese examen, digo, libera al Juez de lo Contencioso Administrativo de tener que hacer depender su decisión de cuestiones como, por ejemplo, el fundamento de la exoneración de responsabilidad de la víctima dentro del proceso penal, pues más allá de establecer si dicha exención obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no se consideró punible - ora por falta de tipicidad, bien por ausencia de antijuricidad o de culpabilidad - o a cualquiera otra causa, lo importante, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, según lo impone el artículo 90 constitucional, es establecer si la víctima se encontraba, o no, en el deber jurídico de soportar el daño que le haya sido irrogado".

ocurrencia mediante la defensa de la tesis objetiva, consiste en la generación de un incentivo anti-garantista de los derechos de los detenidos. En este orden de ideas, el Fiscal o el Juez de Control de Garantías que impone la medida de aseguramiento parece tener ahora la obligación de lograr la condena del imputado, so pena de que se decreta de forma automática y sin miramientos la responsabilidad patrimonial del Estado. Este no es el fin de la medida de aseguramiento, pero la tesis objetiva de responsabilidad puede generar este incentivo perverso.

Ahora bien, la postura aducida por el salvamento en relación con una deseable compartimentación de las valoraciones del juez administrativo versus las valoraciones de la autoridad judicial en materia penal se justifican desde el punto de vista de la jurisdicción administrativa, pero puede resultar criticable desde la orilla contraria. Y esto es así, por cuanto la medida de aseguramiento, de conformidad con las normas que la regulan, tiene una función no de índole sancionatoria¹¹¹, sino de carácter procesal. En efecto, la Ley 600 de 2000 consagró en su artículo 355 los siguientes fines para las medidas cautelares (entre las que se incluye la detención preventiva como amenaza efectiva de la libertad personal): *[l]a imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad*

111 De todas formas vale la pena mencionar que este aspecto genera controversias en dogmática penal pues, a pesar de la existencia de criterios que avalan la función procesal de la medida de aseguramiento, criterios sostenidos inclusive por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que declaró la constitucionalidad de las normas que regulan esta institución. En decisión C-774 /2001, R. Escobar, la Corte consideró sobre el particular: "(...) El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción". Sin embargo, desde la dogmática penal, esta alusión a la función procesal de la medida de aseguramiento tampoco resulta pacífica. Lo anterior, por cuanto algunos sostienen que la detención preventiva siempre debe considerarse como una pena. "conceptualización absurda y torpe es la de afirmar que la medida de aseguramiento de detención preventiva es compatible con la constitución, en virtud de que ella no tiene carácter sancionatorio. Son otras las razones de compatibilidad. Por lo pronto.(sic) Se puede afirmar que la detención preventiva en establecimiento carcelario es pena. Es forma de cumplir anticipadamente la pena que se le impondrá al procesado, en caso de que sobre él recaiga sentencia de carácter condenatorio. Es una pena preventiva, que se cumple por el procesado que aún no ha sido condenado, a pesar de que se presume su inocencia". En Morales, Marín, Gustavo. Proceso y sistemas de juzgamiento penal, Bogotá. DC., Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2001, Página 194.

delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria. Esta norma no fue del todo novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano, pues el artículo 11 de la Ley 65 de 1993, contenido del Código Penitenciario y Carcelario señaló: “[l]a presunción de inocencia presidirá el régimen de detención preventiva. La detención preventiva busca garantizar la comparecencia del sindicado en el proceso y la posterior efectividad de la sanción penal”.

Esta norma jurídica es indicativa de que, en vigencia del Decreto 2700 de 1991 y de la Ley 600 de 2000, la institución de la detención preventiva ya tenía un *status* como figura de carácter procesal, encaminada a permitir el normal desarrollo del proceso penal, y que no puede confundirse una privación de la libertad por este motivo, con la imposición de una medida sancionatoria o de carácter punitivo.

De otra forma, las autoridades judiciales que apelan correctamente a esta medida en cumplimiento de las normas legales que la regulan, bien pueden argumentar que no puede haber responsabilidad estatal si la norma ha cumplido su función, que no consiste, de otro lado, en lograr necesariamente condenas. Una tesis objetiva de responsabilidad patrimonial del Estado en esta materia parece desconocer la función procesal que recubre la medida de aseguramiento de la detención preventiva. Este desconocimiento de la finalidad procesal de la detención preventiva implica en últimas el considerar esta figura como una institución incompatible con la juridicidad del ordenamiento normativo en Colombia, en especial con la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la C.P., por considerar que esta medida tiene una dimensión punitiva y sancionatoria y que por ello, al absolverse al imputado, se le está causando un daño antijurídico.

La tesis intermedia fue reiterada en decisión del 31 de enero de 2011, en la cual se replicó la fórmula en el sentido de imponer al juez la necesidad de valorar el caso concreto para adjudicar el título de imputación adecuado.

4. CONCLUSIONES

La postura de la jurisdicción contencioso administrativa, en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, se ha movido entre el análisis de la arbitrariedad de la decisión, con la defensa a partir de una postura limitativa, hasta el aseguramiento universal de los injustamente detenidos, mediante la defensa de una tesis amplia y objetivista.

La doctrina jurisprudencial sigue buscando las fórmulas jurídicas que permitan balancear adecuadamente la responsabilidad entre estos dos extremos. Las fórmulas jurisprudenciales intentadas a veces parecen inclinarse hacia uno u otro lado de los intereses enfrentados, pero con frecuencia son ambiguas, indeterminadas e inclusive tienden a sobreponerse. Cada una de estas tesis presenta dificultades que requieren de su explicitación y discusión. Es apenas evidente que la tesis limitativa resulte criticable por partir del supuesto de que medidas como la detención preventiva deban ser consideradas como una carga pública que los ciudadanos están en la obligación de soportar. Pero, por el otro lado, la tesis objetiva, que puede mostrarse como garantista desde de el punto de vista de los demandantes, resulta sumamente preocupante para operadores judiciales en materia penal (llámese Fiscalía o Juez de Control de Garantías), porque implica que, sin error judicial, tienen que salir en todos los casos a responder patrimonialmente a las personas que hayan estado en detención preventiva sin confirmación posterior de su responsabilidad.

Las reflexiones elaboradas en torno a esta tesis igualmente permiten establecer que, aunque se puede considerar como justa, en abstracto, no necesariamente conduce a prevenir los daños antijurídicos que se causan a los sindicados en el proceso penal. Lo anterior, pues la tesis objetiva bien puede desincentivar el uso de esta medida por parte de los operadores judiciales. Pero también puede generar el efecto contrario. Y esto es así, ya que si para el juez administrativo carece de importancia el que la medida se haya tomado atendiendo a sus finalidades y con una actitud proporcional o con total desconocimiento de los derechos y garantías de los encartados en el proceso penal, el operador judicial en materia penal puede optar, no por dejar de imponer la medida de aseguramiento, sino por buscar la condena penal a toda costa.

Hasta ahora las reflexiones de la jurisdicción contencioso administrativa han sido endógenas. Sin embargo, vale la pena que un aspecto tan importante, por hacer referencia a la libertad de los ciudadanos, tenga en cuenta los efectos de cada una de estas tesis. Resulta impostergable que se entablen diálogos entre las justicias administrativa y penal para decantar estas posturas y acuñar soluciones jurisprudenciales que tengan efectos garantistas a toda prueba, en relación con la defensa y protección de los derechos de los ciudadanos.

DECISIONES JUDICIALES EN TORNO A LA FIGURA DE ABANDONO DEL CARGO

Ensayo elaborado a partir del tema seleccionado por
Ana Ligia Camacho Noriega para el IV Curso de Forma-
ción Judicial, Promoción 2009.

1. LA DOBLE DIMENSIÓN DE LA FIGURA DEL ABANDONO DEL CARGO

El abandono del cargo es una figura regulada por las sucesivas normas que determinan las relaciones entre la administración y su personal. Estas normas han considerado que el abandono del cargo da lugar al retiro del servicio del funcionario que incurra en esta conducta. Así, le otorgan a la administración la facultad de declarar la vacancia del empleo, que no significa otra cosa distinta a contar con la posibilidad de proveer el empleo con una nueva persona, aun cuando el afectado con esta clase de medidas sea un servidor de carrera administrativa.

Las normas en materia laboral administrativa han delimitado el concepto de “abandono del cargo”, con el fin de dar un nivel de certeza que le permita tanto a la administración como a los servidores públicos conocer qué tipo de ausencias resultan intolerables, por poner en riesgo el buen funcionamiento y la eficiente prestación de servicios o realización de actividades administrativas.

De conformidad con el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973¹¹², el abandono del cargo se produce en distintas circunstancias que se configuran si el empleado no aporta justificación para la ausencia de prestación del

112 Esta norma reglamentó el Decreto 2400 de 1968.

servicio. Estas circunstancias son: (i) cuando el empleado que se encuentra en alguna situación administrativa (licencia, permiso, vacaciones o comisión¹¹³) no reanuda sus funciones al vencer el plazo otorgado por la administración para el disfrute de alguna de las situaciones mencionadas; (ii) cuando el empleado deja de concurrir al trabajo por tres días consecutivos; (iii) cuando no asiste al trabajo antes de que se confiera la autorización para separarse del servicio activo; (iv) cuando habiendo presentado renuncia, el empleado no concurre al trabajo antes de los 30 días fijados por la ley como plazo para aceptación de la renuncia; y (v) cuando en caso de terminación del vínculo con el Estado no preste el servicio dejando el cargo a su suerte, sin que éste haya sido asumido por su reemplazo.

La Constitución de 1991 en su artículo 125 estableció que el retiro del servicio público se realizará de conformidad con las causales establecidas en la Constitución y en la ley. Mediante esta atribución dejó al legislador la tarea de establecer las modalidades mediante las cuales resulta posible terminar la vinculación de los empleos públicos. Esta tarea se efectuó por el legislador en las Leyes 27 de 1992¹¹⁴, 443 de 1998¹¹⁵ y 909¹¹⁶ de 2004, normas que siempre incluyeron el abandono del cargo como una causal para el retiro del servicio. Sin embargo, estas normas posteriores a la Constitución de 1991 prevén la necesidad de que la administración declare la vacancia del cargo sin definir la manera como debe tomarse esta decisión. También puede señalarse que ninguna de ellas se ocupó de definir lo que se entiende por abandono del cargo, ni cuándo se configura esta causal del retiro. Por ende, resulta necesario acudir a las disposiciones anteriores al texto constitucional de 1991 para la determinación de los contornos de este concepto.

Pero esta necesidad no es un recurso interpretativo de carácter supletorio. Por el contrario, de forma expresa se señala en la Ley 909 de 2004, que actualmente regula la materia, la posibilidad de acudir a las disposiciones del Decreto 2400 de 1968 y las normas que lo reglamentan (como el Decreto

113 El Decreto 1950 de 1973 establece como una modalidad de abandono del cargo la no reanudación de las funciones dentro de los 30 días siguientes a terminar la prestación del servicio militar. Sin embargo esta situación ya no se presenta en tanto que, las normas que regulan actualmente la prestación del servicio militar exigen la definición de la situación militar como un requisito para tomar posesión de un cargo público y para el ingreso a la carrera administrativa. Sobre el particular ver el artículo 36 de la Ley 48 de 1993.

114 Artículo 7 literal h)

115 Artículo 34 literal g)

116 Artículo 41 literal i)

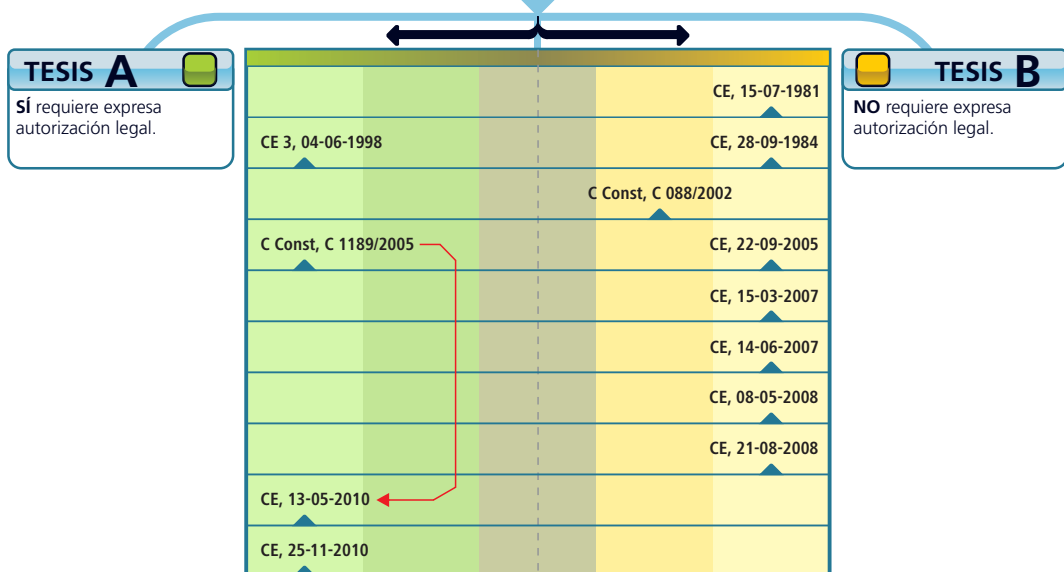
1950 de 1973), para determinar lo relacionado con la administración del régimen de personal de las entidades públicas.

Y el tener que recurrir a normas anteriores a la Constitución de 1991 para regular y determinar la figura del abandono del cargo, se han producido algunos inconvenientes en su aplicación por parte de las autoridades administrativas, inconvenientes que han sido ventilados en la jurisdicción contencioso administrativa y también en la jurisdicción constitucional.

Estos inconvenientes se pueden resumir en la manera de aplicar la garantía del debido proceso constitucional en la aplicación de la figura del abandono del cargo. De un lado, se ha exigido a la administración la necesidad de aplicar procesos disciplinarios de forma previa a la declaración de vacancia del cargo. De otro lado, se ha señalado que la administración adopta esta clase de decisiones sin seguimiento del procedimiento establecido por las normas del C.C.A. para este fin. Para resolver estos inconvenientes, ambas jurisdicciones se han pronunciado en los sentidos que se incorporan en el siguiente gráfico de análisis jurisprudencial:

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿La declaración de vacancia por abandono del cargo requiere de la tramitación previa de procesos disciplinarios o el agotamiento de otras medidas para la protección del debido proceso?



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La comprensión de esta línea jurisprudencial requiere el esclarecimiento de algunos elementos previos. En primer término, tanto la jurisdicción constitucional como la jurisdicción contencioso administrativa han tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con las medidas necesarias para declarar la vacancia por abandono de un cargo público en sintonía con la garantía al debido proceso. Por ello, esta línea jurisprudencial incorpora decisiones proferidas por cada una de estas jurisdicciones y analiza la manera como se han ido concatenando los distintos pronunciamientos de estas dos jurisdicciones.

En segundo lugar, resulta necesario aclarar que el problema jurídico incorporado en el gráfico se encuentra redactado en términos más generales, para que se puedan diferenciar dos discusiones distintas, pero íntimamente ligadas, que se han adelantado por parte de estos altos tribunales en torno a la figura de abandono del cargo.

Un primer problema tiene que ver con los cuestionamientos a los actos administrativos que declaraban la vacancia por abandono del cargo, sin que mediara un proceso disciplinario que de forma previa autorizara el proceder de la administración para la toma de esta clase de decisiones. Estos cuestionamientos le reclamaban a la jurisdicción contencioso administrativa la legalidad de los actos administrativos que de forma autónoma declaraban la vacancia del cargo por su abandono, sin acudir a las disposiciones de las normas disciplinarias (Ley 200 de 1995 y Ley 734 de 2002) que establecían el abandono del cargo como una falta disciplinaria. Se reprochaba entonces que la ausencia de este procedimiento previo de índole disciplinario se constituía en una afectación del debido proceso que viciaba de nulidad los actos proferidos por la administración en ausencia de esta clase de garantías.

Sin embargo, para el año 2005, la jurisprudencia del Consejo de Estado, apoyada en decisiones de la Corte Constitucional, aclaró que no era necesaria la adopción del proceso disciplinario como requisito para la declaración de la vacancia del cargo, y por ende, para la terminación del vínculo laboral con el Estado. Los altos tribunales prontamente solucionaron el problema

jurídico en relación con el carácter autónomo de la figura de abandono del cargo como fórmula para la terminación de los vínculos laborales con el Estado.

No obstante, la sencillez con la que las normas anteriores a la Constitución de 1991 regularon la figura de abandono del cargo ha contribuido a la generación de nuevos tipos de reclamaciones que solicitan el cumplimiento previo de los procedimientos del C.C.A. en la expedición de estos actos administrativos.

A pesar de que, *prima facie*, estos dos problemas jurídicos parecieran distintos, es posible articularlos si se usa como hilo conductor la exigencia para la administración de garantizar de forma previa el debido proceso de los afectados con la declaración de vacancia por abandono del cargo. En un primer momento, esta exigencia se manifestó en la necesidad de agotar los procedimientos consagrados en las normas disciplinarias. En un segundo momento, esta exigencia se concretó en la posibilidad para el afectado de controvertir o justificar la ausencia en el cargo de forma anterior a la expedición del acto administrativo que da por terminado el vínculo laboral con el Estado. Enseguida se describirán estos momentos de forma más detallada.

3.1. El abandono del cargo: ¿Causal autónoma o sujeta al previo agotamiento del procedimiento disciplinario?

Un primer momento de esta línea jurisprudencial da respuesta a la posibilidad de la administración de declarar la vacancia por abandono del cargo de forma autónoma y sin acudir a los procedimientos disciplinarios. Pero, ¿en dónde se origina este problema?

Este problema jurídico se explica en el contenido del Decreto 1950 de 1973. La norma señala en su artículo 127 que, una vez se comprobara cualquiera de las circunstancias para que se configurara el abandono del cargo, la administración debería declarar la vacancia del empleo "previos los procedimientos legales". Esta expresión llevó a los afectados con estas medidas a reclamar la aplicación de los procedimientos establecidos en el título VI de este mismo decreto que establecía el régimen disciplinario de los empleados de la Rama Ejecutiva. En el momento de la expedición de esta regulación, normas sobre carrera y normas disciplinarias compartían el mismo estatuto. Los afectados con esta declaración solicitaban la realización de un procedimiento

previo para la declaración de la vacancia y parecían encontrarlo en las disposiciones sobre régimen disciplinario.

Sin embargo, el Consejo de Estado, en la jurisprudencia anterior a la expedición de la Constitución de 1991, consideró que el abandono del cargo era una causal autónoma para el retiro del servicio y que, por ende, no resultaba necesario adelantar un proceso disciplinario de forma previa a la declaración de vacancia de un empleo público. Dijo inclusive en una decisión del año de 1981:

“Finalmente, la Sala observa que conforme a las previsiones contenidas en los artículos 25 del Decreto 2400 de 1968 y 105 del Decreto 1950 de 1973 las causales de retiro de los servidores públicos son, entre otras, la insubsistencia, la renuncia regularmente aceptada, la supresión del empleo, la pensión de jubilación, la invalidez absoluta, la edad, la destitución y el abandono del cargo. De conformidad con lo anterior, es incuestionable que el abandono del cargo constituye una situación independiente, con características especiales que la distinguen de las demás causales de retiro, como se desprende del Decreto 2400 de 1968 mencionado. Por ello no es desatinado afirmar que la declaratoria de vacancia por abandono del cargo no requiere el previo adelantamiento del proceso disciplinario consagrado en el artículo 167 del Decreto 1950 de 1973, máxime si se tiene en cuenta que para declarar la ocurrencia de tal fenómeno, la ley no prevé procedimiento especial alguno. Simplemente, a la Administración le basta verificar el hecho que configura el abandono, en ausencia de otra causa justificada”.

Los apartes subrayados de la decisión muestran que el Consejo de Estado no indicaba la existencia de un procedimiento especial para esta clase de declaratorias, que en todo caso no coincidía con los procedimientos del régimen disciplinario.

Esta subregla de decisión la reiteró este alto tribunal en decisión del 28 de septiembre de 1984, en la que señaló que “[c]on fundamento en lo expuesto, es indiscutible que la declaratoria de vacancia por abandono del cargo no requiere el previo adelantamiento del proceso disciplinario, pues éste está reservado, como ya se vio, a las investigaciones que puedan dar lugar a la imposición de una de las sanciones disciplinarias, dentro de las cuales

no se encuentra la declaratoria de vacancia por abandono del cargo"¹¹⁷.

Sin embargo, de forma posterior a la expedición de la Constitución de 1991, el Consejo de Estado varía su jurisprudencia. En demanda resuelta por este tribunal en decisión del 21 de junio de 2001, el Consejo de Estado rechaza la tesis de acuerdo con la cual el abandono del cargo podía declararse de forma autónoma respecto del proceso disciplinario.

En esta sentencia se conoció del caso de un docente de tiempo completo de una institución educativa cuyo cargo había sido declarado en vacancia por abandono del cargo. En la demanda se acusaba la nulidad del acto administrativo proferido por la entidad pública por cuanto no se había dado la posibilidad de interponer los recursos contra el acto, así como por la omisión de la administración de "todo tipo de procedimientos", entre los que se destaca la imposibilidad de ser oído en descargos para justificar su ausencia en el cargo. Nótese que el reclamo de la demanda va dirigido a la ausencia de un procedimiento que garantizara ciertas funciones (derecho de defensa) del afectado con la medida. La tesis que defendía la demanda era que, mediante la expedición de la Ley 200 de 1995, se había configurado el abandono del cargo como falta disciplinaria gravísima y que, por ende, era necesario adelantar el procedimiento disciplinario consagrado en esta norma jurídica para que fuera posible la declaración de la vacancia.

El Consejo de Estado optó por variar la jurisprudencia y le halló la razón al demandante. Consideró el alto tribunal que la determinación de la Ley 200 de 1995 de incorporar el abandono del cargo como una falta disciplinaria produjo la derogatoria de los artículos 126 a 128 del Decreto 1950 de 1973 que establecían la declaración de vacancia por abandono del cargo. De acuerdo con esta jurisprudencia, era preciso que se tramitara esta declaratoria con base en el procedimiento consagrado en la Ley 200 de 1995 para la imposición de sanciones disciplinarias. Esta derogatoria se explica, según la decisión, en la imposibilidad de distinguir entre la figura de abandono del cargo regulada por el Decreto 1950 de 1973 y la de la Ley 200 de 1995. En virtud de esas consideraciones, el Consejo de Estado anuló el acto administrativo demandado.

Mientras esto ocurría en la jurisdicción contencioso

117 CE 2, 28 de sep. de 1984, e6754, A. Anzola Linares.

administrativa, la jurisdicción constitucional conocía de una demanda de inconstitucionalidad que haría necesario un replanteamiento de la postura adoptada por el Consejo de Estado.

3.2 La intervención de la Corte Constitucional

En sentencia C-088 de 2002¹¹⁸, la Corte Constitucional conoció de la demanda de inconstitucionalidad contra el literal g) del artículo 34 de la Ley 443 de 1998, en la cual se establecía el abandono del cargo como causal de retiro del servicio de los empleos públicos. El cargo mediante el cual se solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma se fundamentaba en la afectación mediante esta figura del derecho al debido proceso. De acuerdo con la demanda, no era posible distinguir esta figura de la sanción disciplinaria contenida en el artículo 25 de la Ley 200 de 1995. Por ello, el permitir la declaración de vacancia por abandono del cargo como una figura autónoma y sin la realización previa de un proceso disciplinario constituía una afectación del derecho al debido proceso, en especial, al principio de *non bis in ídem*. Lo anterior, por cuanto mediante esta norma se realizaban simultáneamente dos procesos distintos para conocer una misma conducta. Esta afectación del debido proceso la fundamentaba la demanda en la identidad de causa, de objeto y de persona respecto de la cual recaían las actuaciones.

Contrario a lo sostenido por el Consejo de Estado en la decisión del 21 de junio de 2001, la Corte Constitucional sí halló diferencia entre la figura incorporada en las normas sobre carrera administrativa para configurar el abandono del cargo y la falta disciplinaria consagrada en las normas de la Ley 200 de 1995. Esta diferencia la fundamentó el alto tribunal en los distintos propósitos que cumple el abandono del cargo en cada una de las normas que lo regulan. Comprendió la Corte que el propósito de las normas de carrera administrativa era proteger la eficiencia de la actividad de la administración, mientras que las normas disciplinarias se encaminaban a salvaguardar la moralidad administrativa mediante la imposición de sanciones en los casos de realización de faltas disciplinarias.

118 C Const, C-088/2002, E. Montealegre.

En el caso concreto, la Corte encontró que no existía una afectación al debido proceso, específicamente al *non bis in ídem*, pues como los ordenamientos normativos que contienen la figura de abandono del cargo tienen propósitos diferentes, la facultad de la administración de retirar del servicio a los empleados públicos por abandono del cargo estaba ajustada a la Constitución, así también se adelantaran simultáneamente procesos disciplinarios por la misma causa. Con base en estas consideraciones, el alto tribunal declaró la constitucionalidad del literal g) del artículo 34 de la Ley 443 de 1998.

De forma seguida, el Consejo de Estado cambió su jurisprudencia. En sentencia de unificación del 22 de septiembre de 2005, la Sección Segunda conoce del caso de una docente de la Universidad del Cauca a quien, luego de revocársele la comisión de estudios que le habían otorgado (por inconvenientes en la renovación de las pólizas de garantías), se le declaró la vacancia del cargo, por no presentarse a la universidad a trabajar.

Esta decisión utiliza argumentos bien similares a los acogidos por la Corte Constitucional para declarar la constitucionalidad de las normas sobre abandono del cargo en la decisión del año 2002. Sin embargo, la sentencia no cita a la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado cambió su jurisprudencia estableciendo que las normas sobre carrera administrativa persiguen propósitos distintos a las normas disciplinarias y que por ello no puede entenderse que las normas del Decreto 1950 de 1973 se encuentren derogadas. Esta diferencia en los propósitos de la norma justifica que la administración pueda adelantar la declaración de vacancia del cargo de forma autónoma a la adopción de los procedimientos de orden disciplinario.

Pero si el proceso que debe adoptarse no es el de las normas del derecho disciplinario, ¿qué procedimientos debían adoptarse por la administración para la aplicación de estas normas sobre carrera administrativa?

En esta decisión, el Consejo de Estado responde estos interrogantes en los siguientes términos:

“Esta declaratoria de vacancia de un cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario; basta que se compruebe tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, que ésta opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo. Pero adicionalmente a la comprobación física de que el empleado ha dejado de concurrir por tres (3) días consecutivos al trabajo, la ley exige que no se haya acreditado justa causa para tal ausencia, obviamente estimada en términos razonables por la entidad en la que presta sus servicios. Si la justa causa se comprueba con posterioridad, el acto debe revocarse”.

La subregla acuñada por el Consejo de Estado se “despreocupa” de la necesidad de que la administración adopte un procedimiento previo para adoptar la declaratoria de vacancia por abandono del cargo. El alto tribunal entiende que en aquellos casos en los que luego de proferido el acto administrativo se lograra probar la justa causa, la administración debía proceder a revocar la decisión adoptada, y por ende, dejar sin efectos la terminación del vínculo laboral del afectado. Esta “despreocupación” en relación con el procedimiento de la administración para proferir el acto administrativo la fundamenta en la necesidad de comprender el sentido de las normas de carrera administrativa sobre abandono del cargo que es el de defender “[e]l interés general que anima el servicio público, el cual no puede suspenderse por el abandono que haga un funcionario de sus deberes”.

Entre tanto, la jurisdicción constitucional tendría la oportunidad de pronunciarse nuevamente en torno a la figura del abandono del cargo en una decisión del 22 de noviembre de 2005 (sólo dos meses después de que el Consejo de Estado adoptara la decisión de septiembre de 2005) en términos distintos a los establecidos por el Consejo de Estado.

3.3. Debido proceso previo en la adopción de decisiones que declaran la vacancia del cargo

En sentencia C-1189 de 2005, la Corte Constitucional conoce de una nueva demanda de inconstitucionalidad sobre las normas de carrera administrativa que consagran el abandono del cargo como causal de retiro del servicio público. En esta demanda se solicita la declaración de inconstitucionalidad del literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que incorporaba las

previsiones en torno a esta figura. Los cargos por los que se acusaba la norma estaban referidos a la afectación del derecho al debido proceso, por cuanto la norma no establecía el procedimiento que debía adoptarse por parte de la administración para la toma de esta clase de decisiones.

En esta decisión de la Corte se identifican similitudes y diferencias con las subreglas adoptadas por el Consejo de Estado sobre la materia. Las similitudes están en la reiteración de la posibilidad de declarar la vacancia del cargo de forma autónoma y con base en las normas sobre carrera administrativa y no en las normas disciplinarias. Sin embargo, la Corte Constitucional reconoce la necesidad de garantizar el debido proceso de forma previa a la declaración de la vacancia del cargo por abandono del cargo. Para la Corte, el debido proceso también se predica de las actuaciones administrativas tal y como se desprende de lo ordenado por el artículo 29 de la C.P. Por lo anterior, la expedición de esta clase de actos debe estar precedida de la observancia de los procedimientos contemplados en el C.C.A. para la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto. Estos procedimientos se contraen a permitir la manifestación de la administración, pero si de forma previa se le permite al afectado con la decisión: (i) el ejercicio del derecho de defensa mediante la comunicación del inicio de la actuación administrativa, (ii) ser oído en descargos por la autoridad administrativa competente, y (iii) otorgar la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas.

Y esta exigencia es bien diferente de la postura del Consejo de Estado que, como se analizó, consideraba que la protección del debido proceso radicaba en la facultad de la administración de revocar los actos administrativos proferidos para la declaratoria de la vacancia del cargo, cuando el empleado pudiera comprobar la justa causa. Esta postura entonces considera que este control posterior es de suficiente entidad para garantizar el debido proceso. Sin embargo, la Corte Constitucional, sin hacer referencia a este criterio (probablemente por la cercanía en el tiempo de los dos pronunciamientos), señala un efecto totalmente distinto, en cuanto a la protección del debido proceso en estas actuaciones. Dice el alto tribunal:

“Ahora bien, aun cuando es cierto que las consecuencias que se derivan del retiro del servicio por abandono del cargo y aquellas provenientes de la sanción impuesta al funcionario, posterior al adelantamiento del proceso disciplinario por la misma conducta son distintas, en cuanto a

que en la primera hipótesis no se configura un antecedente disciplinario y no se impone una sanción, sino que el retiro se produce como consecuencia de una medida administrativa, lo anterior no implica que en la primera eventualidad no sea indispensable ofrecer al funcionario las garantías previas inherentes al debido proceso y que sea suficiente con la posibilidad de ejercer los controles posteriores al acto. En efecto, si bien la medida administrativa de retiro del servicio por abandono del cargo no configura una medida sancionatoria, dadas las diferencias puestas de presente en esta providencia, la gravedad de las consecuencias que se desprenden de dicha medida, hace indispensable que el funcionario cuente con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), **previa** expedición del acto administrativo de retiro del servicio. De esta manera, estima esta Corporación que los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario, resultan insuficientes para garantizar el respeto de su derecho fundamental al debido proceso. Como conclusión surge, pues, que cualquiera que sea el ámbito al que se refiera una causal de retiro, y con el fin de garantizar los principios generales de estabilidad y de carrera administrativa consagrados en la Carta, así como el respeto de los derechos fundamentales de aquellos empleados que no hagan parte del régimen de carrera, es preciso garantizar un debido proceso que excluya la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación, **antes** de que ésta se produzca”.

Con base en esta subregla de decisión, la Corte Constitucional declara la constitucionalidad condicionada del literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en el entendido de que la expedición de los actos administrativos que declaran la vacancia del cargo requiere como “[r]equisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio”.

3.4. El control de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento del debido proceso administrativo en la declaratoria de vacancia por abandono del cargo

De forma posterior a la sentencia de unificación de la Sección Segunda del 22 de septiembre de 2005 y a la sentencia de la Corte Constitucional C-1189 de 2005, el Consejo de Estado continúa conociendo de solicitudes de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos mediante los cuales se declara la vacancia del cargo.

Durante los años 2007 a 2009, el Consejo de Estado continuó conociendo de estos casos. El control de legalidad efectuado por el Consejo de Estado se limitó a analizar si las justificaciones esgrimidas por los afectados con la declaratoria de vacancia del cargo se consideraban como suficientes o no para que la administración profiriera esta clase de actos administrativos. En los casos en los que encontró que esta justificación era un motivo suficiente y adecuado para la ausencia del empleado en el cargo, procedió a anular los actos administrativos que declaraban la vacancia.

Así ocurrió, por ejemplo, en decisiones como la sentencia del 15 de marzo de 2007¹¹⁹ y la sentencia del 8 de mayo de 2008¹²⁰ en las que, luego de la revisión de la justa causa alegada por los demandantes, el Consejo anuló el acto administrativo demandado. También se pueden observar casos en los que no se anuló el acto administrativo por encontrar que no se probó por parte de los afectados una justificación para el abandono del cargo, como el caso de la sentencia del 14 de junio de 2007¹²¹.

El común denominador de estos casos es que, independientemente del resultado del juicio de legalidad, el Consejo de Estado no evaluaba

119 En este caso se había declarado la vacancia del cargo de un servidor que no se había posesionado aduciendo la imposibilidad de tomar un vuelo para viajar al sitio donde debía posesionarse por suspensión de los vuelos y su imposibilidad de realizar el viaje por tierra por razones de salud. El Consejo de Estado anuló el acto demandado al encontrar que las razones alegadas por el demandante para no posesionarse se podían calificar como justa causa. Igualmente consagró que las causales para declarar el abandono del cargo no tipifican esta figura en los casos de ausencia de posesión en el cargo.

120 En este caso se declaró la vacancia del cargo de un empleado que fue trasladado a otro puesto de trabajo interpuso el recurso de reposición para expresar su desacuerdo con la administración. Sin embargo antes de que la administración resolviera el recurso decretó la vacancia del cargo alegando que no se había reportado en el lugar del traslado. El empleado justificó su actitud demostrando que nunca interrumpió la prestación del servicio y que no se presentó por la falta de respuesta de la administración sobre el recurso de reposición. El Consejo de Estado encontró justa causa en la actitud del empleado por la falta de firmeza del acto administrativo que ordenaba el traslado.

121 El actor de la demanda faltó cuatro días al trabajo (miércoles, jueves, viernes y lunes). Alegó que el día lunes no debía contabilizarse en su contra pues el transcurso del fin de semana daba pie a que se reiniciara el conteo de los días de no prestación del servicio activo.

el acto administrativo desde la perspectiva del procedimiento previamente utilizado por la administración para expedir el acto administrativo que declaraba la vacancia del cargo. Estas decisiones siguen entonces la línea de argumentación de la decisión del 22 de septiembre de 2005 de la propia corporación, y no la de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se consideraba que la expedición de estos actos tenía una naturaleza de índole declarativo y que el control posterior del acto, por medio de los recursos en la vía gubernativa o el control jurisdiccional adoptado por el Consejo de Estado, era suficiente garantía del derecho constitucional del debido proceso.

Pero en decisiones del año 2010, el Consejo de Estado se aparta de esta línea argumental y retoma la jurisprudencia sobre abandono del cargo de la Corte Constitucional para darle un mayor alcance al derecho al debido proceso en esta clase de decisiones de la administración. Dentro de estas sentencias tiene especial relevancia la decisión del 13 de mayo de 2010 sustentada por el magistrado Gerardo Arenas Monsalve.

3.5 La sentencia del 13 de mayo de 2010

En esta sentencia se conoce de la demanda de nulidad contra el acto administrativo que había declarado la vacancia de un empleado enfermero de una E.S.E. El empleado fue encargado de la dirección de otro centro hospitalario del municipio, por lo cual le fue otorgada comisión para acometer estas labores. El demandante ocupó el cargo de gerente por un término de dos años. Sin embargo, presentó renuncia al empleo de gerente sin que ello implicara su renuncia a la comisión que venía disfrutando por cuanto debía entregar el empleo a quien fuera designado en su reemplazo. El Alcalde del municipio aceptó la renuncia, pero le solicitó que permaneciera en el cargo por unos días más, mientras conseguían el reemplazo. Cuando el demandante pretendió asumir su cargo nuevamente, una vez se había provisto el empleo de gerente, se encontró con la resolución mediante la cual se había declarado en vacancia el cargo de enfermero. La declaración de la vacancia por parte de la E.S.E. se fundamentó en el artículo 93 del Decreto 1950 de 1973 en el que se establece que *[finalizado] el término de la comisión o cuando el funcionario comisionado haya renunciado a la misma antes del vencimiento de su término deberá reintegrarse al empleo de carrera de que es titular. Si ni lo hiciere incurriría*

en abandono del cargo. Sin embargo, el demandante alegó que no incurrió en esta conducta, por cuanto sólo podía desvincularse del cargo comisionado hasta tanto se nombrara el reemplazo y que, por ende, estuvo en servicio activo en este lapso temporal. La solicitud de anulación se efectuó por la negativa de la entidad de resolver en reposición las consideraciones en relación con la justa causa alegada por el afectado.

En este caso concreto, el Consejo de Estado decide anular la resolución que declaraba la vacancia del cargo por encontrar como justificada la ausencia del empleado en el cargo de enfermero. Sin embargo, esta decisión es de suma relevancia para esta línea jurisprudencial, en tanto que las razones de decisión esgrimidas por la sentencia para declarar la nulidad del acto administrativo se apoyan en el precedente establecido en la jurisprudencia C-1189 de 2005 de la Corte Constitucional. En efecto, en esta decisión el Consejo de Estado analiza la respuesta dada por la entidad pública al recurso interpuesto por el afectado. En esta respuesta se leía por parte de la entidad que: *[la gerencia no cuenta con] elementos de juicio ni material probatorio que le permita en este momento, calificar objetiva y subjetivamente las razones que aduce el recurrente y frente a su no reincorporación inmediata luego de finalizada la comisión que se le había conferido.*

De esta respuesta al recurso partió el consejero para poner en evidencia que en el caso concreto no se había garantizado el derecho al debido proceso del demandante. Lo anterior, debido a que era necesario que al actor se le permitiera ejercer su derecho de contradicción y de defensa de forma previa a la expedición del acto administrativo. Este desconocimiento del derecho constitucional al debido proceso implica como consecuencia jurídica su anulación. Señaló el consejero Arenas:

“Para la Sala resulta reprochable, que la administración sólo y luego de expedido el acto administrativo que declaró la vacancia por abandono del cargo, decisión que comporta una grave afectación a la situación laboral del actor, hubiera manifestado expresamente que carecía de elementos de juicio para valorar la justificación expresada por el administrado. Bajo estos supuestos, la administración debió garantizar plenamente el derecho de defensa, de tal forma que, luego de permitirle al empleado que acreditara las razones por las que no reasumió sus funciones una vez finalizada la licencia, procediera a calificar si resultaba razonable o no la justificación que presentaba,

pues conforme a lo previsto en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, el abandono del cargo se produce, cuando concurre en el empleado la causal sin justa causa. La garantía constitucional al debido proceso en la actuación administrativa que *culminó con la expedición del acto que declaró vacante el empleo que ocupaba* el demandante, a juicio de la Sala, no se entiende cumplida con la posibilidad de cuestionar la validez de la decisión a través del recurso de reposición interpuesto. El control de legalidad del acto administrativo, a través de los recursos de la vía gubernativa y las acciones ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, constituye una garantía posterior, la cual parte del supuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa en los términos previstos en el artículo 35 del C.C.A. Por eso, en el caso concreto, los recursos agotados por la parte interesada en vía gubernativa, resultan insuficientes para salvaguardar el debido proceso, pues dada la gravedad de las consecuencias que se desprenden de la declaratoria de vacancia del empleo, resultaba absolutamente indispensable que el señor Hernando Cortés Torres contara con las garantías del debido proceso (defensa y contradicción), **previo** a la expedición del acto administrativo de retiro del servicio.”.

De conformidad con esta postura, la declaración de vacancia por abandono del cargo es una causal autónoma del retiro del servicio frente a la cual no resulta necesario aplicar las previsiones del proceso disciplinario. Pero esto no implica el que se le desconozca al afectado el contradecir la decisión de la administración de forma anterior a la expedición del acto administrativo. Con base en lo anterior, resulta necesario adelantar el procedimiento contemplado en el C.C.A. para garantizar el derecho al debido proceso, pues esta garantía no encuentra pleno respaldo en el simple control posterior que se ejerza mediante los recursos de la vía gubernativa o mediante el control jurisdiccional.

Esta postura posteriormente fue reiterada por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 2010 en la que se declaró la vacancia de un empleado por la imposibilidad de transcribir una incapacidad médica por parte del afectado. Esta imposibilidad se debía a errores en el pago de la seguridad social por parte de la entidad que, por error, consignó sus aportes en otra E.P.S distinta a la que se encontraba afiliado el afectado. Sin embargo, la entidad procedió a declarar la vacancia sin aceptar la justificación presentada para la ausencia en el cargo. En este caso, el alto tribunal nuevamente

estableció una exigencia para la administración de respetar el debido proceso de forma previa a la expedición del acto de declaratoria de la vacancia del cargo. Por estas razones anuló el acto demandado.

4 ● CONCLUSIONES

El debido proceso es una garantía que, de acuerdo con la Constitución, también es exigible en las actuaciones administrativas. Sin embargo, en un tema de trascendencia para la estabilidad del empleo de los servidores públicos como las causales para el retiro del servicio, no ha habido mucha claridad en torno a la configuración normativa de la figura de abandono del cargo. Esta ausencia de claridad se evidencia específicamente en cuestionamientos acerca del tipo de procedimiento que debe adelantarse por parte de la administración para proferir los actos de declaración de vacancia del cargo. En un primer momento, la jurisprudencia proferida por las altas cortes colombianas se preguntó si ese procedimiento se hallaba en las normas del derecho disciplinario. Sin embargo, tanto la jurisdicción administrativa como la constitucional concluyeron que no existía esta posibilidad por las diferentes finalidades que se persiguen en estas materias en relación con la figura.

Una vez se definió por la jurisprudencia que definitivamente no existía una relación entre la figura de abandono del cargo regulada por el derecho disciplinario y la consagrada en las normas de carrera administrativa, se acudió a la Constitución para respaldar la necesidad de enmarcar estas decisiones en el acatamiento del principio del debido proceso.

Mientras que la jurisprudencia de la Corte Constitucional prestó atención a esta clase de exigencias, la jurisprudencia del Consejo de Estado continuó acudiendo como referente normativo a las normas preconstitucionales que regularon desde 1973 la figura de abandono del cargo. Pero, recientemente, el Consejo de Estado decidió incorporar la interpretación del principio del debido proceso en las actuaciones administrativas referenciada por el tribunal constitucional colombiano.

En esta línea jurisprudencial, entonces, se pone en evidencia que la constitucionalización del derecho administrativo cada vez está cobrando más vigencia y que las visiones de debido proceso administrativo entre jurisdicción constitucional y jurisdicción contenciosa administrativo cada vez se asemejan más, en beneficio de los afectados con decisiones de carácter administrativo en las que se discuten o extinguen sus derechos.

