



Radicado: 47001-23-33-000-2014-00141-01 (0386-2016)
Demandante: Omar Perdomo Fonseca

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C, dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 47001 23 33 000 2014 00141 01
N.º Interno: 0386-2016
Demandante: OMAR PERDOMO FONSECA
Demandado: DISTRITO DE SANTA MARTA, CONCEJO DISTRITAL DE SANTA MARTA

LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala de Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado decide el recurso de apelación presentado por el señor apoderado de la tercera interesada, Paola Gómez Bolaño, así como por el Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta, en contra de la providencia del 19 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

II. ANTECEDENTES

2.1 La demanda

Omar Perdomo Fonseca, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la Resolución y la posesión de fecha 2 de enero de 2014 de la abogada Paola Gómez Bolaño como asesora de control interno del Concejo Distrital de Santa Marta, así como del acta 009 de 2013 suscrita por el presidente y el secretario general de dicha corporación distrital, en la cual se dejó constancia que no se podía posesionar al demandante en el cargo de asesor para el control interno, por no reunir los requisitos para el mismo.



Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho pidió (i) dejar sin efectos los actos de nombramiento y posesión recaídos en la abogada Paola Gómez; (ii) que se dé cumplimiento a la Resolución 152 de diciembre 30 de 2013, y se posesione al demandante en el cargo de asesor de la oficina de control interno del Concejo Distrital; (iii) Se le reconozcan y paguen los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir a partir del 2 de enero de 2014 hasta la fecha en que sea posesionado y entre a ejercer el cargo para el cual fue legalmente designado; y (iv) se condene a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

2.2 Hechos relevantes

Son los que se resumen a continuación¹:

- El demandante fue nombrado por el presidente del Concejo Distrital en el cargo de jefe de control interno, por medio de la Resolución 152 de 30 de diciembre de 2013.
- El 2 de enero de 2013 se presentó a tomar posesión del cargo y le fue informado que no se procedería a realizar dicho acto, debido a que se encontró que no cumplía con los requisitos para acceder al mismo, pues no era abogado de profesión. Además, le fue comunicado que se había nombrado a otra persona en la señalada plaza.

2.3 Normas violadas y concepto de violación.

Invocó como normas violadas las siguientes:

De la Constitución Política: artículos 2, 6, 25, 29, 122.

De la Ley 1437 de 2011, artículo 2.

La Ley 1474 de 2011.

¹ Folios 1 a 3 del cuaderno principal.



Como concepto de violación indicó que el acto de nombramiento del señor Fonseca Perdomo se ajustó a la ley, al ordenamiento constitucional y legal, por lo que no podía revocarse sin su consentimiento expreso y escrito, de tal manera que el presidente del Concejo Distrital de Santa Marta, debió demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no revocarlo como lo hizo.

Como consecuencia de lo anterior, puso de presente que el nombramiento de la señora Paola Gómez Bolaños a través de la Resolución 2 de 2 de enero de 2014 fue irregular, dado que tuvo origen en el incumplimiento de los requisitos por parte del señor Omar Fonseca Perdomo siendo esta circunstancia falsa.

2.4. Contestación de la demanda

El Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, a través de apoderado judicial contestó la demanda, en el escrito que se encuentra en los folios 171 a 174 del expediente, se opuso a las pretensiones dado que el demandante no cumplía con los requisitos establecidos en el Manual de Funciones de la entidad, - Resolución 74 de 27 de diciembre de 2006-, en el que expresamente se dispuso que para el cargo se requiere el título de abogado.

Sostuvo que el Manual de Funciones no ha sido demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por lo tanto se presume ajustado a la ley.

Por su parte, la señora Paola Gómez Bolaño, a través de apoderado judicial contestó la demanda de la referencia, en el escrito que se encuentra en los folios 272 a 286 del expediente, solicitando que se desestimen las pretensiones en los términos que a continuación se resumen:

Manifestó que el demandante no reúne los requisitos para ser nombrado en el cargo de asesor de control interno del Concejo Distrital de Santa Marta, debido a que en el Manual de Funciones de esa Corporación Pública, se estableció que para ocupar dicho cargo se requiere el título de abogado y el señor Perdomo Fonseca es contador.

Adicionalmente indicó, que la Resolución 152 de 30 de diciembre de 2013 se expidió con falta de competencia, pues el Concejo Distrital no podía nombrar antes del año



2014 de acuerdo con el concepto expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 12 de diciembre de 2012, y que adicionalmente se nombró para un período superior al establecido en el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, pues solo podía ser por cuatro años y en el acto administrativo se señaló que era por cinco años.

2.5. Sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Magdalena accedió a las pretensiones de la demanda mediante la sentencia proferida dentro de la audiencia inicial el 19 de agosto de 2015. Para el efecto señaló que el ente nominador al proferir la Resolución 2 de 2 de enero de 2014 mediante la cual nombró a Paola Gómez Bolaño en el cargo de asesor para control interno, grado 01, código 105, debió previamente aplicar la institución de la revocatoria directa respecto de la Resolución 152 de 2013, en la que anteriormente se había nombrado al demandante, y no acudir a la figura de la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto. De tal manera que trasgredió el contenido del artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al no contar con la aquiescencia del señor Omar Perdomo Fonseca.

Argumentó, que si bien es cierto el Consejo de Estado ha señalado que los actos de nombramiento tienen la naturaleza de actos condición, pues se expiden no para el beneficio de la persona nombrada, sino para la satisfacción del interés general, y que por tanto no es necesario prestar el consentimiento para proceder a la revocatoria del acto, también es cierto que la revocación se debe fundar en motivos objetivos y comprobados que hayan sido fijados previamente por el legislador.

En cuanto a la revocatoria del nombramiento del demandante, señaló que no obedeció a razones objetivas y comprobadas, pues este sí cumplía con los requisitos para ocupar el cargo de asesor de control interno del concejo distrital, ya que si bien, el manual de funciones de la entidad consagró el requisito del título profesional de abogado, dicha exigencia es ilegal, teniendo en cuenta que a la luz de lo dispuesto en la Ley 87 de 1993 tan solo se requiere el título de formación profesional y experiencia de tres años en asuntos de control interno, los cuales cumple a cabalidad el demandante.



Con base en lo anterior, sostuvo que la Resolución 2 del 2 de enero de 2014 incurrió en falsa motivación.

Debido a que advirtió que el requisito contenido en el artículo 12 del manual de funciones desconoció la Ley 87 de 1993, aplicó una «excepción de ilegalidad» sobre el mismo.

Ahora bien, en cuanto a que en la parte resolutive de la Resolución 152 de 2013 se haya establecido un período superior a los 4 años, puso de presente que en la parte motiva de dicho acto administrativo se dejó claro que era por el lapso indicado en la norma, y que si bien es una irregularidad, no tiene por virtud viciar de nulidad dicho acto administrativo ya que no es sustancial.

En cuanto a la fecha del nombramiento y el desconocimiento del concepto del Consejo de Estado, indicó que la resolución 152 de 30 de diciembre de 2013 se expidió para ocupar una vacancia en el cargo de asesor para control interno y no con el ánimo de crear un nuevo cargo.

Como consecuencia de lo anterior ordenó:

«1. - DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 002 de 02 de enero de 2014 "Por medio de la cual se designa al funcionario encargado del área de control interno para un periodo fijo", expedida por el Concejo Distrital de Santa Marta, por las razones expuestas.

2. - A título de restablecimiento del derecho se CONDENAR al Distrito de Santa Marta - Concejo Distrital de Santa Marta, a posesionar al señor OMAR FONSECA PERDOMO en el cargo de Asesor para el Control interno Grado 01 Código 105 previsto en la planta de personal del Concejo Distrital, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha en que se le impidió tomar posesión, hasta que se haga efectiva la misma o hasta el vencimiento del periodo institucional de cuatro años para el cual había sido nombrado, conforme lo establece el artículo 11 de la Ley 87 de 1993

Las sumas que resulten a favor del actor, se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times$$

Índice final

Índice inicial



Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

De los valores que sean reconocidos no se descontará suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que el actor estuvo separado del servicio.

2.- INAPLICAR el artículo 12 de la Resolución No. 074 de 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se adopta el Manual Específico de funciones, requisitos y competencia laborales para los diferentes empleos que conforman la planta de personal del Concejo Distrital de Santa Marta y se dictan otras disposiciones.

3. - NEGAR la excepción de ilegalidad frente a la Resolución No. 152 de 30 de diciembre de 2013, formulada por Paola Gómez Bolaños, mediante apoderado judicial, según lo expuesto en la parte motiva.

4. - CONDÉNASE en costas a la parte demandada, Distrito de Santa Marta - Concejo Distrital de Santa Marta».

2.6. Del recurso de apelación.

El señor apoderado de Paola Gómez Bolaño apeló la anterior decisión², con base en los argumentos que se resumen a continuación:

Señaló que en la audiencia inicial el Tribunal Administrativo del Magdalena erró al considerar que el acta 009 de 2 de enero de 2014 no es un acto administrativo, pues en esta se realizó una manifestación de voluntad de la administración.

En relación con dicha acta no se agotó el requisito de conciliación, motivo por el cual se presentó una inepta demanda.

Por otra parte, señaló que el acta 009 de 2 de enero de 2014 es la que contiene el acto que le generó un daño al actor y no la Resolución 2 de 2 de enero de 2014, por medio de la cual se nombró a la señora Paola Gómez Bolaño.

² Fólios 409 a 418 del expediente



Además, insistió en la falta de competencia para expedir el acto de nombramiento, pues la Resolución 152 de 30 de diciembre de 2013 es anterior a la culminación del período fijo del cargo, esto es, antes del 31 de diciembre de 2013.

En ese sentido reiteró que las autoridades territoriales solo pueden hacer los nombramientos respecto de los encargados del control interno, una vez concluido el período, tal como se señaló en el concepto de 12 de diciembre de 2013, radicación 2182.

Al respecto agregó que no se podría hacer el nombramiento previo al vencimiento del término fijo pues los nominadores podrían de manera anticipada y arbitraria asegurar el reemplazo a futuro de quien se encontraba ocupando un cargo en período fijo.

Por su parte, el distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta apeló³ la decisión de primera instancia, para señalar que el Concejo no hace parte de la administración distrital y que el mismo tiene autonomía administrativa y presupuestal por lo que no es posible condenar al ente territorial.

2.7. Alegatos de conclusión en la segunda instancia.

El señor apoderado del Distrito reiteró los argumentos de la apelación⁴.

Por otra parte, el apoderado de la parte demandante solicitó que se confirme la decisión de primera instancia, pues a su juicio el nombramiento del señor Perdomo Fonseca se ajustó a la Constitución Política y a la Ley.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁵, el Consejo de Estado es competente para

³ Folios 419 a 422 del expediente

⁴ Folios 463 y 464 del expediente.

⁵ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.



resolver el recurso de apelación interpuesto.

3.2. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos por los apelantes, el problema jurídico a resolver por parte de esta Corporación consiste en determinar, en primer lugar, si existe un derecho subjetivo en cabeza del señor Perdomo Fonseca, a partir del cual se pueda solicitar un restablecimiento de un derecho.

Así mismo, es preciso determinar si la Resolución 152 de 30 de diciembre de 2013 se expidió con falta de competencia.

3.3. Existencia de un derecho subjetivo en cabeza del demandante.

La existencia de un derecho subjetivo en los casos de nombramiento, solo se predica en los eventos en los que se haya perfeccionado el mismo.

Debe tenerse en cuenta que el nombramiento es un acto-condición, que no se expide en beneficio del individuo objeto del mismo, sino de la colectividad.

Al respecto, esta Sala ha señalado:

«3.1.2. Naturaleza jurídica del acto administrativo de nombramiento.

Respecto a la naturaleza jurídica del acto de nombramiento, esta Corporación ha señalado que se trata de un acto condición que está sujeto a la verificación de unos presupuestos legales que conducen a formalizar el nombramiento y a completar la investidura de servidor.

En las anteriores condiciones, el acto de nombramiento no crea o modifica la situación jurídica de un particular, ni reconoce un derecho de igual categoría. Por tanto, el funcionario nombrado sólo adquiere los derechos del cargo al momento de su posesión, toda vez que el acto condición no atribuye derecho subjetivo alguno, solo decide que una persona, el nombrado, quedará sometida a un determinado régimen general, legal o reglamentario, una vez haya accedido a la posesión en el cargo»⁶.

Como se desprende de lo anterior, la persona que es nombrada en un cargo tan solo adquiere los derechos una vez se produce la posesión, pues este es sujeto a

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de septiembre de 2017, expediente: 4147-14, magistrado ponente: William Hernández Gómez.



la verificación de requisitos. Luego, solo se perfecciona con el acto de posesión, a partir del cual adquiere los derechos del cargo.

En principio, lo anterior sería suficiente para revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda, pues no se había radicado en cabeza del señor Perdomo ningún derecho subjetivo.

Sin embargo, esta sala deberá analizar la posibilidad de revocar el acto de nombramiento, cuando no se ha producido la posesión en el cargo.

3.4. De la facultad del Concejo Distrital de Santa Marta para revocar el acto administrativo sin el consentimiento del señor Perdomo.

Es preciso poner de presente que, de acuerdo con lo expuesto de manera reiterada por esta corporación, no se requería agotar el procedimiento establecido en el artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para revocar el acto administrativo de nombramiento.

En efecto, en la disposición invocada se señaló lo siguiente:

«Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular».

Como se desprende de la norma, se requiere el consentimiento del ciudadano en los casos en los cuales se haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o se haya reconocido un derecho de igual categoría, y en el caso de los actos de nombramiento esto no sucede pues los mismos no atribuyen ningún derecho subjetivo y están sujetos a verificación de los presupuestos legales, tal como se puso de presente anteriormente.

En ese sentido, esta corporación ha afirmado:

«En relación con la posibilidad de revocar el acto administrativo de nombramiento frente a un pretendido derecho subjetivo de la parte actora, la Sala estima necesario reiterar la tesis ya expuesta en casos similares, en cuanto que el nombramiento es un ACTO CONDICIÓN, que se expide no



para el beneficio de la persona llamada a ocuparlo sino para la satisfacción del interés general; por este motivo se descarta su naturaleza de índole particular, concreta y subjetiva, porque simplemente coloca a una persona en una situación objetiva e impersonal: la condición de empleado público.

Por estas circunstancias, **no se requiere el consentimiento del empleado para proceder a su revocación en términos del artículo 73 del C.C.A.**⁷.

Tal como se anunció, dicha posición ha sido reiterada, y en un pronunciamiento reciente, esta subsección señaló lo siguiente:

«Concretamente frente a la posibilidad de la administración de revocar actos administrativos que crean o modifican una situación jurídica de carácter particular o reconocen un derecho de igual categoría, el artículo 73 de Código Contencioso Administrativo. El citado artículo, textualmente señala que:

«[...] cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular [...]»

Esta regla, sin embargo, admite dos excepciones: i) Cuando el acto sea producto de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales establecidas en el artículo 69 del CCA y ii) Si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

En el presente caso, tal como se señaló en el acápite anterior, al ser el acto de nombramiento de la demandante un acto- condición, no creó en su favor una situación jurídica de carácter particular. Por estas circunstancias, no se requiere el consentimiento de la demandante para proceder a su revocación en términos del artículo 73 del CCA.

Por tanto, la decisión contenida en el Acta 010 de 28 de febrero de 2012 podía ser revocada directamente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona sin el consentimiento previo de la demandante, en la medida que cambió su voluntad de hacer producir efectos jurídicos a la designación realizada, antes de que se hubiera posesionado la misma y por tanto, pese a que el correspondiente acto administrativo existió no alcanzó a producir efectos jurídicos.

En conclusión: En el presente al ser el acto de nombramiento de la demandante un acto condición, este no creó en su favor una situación jurídica de carácter particular y por tanto, no se requería su consentimiento para su revocación en términos del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, norma vigente al momento de la expedición del Acta 011 de 29 de febrero de 2012»⁸.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 3 de agosto de 2006, expediente 1147-2005, magistrado ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de septiembre de 2017, expediente 4147-14, magistrado ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.



Como se desprende de la jurisprudencia citada, al tratarse de un acto condición, no era necesario el consentimiento del demandante. Es preciso resaltar el hecho de que estos actos se expiden no para el beneficio de una persona, sino para el de la colectividad. Por esa misma razón, no se requiere el consentimiento de la persona para que sean revocados y, por lo tanto, con este no se desconoce derecho alguno por parte de la entidad nominadora, dado que no generan ningún derecho particular.

Es decir, mientras el acto administrativo crea una situación jurídica de carácter concreto y en principio se torna intangible, por lo que solo se puede revocar si se obtiene el consentimiento de su titular, no sucede lo mismo con el acto condición.

En el artículo 5 de la Ley 190 de 1995 se estableció que en caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

Luego, el Concejo de Santa Marta, en el momento en el que advirtió que Omar Perdomo Fonseca no cumplía con los requisitos establecidos en la Resolución 074 de 2006, debía proceder a su revocación.

Ahora bien, debido a que en el caso concreto se demandó la Resolución 2 de 2014 por medio de la cual se nombró a Paola Gómez Bolaños en el cargo de asesor de control interno código 105 grado 1, es necesario tener en cuenta que en la misma no se incurrió en falsa motivación, pues ella reunía los requisitos establecidos tanto en la Resolución 074 de 27 de diciembre de 2006 como en la ley, tal como consta en los folios 290 a 330 del expediente, y tal como se señaló en la Resolución 2 de 2014 (folio 42 del expediente), Omar Perdomo Fonseca no los cumplía.

En efecto, para el cargo de asesor de control interno código 105, grado 01, de acuerdo con la Resolución 074 de 27 de diciembre de 2006 se requiere «título



profesional de abogado con tarjeta profesional»⁹ y «dos años de experiencia relacionada con las funciones del cargo»¹⁰.

Por su parte, en el Acta 009 de 2014 en la cual se decidió no posesionar al demandante, tampoco se incurrió en falsa motivación, debido a que en el manual de funciones vigente, contenido en la Resolución 074 de 27 de diciembre de 2006 (folios 290 a 330 del expediente), se estableció como requisito para ejercer el cargo el título profesional de abogado, tal como se señaló previamente.

En ese sentido, si bien es cierto que ese requisito podría tenerse como contrario a la Ley 87 de 1993, no podía ser inaplicable por ilegal por una autoridad administrativa. Es decir, el concejo de Santa Marta debía cumplir con lo establecido en la Resolución 074 de 27 de diciembre de 2006. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C – 037 de 2000, señaló lo siguiente:

«23. La Corte encuentra que es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa. Los artículos 236 a 238 atribuyen, en efecto, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función, la cual debe ejercerse en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esa Corporación corresponde “Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”. De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender provisionalmente “los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

⁹ Folio 310 del expediente.

¹⁰ *Ibidem*.



479

Radicado: 47001-23-33-000-2014-00141-01 (0386-2016)

Demandante: Omar Perdomo Fonseca

24. Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad»¹¹.

De lo anterior se desprende que, para el momento de ocurrencia de los hechos, el Concejo Distrital tenía la obligación de cumplir con lo dispuesto en la Resolución 074 de 27 de diciembre de 2006.

A partir de lo anterior, no se puede decir que haya una evidente vulneración del orden jurídico por parte de dicha corporación, pues se limitó a cumplir con las disposiciones vigentes.

En consecuencia, en estricto sentido no habría lugar a un restablecimiento de un derecho, pues el concejo de Santa Marta realizó lo que las normas vigentes le exigían.

3.5. Respecto de la competencia temporal para la expedición de la Resolución 152 de 2013.

El apoderado de la señora Paola Gómez Bolaños señaló que la Resolución 152 de 2013 se expidió con falta de competencia temporal, debido a que no se podía hacer el nombramiento del señor Perdomo Fonseca por no haber culminado el período anterior (esto es, el que venció el 31 de diciembre de 2013), pues de esa forma se podría incidir de manera arbitraria en la persona que debe ocupar a futuro el cargo de asesór para el control interno.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C – 037 de 26 de enero de 2000, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.



Esta Sala encuentra que le asiste razón a la parte demandada, pues efectivamente de permitirse que se haga un nombramiento para un período fijo que no ha concluido se limita la potestad nominadora de la administración y se incurre en una irregularidad, pues la vacante sólo se puede ocupar para el lapso establecido en la ley, que en el caso concreto iba del 1 de enero de 2014, hasta el 31 de diciembre de 2017.

En ese sentido, el cargo de asesor para el control interno no se podía proveer antes del 1 de enero de 2014, y por lo tanto el concejo municipal efectivamente no tenía competencia temporal al momento de expedir la Resolución 152 de 2013.

3.6. Del control de legalidad del acta 009 de 2014.

El señor apoderado de Paola Gómez argumentó que se debió declarar la ineptitud de la demanda, porque el demandante no solicitó la nulidad del Acta 009 de 2 de enero de 2014.

En relación con este argumento es preciso señalar que en la demanda sí se solicitó la nulidad del Acta 009 de 2014, tal como se observa a continuación

«PRIMERO: Que se declare la nulidad de la resolución No. (sic) 002 de 2014 y la posesión de fecha 2 de enero de 2014 de la doctora PAOLA GÓMEZ BOLAÑO como asesora de Control Interno del Concejo Distrital de Santa Marta, y el acta de fecha 2 de enero de 2014 que impidió la posesión de mi mandante para el cargo al cual había sido nombrado que contiene una presunta revocatoria tácita de su nombramiento por ser abiertamente ilegales»¹².

Pese a que no se identificó expresamente, sí se señaló que había sido expedida el 2 de enero de 2014.

En relación con la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, debe tenerse en cuenta que en el trámite de la audiencia inicial, el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró que la mencionada acta no tiene el carácter de acto administrativo y la parte interesada no apeló dicha decisión, tal como consta en los folios 368 a 376 del expediente.

¹² Folio 3 del expediente.



Por tal razón, esta Sala pone de presente que el momento oportuno para discutir los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo del Magdalena en relación con las excepciones previas era en el trámite de la audiencia inicial, respecto de las cuales se debió agotar el recurso de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y, por lo tanto, no resulta pertinente pronunciarse respecto de los mismos en esta etapa del proceso, por cuanto aun en el evento en el que se haya presentado alguna irregularidad quedó saneada ante el silencio de la parte interesada.

Adicionalmente, se advierte que la misma tan solo se trata de una comunicación de una decisión y no de un acto administrativo propiamente dicho.

3.7. Conclusión

Con base en los argumentos expuestos, esta sala revocará la sentencia de primera instancia y negará las pretensiones de la demanda.

3.8. De la condena en costas

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho¹³, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso¹⁴ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto al recurso de apelación surtido ante esta Corporación, se condenará en costas a la parte demandante en ambas instancias, de acuerdo con los numerales 1 y 4 del artículo 365 del Código General del Proceso.

¹³ Artículo 361 del Código General del Proceso.

¹⁴ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.



Adicionalmente, porque se cumplió con el presupuesto del numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, pues la señora Paola Gómez Bolaños tuvo que contratar un abogado para defender sus intereses en ambas instancias.

Las mismas serán liquidadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que accedió a las pretensiones de la demanda de la referencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

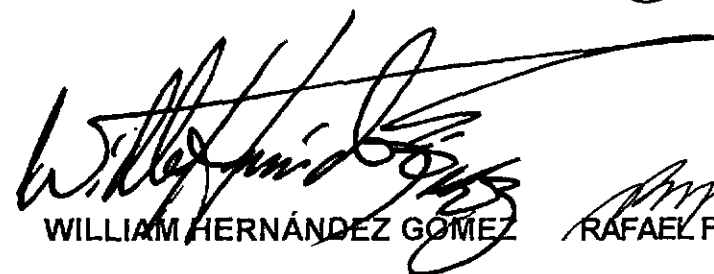
TERCERO: CONDENAR en costas y agencias en derecho en ambas instancias al señor Omar Perdomo Fonseca. Las mismas se liquidarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

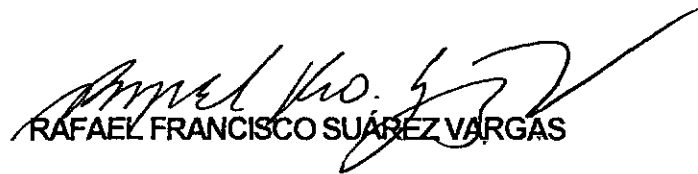
CUARTO: En firme esta decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS