

2. a) CESION DE CONTRATO - Silencio Administrativo Positivo. Protocolización. Efecto

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, precisa, entre otras eventualidades, que en virtud del principio de economía "En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley" (num. 16). Obra en el plenario prueba documental según la cual el cesionario Jimmy Suárez Arévalo, coadyuvado por el demandante, manifestó a TELECOM que remitía el Contrato de Venta de Bienes Muebles y Cesión de unos derechos del SAI Rondón en el Espinal, según Contrato RIB - 00010-95; el escrito respectivo fue recibido en la Entidad estatal el 30 de mayo de 1995, sin que en el proceso aparezca prueba alguna de la respuesta. La Sala considera que el silencio administrativo positivo a que se refiere el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993 no se configura en este caso, porque si bien es cierto TELECOM recibió la comunicación referida en el párrafo precedente y no respondió en el término que para el efecto señala la norma pretranscrita, el peticionario no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo. El acto de protocolización es el medio que la ley ha señalado para demostrar la ocurrencia del silencio administrativo positivo, él constituye un requisito *Ad solemnitatem*, que no se cumplió en el sub-lite y por tal razón no puede tenerse como probado el hecho alegado por el recurrente, que hace consistir en que la cesión del contrato se realizó efectivamente y de ella tuvieron conocimiento los Gerentes Departamental y Municipal de El Espinal, lo cual, a su juicio, significa que hubo aceptación tácita de TELECOM.

b) REVOCATORIA DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO- Por ocultar información de la actividad económica privada / REVOCATORIA DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO - Acto Condición. No requiere consentimiento del empleado

El acto impugnado da cuenta que para tomar posesión el señor Leovigildo Suárez Céspedes diligenció el formato único de hoja de vida, previsto en el artículo 1° de la Ley 190 de 1995, en el cual manifestó bajo la gravedad del juramento que no se encontraba incurso en las causales de incompatibilidad de orden constitucional o legal, para ocupar el cargo de Director I con registro No. 21193, ubicado en la Dirección Jurídica Seccional GSA, Seccional Tolima del Instituto de Seguro Social, con lo cual el actor ocultó información sobre su actividad privada económica empresarial y en consecuencia se encontraba incurso en causal de inhabilidad que le impedía tomar posesión de cargo público. Para establecer si el acto de nombramiento del actor podía ser revocado sin su consentimiento expreso y escrito, la Sala precisa que la jurisprudencia de esta Sección ha reiterado que el acto mediante el cual se nombra a una persona en un cargo público, es de los denominados condición, que se expide para la satisfacción del interés general y no para el beneficio de la persona llamada a ocuparlo, razón por la cual no es imperativo obtener el consentimiento del empleado para la revocatoria de su nombramiento

Nota de Relatoría: Sobre la revocatoria del acto de nombramiento sin necesidad de consentimiento del empleado se citan las sentencias del Consejo de Estado del 10 de abril de 2003, Exp No 4978-01, M.P. ANA MARGARITA OLAYA FORERO y del 9 de agosto de 2007, Exp No 0905-05, M.P. ALFONSO VARGAS RINCON

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"

Consejera Ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 73001-23-31-000-2001-04981-01(4981-05)

Actor: LEOVIGILDO SUAREZ CESPEDES

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de octubre de 2004, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda incoada por Leovigildo Suárez Céspedes contra el Instituto de Seguros Sociales.

LA DEMANDA

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor Leovigildo Suárez Céspedes solicitó la nulidad de la Resolución No. 0295 de 29 de enero de 2001, mediante la cual el Presidente del Seguro Social revocó la Resolución No. 6728 de 19 de noviembre de 1995 y nombró al demandante en el cargo de Director I, con registro No. 21193, ubicado en la Dirección Jurídica Seccional GSA, Seccional Tolima.

A título de restablecimiento del derecho solicitó ordenar su reintegro al cargo mencionado, considerando que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; el pago de todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás derechos de la asignación básica, que aproximadamente ascienden a \$40.000.000, desde el día del retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrado; a liquidar los valores debidamente indexados, ajustándolos con base en el IPC, conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y que se de cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 176 y 177 ibidem.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El 23 de agosto de 1991 el actor fue vinculado al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Tolima; designado como Supervisor Administrativo Auditoría Interna, Clase II, Grado 22, mediante Resolución No. 04058 del día 6 de los mismos mes y año.

El 27 de noviembre de 1996, fue nombrado Director I, ocho (8) horas, Registro No. 21193 en la Dirección Jurídica del Instituto demandado, Seccional Tolima, conforme a la Resolución

No. 6728 de 19 de noviembre de 1996, habiendo tomando posesión del cargo el 27 de noviembre de la misma anualidad, según Acta No. 481.

Las funciones desempeñadas por el demandante fueron las inherentes al cargo de Director Jurídico.

El 7 de enero de 1995, el actor junto con el señor Jhon Jairo Céspedes Suárez, suscribieron con TELECOM el Contrato SAI RIB-0010 cuyo objeto era regular los derechos y obligaciones recíprocas para la atención de servicios que presta la telefonía a través de la modalidad C.T. desde un SAI, ubicado en el Municipio de El Espinal; la duración del convenio era de tres (3) años.

El mencionado contrato fue modificado en su Cláusula Cuarta, en el sentido de que su duración no sería de tres (3) años sino de tres (3) meses renovables, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte de El Agente, como consta en la comunicación que, según Oficio N° 5708 de 5 de noviembre de 2000, TELECOM hizo conocer al Instituto de Seguros Sociales.

La Gerencia Nacional de Recursos Humanos del ISS, mediante Oficio N° 821-025209 de 22 de noviembre de 2000, solicitó a TELECOM certificar la fecha de iniciación del Contrato SAI RIB-0010; la respuesta se surtió mediante Oficio N° 6100 de 13 de diciembre de 2000, indicando que la fecha de iniciación fue el 7 de enero de 1995 y que para entonces se encontraba en trámite de cancelación definitiva del contrato, sin precisar la fecha de terminación, ni las causas de la cancelación y liquidación del mismo.

Con fundamento en los Oficios Nos. 5708 y 6100 de 5 de noviembre y de 13 de diciembre de 2000, respectivamente, la Presidencia del Seguro Social expidió la Resolución N° 0295 de 29 de enero de 2000, por medio de la cual revocó la Resolución N° 6728 de 19 de noviembre de 1996, que había nombrado al demandante en el cargo de Director I, ocho (8) horas, Registro N° 21193, ubicado en la Dirección Jurídica, Seccional GSA del Tolima y lo inhabilitó para ejercer funciones públicas por el término de tres (3) años. La decisión referida se fundamentó en los artículos 13 y 15 de la Ley 190 de 1995 y en su Decreto reglamentario N° 2232 de 1990, en el sentido de que hubo ocultamiento de información sobre las actividades económica y privada del aspirante, su participación en sociedades y en cualquier actividad privada de carácter económico, o sin ánimo de lucro de la que hiciera parte dentro o fuera del país.

En el artículo 3° de la Resolución demandada se indicó que contra la misma no procedía recurso alguno por la vía gubernativa, porque se trataba de un acto de libre remoción y

ejecución, quedando agotada esa vía para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Mediante contrato escrito y de acuerdo con la Cláusula Primera del convenio inicial, el 19 de mayo de 1995 el actor transfirió a título de venta al señor Jimmy Suárez Arévalo, los bienes muebles que hacían parte del Contrato de Telecomunicaciones de Telefonía suscrito con TELECOM y cedió sus derechos en la concesión otorgada por esa Empresa, para el funcionamiento de larga distancia nacional e internacional.

En la fecha precitada el señor Suárez Céspedes no tenía la calidad de funcionario público del Instituto de Seguros Sociales, sino de la seguridad social y por tal razón no se encontraba incurso en lo contemplado en los artículos 13 y siguientes de la Ley 190 de 1995.

Para 1995 los funcionarios de la seguridad social no tenían la calidad de trabajadores oficiales ni de empleados públicos; la Ley 12 de 1997 confirió facultades al Gobierno para reorganizar los Seguros Sociales y con fundamento en ella expidió el Decreto extraordinario N° 1651 de 1977, para regular la administración de personal del Instituto y en su artículo 3° clasificó los empleados en: públicos, funcionarios de la seguridad social y trabajadores oficiales.

El actor suscribió el Contrato SAI RIB-0010 en enero de 1995, época en la cual no ostentaba la calidad de empleado público y en consecuencia no estaba inhabilitado para celebrar esa clase de convenios.

Para cuando TELECOM produjo los oficios de 5 de noviembre y de 13 de diciembre de 2000, dando respuesta al ISS, el señor Suárez Céspedes no tenía vínculo contractual con la empresa de telefonía, toda vez que desde el 19 de mayo de 1995 había cedido sus derechos al señor Jimmy Suárez Arévalo y el 7 de junio de 1995 el contrato y su prórroga habían expirado por vencimiento del plazo.

A pesar de que el 1° de abril de 2000 el actor no tenía contrato suscrito con TELECOM, porque la Empresa lo había modificado, adicionándolo para suscribirlo con la Sociedad Suárez y Castañeda Ltda., en la Resolución N° 385 de 29 de diciembre de 2000, esa Entidad pretende terminar el contrato SAI RIB-0010 de 7 de enero de 1995 involucrando al señor Suárez Céspedes.

Al proferir las Resoluciones Nos. 04058 de 6 de agosto de 1991 y 6728 de 19 de noviembre de 1996, mediante las cuales se nombró al actor como Supervisor Administrativo y Director I, respectivamente, se creó una situación jurídica particular, subjetiva y concreta a su favor, que impedía su revocatoria unilateral por parte del Seguro Social (art. 73 C.C.A.).

NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas con el acto demandado citó los artículos 29 de la Constitución Política; 3°, 28, 35, 44, 50, 69, 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo; 5° y 15 de la Ley 190 de 1995 y 33 de la Ley 80 de 1993.

SENTENCIA APELADA

Es la de 20 de octubre de 2004, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda (fls. 103-115 cdo. ppl.). La decisión del A-quo se fundamentó así:

En relación con el agotamiento de la vía gubernativa se observa que el artículo 3° del acto demandado expresó que contra el mismo no procedía recurso alguno, razón por la cual el accionante quedó habilitado para demandar directamente (art. 135 C.C.A.).

El Contrato de Prestación de Servicio desde un SAI, para atender la telefonía de larga distancia nacional e internacional, fax y telegrafía, que celebró TELECOM el 7 de de enero de 1995 con Jhon Jairo Céspedes y Leovildo Suárez Céspedes, cuya duración era de tres (3) años, es un contrato estatal con fines mercantiles y si bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 6° del Decreto N° 2123 de 1992, se regía por normas comerciales y civiles en lo concerniente a la formación, celebración, ejecución y terminación, por mandato del artículo 127 de la Constitución Política no lo podían celebrar servidores públicos, entendiéndose por tales los que define el artículo 123 ibídem.

Aun cuando el Contrato de Prestación de Servicios N° 00010 de 1995, fue cedido el 19 de mayo del mismo año a Jimmy Suárez Arévalo, por Leovigildo Suárez, la verdad es que la cesión no se perfeccionó porque, de conformidad con la Cláusula Décima Segunda del convenio inicial, se necesitaba la autorización previa, expresa y escrita de TELECOM y como esta Entidad guardó silencio, impidió la desvinculación contractual del contratista; dicho silencio no constituía el silencio administrativo positivo que da cuenta el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Como el actor no demostró cuando fue desvinculado del contrato RIB 00010 de 1995 y pese al esfuerzo oficioso del auto de 3 de marzo de 2003, con el cual apareció como contratista la Empresa Suárez y Castañeda Ltda., de acuerdo con la prueba documental allegada, el demandante se encontraba vinculado a la prestación de telefonía de larga distancia nacional e internacional, fax y telegrafía, en la modalidad contractual en el SAI Rondón de El Espinal, cuando fue designado en el cargo de Director I, ocho (8) horas, registro 21193, en la Dirección Jurídica Seccional GSA, Seccional Tolima, mediante Resolución N° 6728 de 19 de noviembre de 1996.

De lo anterior se concluye que cuando el demandante celebró el Contrato de Prestación de Servicios era servidor oficial del Estado, puesto que estaba vinculado mediante relación legal y reglamentaria desde 1991 y así se hubiese vinculado como funcionario de la seguridad social, con la Constitución Política de 1991 quedó cobijado con la incompatibilidad del inciso 1° del artículo 127 ibídem.

Si el actor se posesionó en el cargo que da cuenta la Resolución N° 6728 de 19 de noviembre de 1996 y ocultó que era contratista de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, el Presidente del Seguro Social tenía facultad para revocar su nombramiento e inhabilitarlo por tres (3) años, de conformidad con los artículos 5° y 6° de la Ley 190 de 1995.

En salvamento de voto que obra a folios 116 y 117, el Magistrado disidente manifiesta que si TELECOM recibió la comunicación de cesión del contrato el 30 de mayo de 1995, a partir de entonces disponía de tres (3) meses para contestar, como ello no ocurrió, el demandante quedó desvinculado de la relación contractual a partir del 30 de agosto de 1995; así entonces cuando se le nombró, el 19 de noviembre de 1996, ya no tenía contrato ni calidad de contratista.

EL RECURSO

La parte demandante apeló la anterior providencia (fls. 121-142). Expresó que para proferir la Resolución N° 0295 de 29 de enero de 2001, el Instituto de Seguro Social solo tuvo en cuenta el Oficio N° 5708 de 5 de noviembre de 2000 expedido por la Gerencia Departamental de TELECOM, Tolima, según el cual, el 7 de enero de 1995 el demandante suscribió el Contrato RIB 000-10, cuya duración era de tres (3) años, pero no analizó la modificación efectuada a la Cláusula Cuarta, en el sentido de que la duración sería de tres (3) meses, renovables previa verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte de El Agente.

El Seguro Social tampoco tuvo en cuenta, porque no se le dio oportunidad al actor de explicar, que había cedido todos sus derechos y obligaciones respecto de los bienes muebles y enseres y de los atinentes al contrato celebrado con TELECOM, incurriendo en error manifiesto, puesto que se cercenó el ejercicio del derecho de contradicción, violándose el debido proceso, situación que no analizó el Tribunal en la sentencia apelada, pues se limitó a establecer si la cesión se había perfeccionado.

Cuando el demandante se posesionó como Director Jurídico del ISS, Seccional Tolima, manifestó bajo la gravedad del juramento que no estaba incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad para el desempeño del cargo.

De la prueba documental y testimonial aportada se concluye que la cesión del contrato se realizó efectivamente y de ella tuvieron conocimiento los Gerentes Departamental y Municipal de El Espinal, lo cual significa que hubo una aceptación tácita de la Empresa.

Se pregunta si era necesario más aceptación por parte de TELECOM, si desde el 19 de mayo de 1995 existía expresa la del Gerente local de El Espinal, el aval del Gerente Regional y la confirmación más clara y contundente de la celebración de la adición del Contrato RIB 00010-95 con la Empresa Suárez - Castañeda Ltda., sociedad que no tenía relación alguna con el demandante.

Así las cosas, se pudo establecer que ni antes ni después de su posesión, el señor Leovigildo Suárez ocultó información.

La revocatoria de la Resolución N° 6728 de 19 de noviembre de 1996, mediante la cual se nombró al demandante en la Dirección Jurídica del ISS, Seccional Tolima, no encaja en ninguno de los presupuestos del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo; además existía una situación jurídica particular, subjetiva y concreta, que gozaba de presunción de legalidad y no podía ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito del titular, según disposición del artículo 73 ibídem.

El Seguro Social debió hacer uso del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo y demandar el acto administrativo que había creado la situación jurídica particular y concreta, para cuyo efecto contaba con un término de dos (2) años para ejercer la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contados a partir de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto.

La Resolución demandada que condujo a la revocatoria sin el consentimiento expreso del beneficiario, genera una ruptura ostensible y grave de la normatividad constitucional y legal, ya que el demandado actuó en forma arbitraria.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir la controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si el acto administrativo que revocó el nombramiento del actor como Director Jurídico del Instituto de Seguro Social, en la Seccional Tolima, vulnera las normas constitucionales y legales citadas en la demanda.

ACTO ACUSADO

Resolución No. 0295 de 29 de enero de 2001, mediante la cual el Presidente del Seguro Social revocó la Resolución No. 6728 de 19 de noviembre de 1996, que había nombrado a Leovigildo Suárez Céspedes en el cargo de Director I 8 horas, registro número 21193, Dirección Jurídica Seccional GSA, Seccional Tolima (fls.4-7 cdo. ppl.).

LO PROBADO EN EL PROCESO

Mediante Resolución No. 04058 de 6 de agosto de 1991, la Directora General del Instituto de Seguros Sociales nombró a Leovigildo Suárez Céspedes en el cargo de Supervisor Administrativo (Auditoría Interna) Clase II, Grado 22, dedicación completa, Gerencia Seccional de la Seccional Tolima (fl. 10 cdo. ppl.), habiendo tomado posesión el día 23 de agosto de 1991 (fl. 9 cdo. ppl.).

Entre el Gerente Regional en Ibagué de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y los señores Jhon Jairo Céspedes y Leovigildo Suárez Céspedes, se suscribió el 7 de enero de 1995 el Contrato No. RIB - 000010, cuyo objeto era regular los derechos y las obligaciones recíprocas para la atención de los servicios que presta TELECOM a través de la modalidad C.T., Centro de Telecomunicaciones desde un SAI; en la Cláusula Cuarta se determinó que la duración del contrato sería de tres (3) años, “... *renovables previa verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte de EL AGENTE...*”; respecto de la cesión del convenio, la Cláusula Décima Segunda indicó que El Agente no podía ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato, sin autorización previa, expresa y escrita de TELECOM (fls. 14 - 16 cdo. ppl.).

El 19 de mayo de 1995 se celebró Contrato de Venta de Bienes Muebles y Cesión de unos derechos en un S.A.I., entre Leovigildo Suárez Céspedes y Jimmy Suárez Arévalo, en donde el primero le transfirió al segundo a título de venta, los derechos y acciones que le pudieran corresponder sobre varios bienes muebles destinados a la prestación del servicio de atención inmediata de larga distancia nacional e internacional, concedido por TELECOM; el convenio señaló que la cesión otorgada por TELECOM, para el funcionamiento de larga distancia nacional e internacional, carecía de valor desde el punto de vista económico, pese a lo cual el vendedor manifestó ceder todos los derechos que le pudieran corresponder en la mencionada concesión, o en su defecto, renunciar a los beneficios, deberes y derechos que le otorgaba el contrato de servicio desde un SAI y delegó al comprador para efectuar los trámites pertinentes ante TELECOM (fls. 12 - 13 cdo. ppl.).

Mediante oficio dirigido al Gerente Regional de TELECOM Tolima, recibido el 30 de mayo de 1995, suscrito por Jimmy Suárez Arévalo y coadyuvado por Leovigildo Suárez Céspedes, manifestó que remitía el contrato de *"... venta de Bienes Muebles y cesión de derechos del SAI Rondón en el Espinal, según contrato RIB No. 00010-95, en donde el señor Leovigildo Suárez C., renunció a dicho contrato ... Por lo anterior, con el fin de que se me tenga en cuenta el trámite interno correspondiente por la cesión, ya que siempre piensa en brindar los mejores servicios a los usuarios en este sector del Municipio del Espinal..."* (fl. 2 cdo. 3).

Por Resolución No. 6728 de 19 de noviembre de 1996, el Presidente del Seguro Social nombró al demandante como Director I ocho (8) horas, registro número 21193, ubicado inicialmente en la Dirección Jurídica, Seccional GSA, Seccional Tolima (fl. 8 cdo. ppl.).

Con fecha 1° de abril de 2000, el Gerente (E) Departamental Tolima de TELECOM y el señor John Jairo Céspedes Suárez, representante legal de la empresa SUÁREZ y CASTAÑEDA LTDA., suscribieron el adicional al Contrato No. RIB 0010-95, cuyo objeto era la prórroga del último (fl. 17 cdo. ppl.).

El 24 de mayo de 2000, el accionante dirige escrito al Gerente de TELECOM en Ibagué, en donde reitera que renunció en forma expresa a cualquier vinculación de carácter contractual con esa Entidad, toda vez que desde hace años había cedido cualquier derecho que pudiera tener en el SAI Rondón de El Espinal, a favor de Jimmy Suárez Arévalo (fl. 6 cdo. 4).

Mediante Oficio N° 5708 de 8 de noviembre de 2000, el Gerente Departamental del Tolima (E) de TELECOM, informó al Presidente del Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Tolima, que esa Empresa suscribió el Contrato RIB-00010 el 7 de enero de 1995, con los señores Jhon Jairo Céspedes y Leovigildo Suárez Céspedes, con una duración de tres (3) años, renovables previa verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte del Agente S.A.I., cuyo objeto era regular los derechos y las obligaciones recíprocas para la atención de los servicios que presta TELECOM a través de la modalidad C.T. *"Centro de Telecomunicaciones desde un S.A.I..."*; indicó que dicho contrato fue modificado en su Cláusula Cuarta, en el sentido de que su duración sería de tres (3) meses renovables previa verificación de las obligaciones por parte de El Agente (fl. 18 cdo. ppl.).

Obran en el plenario varias declaraciones de las cuales se destacan los siguientes apartes:

Luís Antonio Carvajal manifestó:

"... CONTESTO: ... en esa época, estaba yo en la dependencia de riesgos laborales como conductor y siempre me había tocado llevar documentos a las dependencias y en esa época me tocó llegar a jurídica y estaba el doctor Juan Carlos de la Hoz y le oí al doctor Leovigildo comentándole de que el tenía un SAI y que el se lo había cedido a un tal Yimi, no se el apellido porque en esa época no lo conocía... Yo entregue mis papeles y me retiré de la Jurídica. De la revocatoria del nombramiento no me di cuenta, mi oficio es manejar el vehículo y mantengo en el sótano, eso lo hacen como muy privado, oí decir después de que habían destituido al doctor Leovigildo respecto a que el tenía ese SAI ... El doctor Leovigildo si avisó al doctor Juan Carlos que era el gerente en esa época que el tenía ese SAI y que se lo había cedido a Jimmy PREGUNTADO: Infórmele al despacho si Ud. Sabe o le consta que a Jimmy Suárez Arévalo se le hubiera cedido un contrato con el SAI Telecom y en qué época. CONTESTÓ: De eso si no puedo informarle en que fecha se lo cedió el doctor Suárez a Jimmy porque no oí sino lo que dijo el doctor Suárez en la oficina de jurídica al doctor Juan Carlos de la Hoz. (fls. 63-64 cdo. ppl.).

John Jairo Céspedes Suárez expresó:

"...inicialmente se obtuvo un contrato con Telecom, contrato que fue posteriormente cedido al señor Jimmy Suárez Arévalo por parte del señor Leovigildo Suárez Céspedes, aproximadamente a un mes de iniciar dicho contrato, razón por la cual no se volvió a tener ningún tipo de vínculo ni administrativo ni mucho menos como sociedad en el contrato en mención, hasta ahí tengo conocimiento, o hasta ahí fue la intervención que hubo por parte de Leovigildo. Como es de conocimiento público el doctor Leovigildo fue destituido de su cargo al parecer a raíz del caso en mención. PREGUNTADO... Sírvase precisarle al despacho a qué persona y en qué fecha aproximada le hizo cesión del contrato celebrado con Telecom el señor Leovigildo Suárez Céspedes. CONTESTO. No tengo fecha precisa de dicha cesión, pero eso fue aproximadamente a finales de mayo de 1995, momento en el cual el doctor Leovigildo Suárez me comunicó y a la vez me presentó a la persona a la cual le había cedido los derechos del contrato en que fue al señor Jimmy Suárez Arévalo, quien en adelante fue la persona encargada de la parte administrativa y de igual manera como socio mío a obtener las correspondiente utilidades ... PREGUNTADO. Dígale al despacho si Ud. Enteró a Telecom de la mencionada cesión de derechos que hacía el señor Leovigildo Suárez de los derechos del contrato a que nos hemos venido refiriendo. CONTESTÓ. No vi necesario puesto que para mi era transparente si era el señor Leovigildo o el señor Jimmy Suárez, pensé que era un proceso que debían hacer ellos. PREGUNTADO. Sírvase decirle al despacho si al contrato en comento se le hicieron posteriores cambios o adiciones, en caso positivo, en qué sentido. CONTESTÓ. Dicho contrato tuvo una variación en la cual la empresa nacional de telecomunicaciones TELECOM exigía que para la operación de dichos contratos deberían ser personas jurídicas y para ello aporte la documentación suficiente y necesaria exigida por la empresa de mi empresa, para ese caso llamada SUÁREZ Y CASTAÑEDA LTDA. PREGUNTADO. Dígale al

despacho concretamente para el mes de noviembre del año 2000 quienes eran partes en el contrato celebrado con TELECOM CONTESTÓ. No recuerdo exactamente hasta que fecha duró activo el mencionado contrato, pero no recuerdo exactamente quienes eran, lo único lo que puedo argumentar es que el contrato tuvo como participantes al señor Jimmy Suárez y la empresa mencionada anteriormente, ya que como lo expliqué anteriormente se anexó la documentación (fls. 66- 67 cdo. ppl.)

Jimmy Suárez Arévalo dijo:

" Si efectivamente yo le compré unos bienes muebles y unos derechos sobre el SAI RONDON del municipio de Espinal al señor Leovigildo Suárez, transacción que se realizó a mediados del mes de mayo de 1995. Exactamente el día de 19 de mayo de 1995 cerramos una transacción comercial con el señor Leovigildo Suárez por un valor de \$2'500.000, de cuya transacción debo tener una copia, a la semana siguiente fue un compromiso que adquirí con el señor Suárez de dirigirme o llevar ese documento a las entidades que correspondiera formal y legalmente, actividad que realicé frente o en las dependencias Seccional de Telecom... De todas maneras yo radiqué ese documento y tomé la administración del SAI, hasta la fecha TELECOM no me ha dado ninguna respuesta. Volviendo al manejo de los 6 meses cada uno, así estuvimos hasta marzo del año 2000 en donde intempestivamente TELECOM nos cancela el contrato y entra a figurar una persona de tipo jurídico, hecho este que me condujo a hablar con los encargados en el departamento sobre el manejo de los SAI en Telecom, exactamente con el señor César Navarro, funcionario de TELECOM, a quien me dirigí día de por medio insistiendo en un documento que me aclarara o que me encausara a aceptar la cancelación del contrato y por ende la figura que aparecía, en ese caso SUAREZ Y CASTAÑEDA LTDA, insistí en no menos de 4 meses continuos de lo cual nunca obtuve ni documento, ni respuesta verbal (fls.68-69 cdo. ppl.).

ANÁLISIS DE LA SALA

1. El recurrente considera que las pruebas allegadas al proceso demuestran que el demandante Leovigildo Suárez Céspedes cedió al señor Jimmy Suárez Arévalo, todos los derechos y obligaciones emanados del Contrato RIB No. 000010-95, que suscribiera con TELECOM, razón por la cual no ocultó información antes ni después de su posesión.

El 7 de enero de 1995 Leovigildo Suárez Céspedes en conjunto con Jhon Jairo Céspedes y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, suscribieron un Contrato de Prestación de Servicios desde un SAI; para esa fecha el primero de los nombrados era servidor público vinculado al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Tolima, porque mediante Resolución N°

04058 de 6 de agosto de 1991 había sido nombrado como Supervisor Administrativo, Auditoría Interna Clase II, dedicación completa, cargo del cual tomó posesión el día 23 de los mismos mes y año.

En las consideraciones del acto demandando se dice que el señor Leovigildo Suárez ocultó información sobre su participación en el contrato suscrito con TELECOM, cuyo objeto era regular los derechos y las obligaciones recíprocas para la atención de los servicios que presta TELECOM, a través de la modalidad de Centro de Telecomunicaciones desde un SAI; tal argumento aunado a los demás que expresa la misma decisión, sirvió de base para revocar la Resolución N° 6728 de 19 de noviembre de 1996, por la cual el actor había sido nombrado como Director I ocho (8) horas, registro número 21193, ubicado inicialmente en la Dirección Jurídica Seccional GSA, Seccional Tolima y en consecuencia ordenó su retiro inmediato del servicio.

El acto administrativo demandado respalda su decisión en los artículos 5°, 13 y 15 de la Ley 190 de 1995, que a la letra dice:

“...ARTÍCULO 5o. 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.

“Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años.

...

“ARTÍCULO 13. Será requisito para la posesión y para el desempeño del cargo la declaración bajo juramento del nombrado, donde conste la identificación de sus bienes. Tal información deberá ser actualizada cada año y, en todo caso, al momento de su retiro.

...

“ARTÍCULO 15. Será requisito para la posesión o para el ejercicio de función pública suministrar la información sobre la actividad económica privada del aspirante. En ella se incluirá la participación en sociedades o en cualquier organización o actividad privada de carácter económico o sin

ánimo de lucro de la cual haga parte, dentro o fuera del país. Todo cambio que se produzca, deberá ser comunicado a la respectiva entidad dentro de los dos (2) meses siguientes al mismo.

“Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y, propósitos de la aplicación de las normas del servicio público....”

Según la primera de las normas transcritas, cuando una persona se haya posesionado en un cargo público sin el cumplimiento de los requisitos que establezca la Ley, se podrá revocar su nombramiento inmediatamente se advierta la infracción y si ocultó información quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años.

La infracción de que habla el artículo 5° transcrito se evidenció en este caso mediante el Oficio N° 5708 de 5 de noviembre de 2000, tal como expresa el texto del acto demandado, en donde se indicó que desde el 7 de enero de 1995 Leovigildo Suárez Céspedes y Jhon Jairo Céspedes suscribieron con TELECOM el Contrato RIB 00010, cuyo objeto era regular los derechos y las obligaciones recíprocas para la atención de los servicios que presta TELECOM a través de la modalidad C.T. desde un SAI y el Oficio 6100 de 13 de diciembre de 2000, mediante el cual TELECOM informó respecto del mismo convenio *“...actualmente se encuentra en trámite para la cancelación definitiva del contrato...” (fl. 4 cdo. ppl.)..*

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda argumentando que la cesión de derechos del contrato inicial no se perfeccionó y por ende el actor no fue desvinculado de dicho convenio, toda vez que no se produjo autorización expresa y escrita de la Empresa estatal de telecomunicaciones, tal como disponía la cláusula Décima Segunda del referido convenio.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, precisa, entre otras eventualidades, que en virtud del principio de economía *“En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley” (num. 16).*

Obra en el plenario prueba documental según la cual el cesionario Jimmy Suárez Arévalo, coadyuvado por el demandante, manifestó a TELECOM que remitía el Contrato de Venta de Bienes Muebles y Cesión de unos derechos del SAI Rondón en el Espinal, según Contrato RIB -

00010-95; el escrito respectivo fue recibido en la Entidad estatal el 30 de mayo de 1995, sin que en el proceso aparezca prueba alguna de la respuesta.

La Sala considera que el silencio administrativo positivo a que se refiere el artículo 25, numeral 16, de la Ley 80 de 1993 no se configura en este caso, porque si bien es cierto TELECOM recibió la comunicación referida en el párrafo precedente y no respondió en el término que para el efecto señala la norma pretranscrita, el peticionario no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo, que consagra el procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo así:

“... La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5º, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto.

“La escritura y sus copias producirá (sic) todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así”.

“... (Subrayas y negrillas fuera del texto).

El acto de protocolización es el medio que la ley ha señalado para demostrar la ocurrencia del silencio administrativo positivo, él constituye un requisito *Ad solemnitatem*, que no se cumplió en el sub-lite y por tal razón no puede tenerse como probado el hecho alegado por el recurrente, que hace consistir en que la cesión del contrato se realizó efectivamente y de ella tuvieron conocimiento los Gerentes Departamental y Municipal de El Espinal, lo cual, a su juicio, significa que hubo aceptación tácita de TELECOM.

Sobre el punto la Sección Tercera de esta Corporación señaló:

“... Sólo excepcionalmente, en los casos especiales expresamente previstos en las leyes, ante el transcurso del tiempo sin que se haya notificado decisión alguna que resuelva el fondo de la petición correspondiente, será posible entender que la Administración ha adoptado una decisión de carácter positivo en relación con la referida petición, respuesta favorable que igualmente se entenderá incorporada en el correspondiente acto administrativo ficto o presunto. Entre las normas legales que establecen, de manera expresa, el silencio administrativo positivo ante la no adopción de decisión alguna por parte de la Administración frente a determinadas peticiones, se encuentran, el artículo 25 de la Ley 57 de 1.985, en relación con el acceso a documentos

públicos; el artículo 25-16 de la Ley 80 de 1.993, en relación con las solicitudes formuladas en el curso de la ejecución de un contrato estatal; ... El silencio administrativo positivo también opera por ministerio de la ley, pero a diferencia de lo expuesto en relación con el silencio administrativo negativo, cabe sostener que el mismo sí se configura de manera automática, por la sola expiración del plazo consagrado en la norma que así lo prevé, tal como lo ha puesto de presente la Jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento de ésta misma Sección, contenido en la sentencia de febrero 20 de 1998. Para invocar y acreditar la configuración del correspondiente acto administrativo ficto o presunto de índole positiva, ante la ausencia de ley especial que regule la materia en un caso concreto, el Código Contencioso Administrativo dispone que el interesado habrá de acudir ante notario con el fin de incorporar en el protocolo -archivo fundamental de las notarías, que pertenece a la Nación, el cual se forma con todas las escrituras y con las actuaciones y documentos que se inserten en el mismo-, la copia de la petición presentada junto con la "declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto". Surtido lo anterior, la respectiva escritura y sus copias, por expreso mandato normativo, producirán "todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así". Como ya quedó indicado, ante la ocurrencia del silencio administrativo positivo y su invocación por el peticionario beneficiario del mismo, la Administración pierde competencia para decidir mediante acto administrativo expreso, pues, se insiste, el particular cuenta, por mandato legal, con un verdadero acto administrativo favorable, aunque naturalmente el mismo será ficto o presunto. Sin embargo, el Código Contencioso Administrativo prevé que "[e]l acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74", en consecuencia, puede ser revocado, previa actuación administrativa que garantice el derecho fundamental al debido proceso administrativo, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, si se dan las causales previstas en el artículo 69 o si fuere evidente que ocurrió por medios ilegales. En el acto de revocatoria se ordenará la cancelación de la escritura mediante la cual se efectuó la respectiva protocolización, pero siempre "el beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca."¹ (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Si, como quedó dicho, en el expediente no obra prueba demostrativa de la escritura contentiva de la protocolización de la configuración del silencio administrativo positivo, originado en el escrito de información de cesión y renuncia de unos derechos y obligaciones

¹ Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 1998. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 8993. Actor: Sociedad Petroases Ltda.. Demandado: Ministerio de Minas y Energía. Exp. 8993.

emanados del contrato RIB 00010 de 7 de enero de 1995, radicado en TELECOM el 30 de mayo del mismo año por Jimmy Suárez Arévalo (cesionario) y Leovigildo Suárez (cedente), resulta forzoso concluir que no existió autorización previa, expresa y escrita de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, admitiendo la cesión y renuncia referidas.

A lo dicho se suma que el acto impugnado da cuenta que para tomar posesión el señor Leovigildo Suárez Céspedes diligenció el formato único de hoja de vida, previsto en el artículo 1° de la Ley 190 de 1995, en el cual manifestó bajo la gravedad del juramento que no se encontraba incurso en las causales de incompatibilidad de orden constitucional o legal, para ocupar el cargo de Director I con registro No. 21193, ubicado en la Dirección Jurídica Seccional GSA, Seccional Tolima del Instituto de Seguro Social, con lo cual el actor ocultó información sobre su actividad privada económica empresarial y en consecuencia se encontraba incurso en causal de inhabilidad que le impedía tomar posesión de cargo público.

2. El recurrente sostiene que la revocatoria de la Resolución No. 6728 de 19 de noviembre de 1996, mediante la cual se nombró al demandante como Director I ocho (8) horas, registro N° 21193, no encaja en las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

Sobre el punto es suficiente señalar que la revocatoria de la Resolución precitada se fundamentó en los artículos 5°, 13 y 15 de la Ley 190 de 1995, en razón de que el actor tomó posesión del cargo referido, ocultando información sobre su participación en el Contrato suscrito entre él y TELECOM y no en las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, según el cual *"... Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona"*.

3. A juicio del actor - apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, para revocar la Resolución N° 6728 de 19 de noviembre de 1996 la Administración debía obtener el consentimiento expreso y escrito del demandante, como titular de un derecho derivado de haberse creado en su favor una situación particular y concreta y en caso contrario era necesario que la Administración demandara su propio acto.

Para establecer si el acto de nombramiento del actor podía ser revocado sin su consentimiento expreso y escrito, la Sala precisa que la jurisprudencia de esta Sección ha reiterado que el acto mediante el cual se nombra a una persona en un cargo público, es de los denominados condición, que se expide para la satisfacción del interés general y no para

el beneficio de la persona llamada a ocuparlo, razón por la cual no es imperativo obtener el consentimiento del empleado para la revocatoria de su nombramiento. En relación con el punto esta Corporación ha expresado:

"...En relación con la posibilidad de revocar el acto administrativo de nombramiento frente un (sic) pretendido derecho subjetivo del actor, la Sala estima necesario precisar, 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. No obstante, en aras de garantizar la seguridad jurídica, la administración solamente podrá adoptar tal destino, frente a la presencia de circunstancias objetivas y comprobadas, previamente establecidas por el legislador. Por tal razón, el hecho que soporta la revocación debe estar consagrado en el ordenamiento jurídico. A manera de ejemplo las normas consagran esta posibilidad cuando ocurren los eventos previstos en el artículo 45 del Decreto 1950 de 1973, en el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, en el artículo 69 del C.C.A. o los supuestos establecidos por normas especiales, verbigracia el artículo 22 del Decreto 694 de 1975 para los empleados de la seguridad social..."²

Sobre el punto la Subsección "A", expresó:

"... Como se sabe, el nombramiento no es un acto que cree o modifique una situación jurídica particular ni que reconozca un derecho de igual categoría. El ingreso a la función pública no apunta a la simple complacencia de intereses individuales sino a la satisfacción de necesidades colectivas, y por ello no puede afirmarse que el servidor tenga derecho alguno a un determinado cargo.

"En tratándose entonces de un acto condición, como lo es el de designación, éste estará siempre sujeto a la verificación de unos presupuestos legales que no sólo conducen a formalizar el primero sino a completar la investidura de servidor, los cuales dependen obviamente de la designada...."³

² Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 10 de abril de 2003, No. Interno 4978/01, actor: Hernando Becerra. Consejera Ponente, doctora Ana Margarita Olaya Forero.

³ Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 9 de agosto de 2007. Actor: Gladys Huertas Fonseca. Consejero ponente: doctor Alfonso Vargas Rincón. Radicación número: 25000-23-25-000-1998-03468-01(0905-05)

De conformidad con las citas jurisprudenciales, la condición que adquiere el beneficiario de un nombramiento en un cargo público es en función del servicio público y no de sus intereses particulares y en consecuencia cuando se trata de su remoción el nominador no está obligado a solicitarle consentimiento.

En consonancia con lo discurrido, se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima que negó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 20 de octubre de 2004, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda incoada por Leovigildo Suárez Céspedes contra el Instituto de Seguros Sociales.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE
