

CONSEJO DE ESTADO

SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “A”

BOLETIN DE JURISPRUDENCIA 21 DE 2008

1.- RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR CELEBRACION DE CONTRATO INTUITO PERSONAE SIN DAR APLICACIÓN A LA LEY 80 DE 1993 – CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

En materia de contratación, las entidades estatales prestadoras de servicios públicos se regirán, por autorización o habilitación expresa del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. El objeto contractual contenido en la orden de servicio nada tiene que ver con el giro ordinario de las actividades propias del objeto social de Telecom, pues no se halla relacionado con una actividad industrial o comercial concerniente a la prestación de un servicio de telecomunicación, sino a la prestación de servicios profesionales para el seguimiento de procesos legislativos que no es propio de su área misional. Siendo así, la presente orden de servicio debió regirse por lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 855 de 1994, caso en el cual la empresa estaba obligada a observar previamente el principio de selección objetiva y por lo tanto ha debido exigir, por lo menos, dos (2) ofertas o cotizaciones (art. 3º ibídem). Al celebrarse bajo la modalidad del contrato intuitu personae cuando realmente se trataba de uno de prestación de servicios profesionales, considera esta Sala que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones incurrió en una irregularidad sustancial por eludir el procedimiento establecido en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994 que obligaba a obtener como mínimo dos (2) ofertas o cotizaciones y, como consecuencia, violó el principio de selección objetiva. En conclusión, no se logró desvirtuar la legalidad de los fallos disciplinarios y por los cuales la Procuraduría General de la Nación le impuso sanción al actor, en su condición de Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

Sentencia de 7 de febrero de 2008, Exp. 2002-11811 (2941-05), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON.

EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACION – TELECOM – Naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable en contratación / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS – Régimen aplicable en contratación: Criterio objetivo y funcional

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones es una entidad descentralizada por servicios, constituida como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, con personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, según lo previsto en el Decreto 2123 de 1992. De acuerdo con sus estatutos (Dcto.0666/93), le corresponde a dicha empresa atender y explotar los servicios que demanda el ejercicio de su objeto social, esto es, la prestación de servicios de telecomunicaciones en (i) telefonía pública básica conmutada local, (ii) telefonía móvil rural y (iii) larga distancia nacional e internacional, conforme a los principios que informan la actividad industrial y comercial en ese sector, y en atención a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994. En materia de contratación, las entidades estatales prestadoras de servicios públicos se regirán, por autorización o habilitación expresa del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Dispone el citado artículo 32 que los contratos que sean celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos - aplicable por remisión, se repite -, y que corresponda al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones contenidas en dicho estatuto general de contratación y se regirán por normas legales y reglamentarias aplicables a las señaladas actividades. Obsérvese cómo, la disposición anterior, maneja un criterio objetivo y funcional en materia de contratación, en cuanto al régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Normas aplicables en contratación / GIRO ORDINARIO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE SU OBJETO – Alcance / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Requisitos de ofertas o cotizaciones y excepciones

En efecto, si el objeto del contrato a celebrar corresponde al giro ordinario de las actividades propias del objeto social de la empresa, las normas que le resultan aplicables son las del derecho privado, con lo cual se pretende garantizar la libre competencia dentro del correspondiente sector industrial y comercial. Pero si el objeto del contrato resulta extraño a las actividades propias para el cual ha sido concebida la empresa, por no comprender servicio siquiera alguno de telecomunicación, se regirá por el estatuto general de contratación (Ley 80/93). Para efectos de analizar el caso concreto, es necesario revisar el objeto del contrato - orden de servicio - para precisar su contenido material, y si además guarda relación alguna con el objeto social de la empresa. La Orden de Servicio No.0-0007-97 del 28 de febrero de 1997, suscrita por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM - y el señor Reyes Morris, se contrajo a lo siguiente: “OBJETO: Prestación de servicios profesionales relacionados con el seguimiento de los procesos legislativos en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República. Como puede advertirse fácilmente, el objeto contractual contenido en esa orden de servicio nada tiene que ver con el giro ordinario de las actividades propias del objeto social de Telecom, pues no se halla relacionado con una actividad industrial o comercial concerniente a la prestación de un servicio de telecomunicación, en las modalidades ya señaladas, sino a la prestación de servicios profesionales para el seguimiento de procesos legislativos que no es propio de su área misional. Siendo así, la presente orden de servicio debió regirse por lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 855 de 1994, caso en el cual la empresa estaba obligada a observar previamente el principio de selección objetiva y por lo tanto ha debido exigir, por lo menos, dos (2) ofertas o cotizaciones (art. 3º ibídem). No obstante, podía prescindirse de tal exigencia y convenir directamente con la persona natural o jurídica con capacidad de ejecución del objeto contractual (i) cuando se hubiese solicitado las cotizaciones y sólo se haya recibido una; (ii) cuando no existieren en el lugar varias personas que puedan proveer los bienes o servicios requeridos; (iii) cuando se tratase de contratos intuitu personae, en consideración a las calidades personales del contratista; y (iv) cuando la necesidad inminente del bien o servicio no permitiese solicitar varias ofertas. En cualquiera de tales eventualidades, resultaba forzoso dejar constancia escrita de la opción tomada por la administración, esto es, de la ocurrencia objetiva de una de tales situaciones (parágrafo ib.).

CONTRATO INTUITO PERSONAE – Características / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – vulneración al celebrarse contrato intuito personae y no contrato de prestación de servicios / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Requisitos en contratación directa / CONTRATACION DIRECTA – Contrato de prestación de servicios: Requisitos

El contrato intuito personae reviste características especiales que posibilitan su ejercicio directo sin necesidad de ofertas o cotizaciones ni publicaciones, el cual se predica de manera objetiva respecto de un virtual contratista que, por sus condiciones o calidades excepcionales, lo sustraen de la generalidad de quienes pudiesen desarrollar el objeto contractual, sin que la valoración de tales aptitudes personales pueda constituirse en un criterio meramente subjetivo de la entidad (funcionario) contratante sino que obedezca a una situación muy particular que amerita justamente la aplicación de la norma de excepción. Es decir, tratarse de un servicio profesional, científico, técnico o artístico especializado que por su complejidad sólo puede ser atendido o prestado por determinada persona. Probablemente el señor Reyes Morris ostenta unas calidades especiales que le permiten no sólo desarrollar el objeto contractual a que se contrae la Orden de Servicio No.0-0007-97 sino de atender otros diferentes. Pero no puede pasar por inadvertida la Sala que el hecho de realizar un “seguimiento de los procesos legislativos”, en las respectivas cámaras del Congreso de la República, en temáticas o asuntos que interesan a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, al Ministerio de Comunicaciones o entidades afines, no demanda la exigencia de conocimientos, prácticas o habilidades de excepción que no puede realizar otra persona. Se trataba, sencilla y llanamente, de suministrar una información ordenada sobre contenido y trámite de iniciativas en materias que le interesaban a la empresa. Al celebrarse entonces bajo la modalidad del contrato intuito personae cuando realmente se trataba de uno de prestación de servicios profesionales, considera esta Sala que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones incurrió en una irregularidad sustancial por eludir el procedimiento establecido en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994 que obligaba a obtener como mínimo dos (2) ofertas o cotizaciones y, como consecuencia, violó el principio de selección objetiva. No se tenía pues facultad para celebrar la orden de servicio en los términos en que se hizo.

RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PUBLICO – Representantes legales de las entidades descentralizadas / SERVIDOR PUBLICO – Responsabilidades por omisión o extralimitación de funciones en procesos contractuales / RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE – El hecho de no ser profesional del derecho no lo exime de observar las normas propias de contratación / DELEGANTE – Responsabilidad en contratación estatal: elusión de selección objetiva / DELEGACION PARA CONTRATAR – Responsabilidad del delegante

La Constitución Política consagró un sistema general de responsabilidad personal, individual o subjetiva que se predica respecto de los servidores públicos, por infringir Constitución o ley o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6º) y además transfirió al legislador su determinación y manera de hacerla efectiva (art. 24 ibídem). Del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 se desprende, así mismo, la responsabilidad personal e indelegable que asumen los representantes legales de las entidades descentralizadas, en todos los ordenes y niveles, no sólo para determinar la necesidad del suministro de un bien o servicio sino para direccionar la celebración de licitaciones o concursos y para la escogencia objetiva del contratista en cumplimiento de los principios que ordena la Ley 80. Si bien el artículo 12 del mismo estatuto permite la delegación total o parcial de la competencia para la realización de la gestión contractual en general - que no es este el caso -, no es menos cierto que la responsabilidad continúa en cabeza del funcionario delegante, en tanto no podrá actuar con desvío o abuso de poder y ejercerá sus funciones conforme a los fines previstos en la ley, de tal manera que le está “prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.” (art. 24-8 ibídem). Ahora, por expreso mandato legal (art. 51 ib.), el servidor público titular de la función no quedará excusado o eximido de la responsabilidad disciplinaria, penal y civil, si a ellas hubiere lugar, por sus acciones u omisiones en cumplimiento de sus actuaciones dentro de los procesos contractuales, en los términos de Constitución y ley. No obstante que la Ley 80 de 1993 permite la delegación de la competencia para realizar los trámites propios de la contratación, el legislador evitó a toda costa que la responsabilidad de la entidad contratante en cabeza de su representante legal se diluyera y por tanto debe entenderse que recae sobre su persona, así exista de por medio un acto de delegación en aras de llevar a cabo la gestión contractual, pero nunca dejando de lado su responsabilidad como ordenador del gasto y representante legal de la entidad quien debe salvaguardar siempre el cumplimiento de los principios que constitucional y legalmente debe observar y hacer cumplir. En este caso, no se configura la contratación mediante delegación y, por lo tanto, resulta más evidente el hecho de que el representante legal de la entidad contratante - Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - es responsable de la gestión contractual dada la inobservancia de principios que informan la contratación. Resulta irrelevante para efectos de responsabilidad, el hecho de ostentar una disciplina profesional diferente a la del derecho, pues como puede observarse, las normas de derecho positivo anunciadas no hacen distinción alguna frente a la que se pudiere derivar en consideración a la particular profesión que exhiba el representante legal. No puede alegarse a su favor el desconocimiento de las ciencias jurídicas, ni que se hubiese sugerido o no sobre la aplicación de determinado régimen jurídico, cuando es claro que se estaba obligado a observar las normas propias de la contratación.

PRESUNCION DE LA BUENA FE – Se predica tanto del particular como del servidor público / SANCION DISCIPLINARIA – Procedente por omisión en la aplicación de las reglas básicas de la contratación / CONTRATACION ESTATAL – La ignorancia de la ley no sirve de excusa / IGNORANCIA DE LA LEY – No es eximente de responsabilidad disciplinaria

En cuanto al postulado de la buena fe (art. 83 de la Constitución Política), se dirá que este es una presunción que se predica tanto del particular como del servidor público, en todas sus actuaciones o gestiones. Pero no puede llegarse hasta el punto de desconocer la normatividad que gobierna precisamente la empresa que representa, para alegar a su favor una exculpación por ignorancia de las ciencias jurídicas, en tratándose de un funcionario de alta jerarquía como lo es el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-. La sola omisión en la aplicación de reglas básicas de la contratación descarta de plano la posibilidad de reconocer que actuaba precedido bajo una presunción de que su conducta no constituía falta disciplinaria. En conclusión, no se logró desvirtuar la legalidad de los fallos disciplinarios y por los cuales la Procuraduría General de la Nación le impuso como sanción una multa equivalente a 30 días del salario devengado en 1997, en su condición de Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, al actor.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008).

No. de Referencia: 250002325000200211811 01

No. Interno: 2941-2005

Autoridades Nacionales

Actor: JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES.-

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 29 de julio de 2004, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, el señor José Libardo Blackburn Cortés, solicitó que se declarara la nulidad de los siguientes actos:

- 1) Fallo de primera instancia del 18 de septiembre de 2000, expedido por el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, en cuanto lo declaró responsable disciplinariamente por la suscripción de una orden de servicios y le impuso como sanción una multa de \$14'772.849, equivalente a 90 del sueldo devengado para la época da la falta (numerales 1 y 2).*
- 2) Fallo de segunda instancia del 30 de marzo de 2001, expedido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación,*

en relación con la declaración de responsabilidad disciplinaria por el primero de los cargos formulados y le impuso como sanción una multa de \$4'924.283 equivalente a 30 de salario devengado en 1997 (numerales 1 y 2).

Como consecuencia de las nulidades, pidió la exoneración del pago de la multa, la exclusión del registro nacional de sancionados de la Procuraduría General de la Nación, la notificación de la sentencia a la entidad demandada para los efectos del C.C.A. y condena en costas.

HECHOS

El demandante estuvo vinculado como Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones entre el 5 de noviembre de 1996 y el 11 de agosto de 1998. En ejercicio de sus funciones, suscribió varios contratos para el buen funcionamiento de la empresa, entre ellos, la orden de servicios 0-0007-97 del 28 de febrero de 1997 con el abogado Víctor Reyes Morris, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales, orden a la cual se le introdujo el 12 de diciembre de 1997 un Otrosí, con el fin de adicionar el objeto para que asesora al Canal Regional de Televisión "TEVEANDINA Ltda.", creado por la empresa y 14 departamentos del país, así como para participar en los eventos que se organicen para el direccionamiento estratégico y de gestión a solicitud de la presidencia de Telecom.

En 1998, la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal abrió la investigación disciplinaria 021-15834 contra varios funcionarios de Telecom, por presunta celebración indebida de contratos. En septiembre de 1999, se formuló pliego de cargos en su contra y en noviembre de 1999 presentó sus descargos. En septiembre de 2000, se declaró responsable disciplinariamente y se le impuso como sanción una multa equivalente a 90 días de sueldo. Contra esta decisión

interpuso recurso de apelación y, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante proveído del 30 de marzo de 2001 lo resolvió declarándolo responsable únicamente por el primer cargo y lo exoneró de los otros dos, modificando sanción en multa equivalente a 30 días de sueldo.

La decisión disciplinaria obedeció a una interpretación del régimen aplicable a la orden de servicios, al afirmarse que se regía por la Ley 80 de 1993 y no por la Ley 142 de 1994, por no obtener dos cotizaciones previas a la contratación, sin considerar que el contrato es de los denominados “intuito personae” (art. 3º - párrafo - del Dcto 855/94), para lo cual no se requería dicha exigencia en consideración a las calidades personales del contratista, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 142/94 que señaló que los contratos de las empresas de servicios públicos, como Telecom, se rigen por el derecho privado, o sea directamente y sin necesidad de cotizaciones.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como disposiciones violadas con los actos acusados se citaron los artículos 2, 6, 13 y 209 de la Constitución Política; leyes 142/94, 200/95 y 489/98; decretos 2123/92, 855/94, 262/090 y 01/84; y C. de P.C.

Tras citar apartes de la doctrina y la jurisprudencia, relacionados con falsa motivación y debido proceso, dijo que la decisión de la entidad demandada violó principios que rigen la actuación disciplinaria, al interpretarse hechos y disposiciones sin objetividad, como el de imparcialidad (art. 77-6 Ley 200/95), pues no se tuvieron en cuenta circunstancias que le eran favorables.

Al analizar el cargo formulado en su contra y el fundamento de la sanción impuesta (los cuales transcribe in extenso), sostuvo que el debate jurídico se centró en establecer cuál era el régimen legal aplicable a los contratos celebrados por Telecom, como empresa industrial y comercial del Estado, si la Ley 80/93 o la Ley 142/94, seleccionando la primera pero, sin examinar, inexplicablemente, el Otrosí celebrado el 12 de diciembre de 1997 que adicionó el objeto de la orden de servicios; tampoco la versión libre rendida por el actor, hecha de buena fe y que demostró que nunca tuvo la intención de violar la ley, puesto que la orden de servicios se hizo “intuitu personae”, en cuanto a las calidades personales del contratista, obrando en forma correcta, sería y ajustada a la ley.

Continuó: En todo “establecimiento público” existe un organigrama funcional, como en el caso de Telecom, en donde contratos y órdenes de servicio se proyectan en la División de Conceptos y Contratos de la Dirección Jurídica para la firma del Presidente, sin que él tenga ingerencia para indicar u ordenar la norma aplicable al contrato, por lo que la Procuraduría ha debido observar lo dispuesto en el art. 23-4 de la Ley 200/95. Si el debate era simplemente conceptual y existía duda sobre el régimen aplicable, no por ese hecho debía atribuírsele responsabilidad, pues ha debido probarse que obró con dolo o culpa grave, pero como lo hizo de buena fe, la duda razonable debió resolverse a su favor (art. 6º ib.).

Insistió en la violación del principio de imparcialidad, puesto que al aplicarse cualquiera de los dos regímenes, el resultado es el mismo: contratación directa sin necesidad de obtener previamente dos cotizaciones. Además, las órdenes de servicio pueden regirse por los artículos 31 y 32 de la Ley 142/94 o por el párrafo del artículo 3º del Dcto. 855/94 que reglamentó la Ley 80/93. Resaltó de nuevo las calidades personales del contratista y la parcialidad de la demandada,

por cuanto en el caso de Nancy Constanza Serrano Vanegas la absolvió a pesar de alegarse la aplicación de la contratación directa “intuitio personae” con fundamento en el parágrafo del art. 3º del Dcto. 855.

Estimó que no ha incurrido en violación de norma alguna, como para que se le acreditara responsabilidad; no se le dio el mismo tratamiento concedido a las demás personas disciplinadas, quienes sí fueron exonerados; y se desconoció el artículo 209 de la C.P., puesto que no podía imponerse una sanción empleando la ley en forma acomodada y menos sobre una infracción inexistente, adjudicando responsabilidad con una simple apreciación.

Prosiguió: La demora en el procedimiento administrativo disciplinario (más de tres años) le ha causado perjuicio en razón de la violación flagrante de principios que se traduce en injusticia; y desconocimiento del principio de inocencia, por que el actor es Ingeniero Civil y, en su calidad de presidente, debía tramitar contratos a través de la Dirección Jurídica de Telecom, no obstante se le aplicó como falta directa la no aplicación de un régimen contractual, sin considerar que había cumplido la Ley 80, y que cualquiera de los dos régimen daba el mismo resultado. En resumen, consideró que la Procuraduría se excedió en sus facultades, pues interpretó y acreditó responsabilidad en contravía de la Constitución y de la Ley.

LA SENTENCIA APELADA

A juicio del Tribunal, la sanción disciplinaria se ajustó a la ley. En efecto, examinadas las disposiciones que gobiernan la contratación (arts. 31 y 32 de la Ley 142/94 y 3º del Dcto. 855/94), encontró esa corporación que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios que versen sobre el giro ordinario de las actividades

propias de su objeto social no están sujetos a la Ley 80/93 y, los que se encuentran fuera de esa órbita, si someten a esta ley.

Consideró que la orden de servicio 0-007-97, según el objeto comercial y declaraciones rendidas por funcionarios de la entidad, no se refirió en modo alguno a las actividades propias de Telecom, por lo que sí le era aplicable, al caso concreto, la Ley 80 de 1993, y por lo tanto debieron exigirse dos cotizaciones por lo menos para suscribir la referida orden.

Referente al contrato “intuitu personae”, estimó como no válido este argumento, porque el concepto exige condiciones especiales de calidad, idoneidad, experiencia y capacidad, acto consensual que se maneja bajo esta modalidad en forma excepcional. Concepto que no es aplicable a este caso - dijo - porque existen profesionales que están en capacidad de cumplir el objeto acordado.

Además, observó que las normas legales sí fueron interpretadas con objetividad, evaluadas las circunstancias favorables y desfavorables a los intereses del actor y a la responsabilidad que residía, en esta materia, en el representante de la entidad.

Por último, no le resultó admisible la invocación, como causal de justificación de la conducta, la convicción errada e invencible de su conducta (art. 23-4 Ley 200/95), cuando se presumen unas condiciones especiales profesionales de quien ostenta un cargo de presidente en una empresa industrial y comercial de la envergadura de Telecom. Y que no surge duda alguna razonable que deba resolverse a favor del disciplinado.

APELACION

Alegó a su favor el hecho de ostentar la profesión de Ingeniero en el momento de desempeñarse como presidente de Telecom, el desconocimiento sobre las ciencias jurídicas y la responsabilidad que recaía en la Dirección Jurídica para el estudio y elaboración de los contratos, sin que en ningún momento él hubiese inducido a que se aplicara determinado régimen a la orden de servicios con el abogado Víctor Reyes Morris, como lo declararon las abogadas de esa dirección; no obstante, consideró a que dicha orden se le aplicó la Ley 80/93, en lo relativo a los contratos “intuitio personae”, en razón de la calidad de la persona del contratista, lo que permitía la contratación directa sin necesidad de cotizaciones (art. 3º - párrafo - Dcto. 855/94), y por lo tanto no podía acreditársele responsabilidad disciplinaria por una falta inexistente cuando no tuvo ingerencia ni se violó norma alguna.

En su concepto, sólo el contratante puede calificar las calidades personales del contratista, sin que ninguna otra autoridad pueda hacerlo, pues se generaría una incertidumbre jurídica y un caos en la contratación; que, en este caso, se escogió al abogado Víctor Reyes Morris por demostrar conocimiento, experiencia, seguridad, lealtad y eficacia de resultados en otros contratos.

No hubo confusión en la aplicación de normas, pues la Ley 80 de 1993 y la Ley 142 de 1994 autorizan la negociación directa cuando se trata de contratos “intuitio personae”, sin que se requiera de varias ofertas, ya que las dos disposiciones concluyen en lo mismo. No puede sancionarse por simple capricho o por animadversión, pues la función investigadora debe observar normas y principios de la Ley 200 de 1995, especialmente los artículos 6º (resolución de la duda), 23-4 (justificación de la conducta) y 77 (imparcialidad), los que resultaron violados.

Por lo tanto, el haber obrado de buena fe, sin tener ingerencia alguna en la normatividad aplicable ni en el trámite de la contratación, lo llevó a deducir que su actuar es correcto, con la convicción de que su conducta no constituía falta disciplinaria y que se ajustaba a la ley, además de que la orden de servicios la proyectó la División de Concepto y Contratos, sin imponer su voluntad.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la actora reitera íntegramente lo expuesto en el recurso de apelación.

*La Procuraduría General de la Nación afirmó que la decisión acusada se ajustó al procedimiento disciplinario y a la realidad fáctica y probatoria que le sirvió de sustento, sin que el actor los hubiese desvirtuado, pues la orden de servicios violó el principio de selección objetiva, especialmente lo referente a la exigencia de dos cotizaciones para la suscripción; y que, aunque la elaboración de los contratos le correspondía a la oficina jurídica la responsabilidad de la actividad contractual recaía en el jefe de la entidad. En su sentir, el objeto de la orden de servicios - seguimiento de procesos legislativos - no corresponde a una evidente necesidad de celebrar un contrato “*intuitu personae*”, ya que no se requería condiciones excepcionales del contratista, como para encomendársele sólo a él dicha actividad.*

*El Ministerio Público conceptuó de manera adversa a las súplicas al considerar que la orden de servicios no correspondía al giro normal de la actividad propia de Telecom, por lo que debió tenerse en cuenta el régimen de contratación previsto en la Ley 80/93, como lo aceptó en la apelación el demandante. Así mismo, estimó que no encuadra dentro del denominado contrato “*intuitu personae*”, porque la experiencia, idoneidad y calidades personales que sirvieron de sustento para*

contratar han podido probarse dentro del proceso de selección, solicitando dos ofertas que garantizaran los principios de transparencia y de selección objetiva. Observó igualmente, que se suscribió una orden sin estudio previo sobre la conveniencia de la contratación, es decir, sin justificar la finalidad del objeto contractual, a pesar de que el objeto no corresponde al giro ordinario de las funciones de Telecom, situaciones que no fueron desvirtuadas por el demandante.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Se contrae este proceso a establecer si se ajustan o no a derecho los siguientes actos administrativos:

- 1) Fallo de primera instancia del 18 de septiembre de 2000, expedido por el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, en cuanto lo declaró responsable disciplinariamente por la suscripción de una orden de servicios y le impuso como sanción una multa de \$14'772.849, equivalente a 90 del sueldo devengado para la época da la falta (numerales 1 y 2).*
- 2) Fallo de segunda instancia del 30 de marzo de 2001, expedido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en relación con la declaración de responsabilidad disciplinaria por el primero de los cargos formulados y le impuso como sanción una multa de \$4'924.283 equivalente a 30 de salario devengado en 1997 (numerales 1 y 2).*

Las decisiones acusadas de la Procuraduría General de la Nación, como actos administrativos proferidos por autoridades públicas que

son, gozan de la presunción de legalidad, la cual admite, desde luego, prueba en contrario.

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE TELECOM Y DEL RÉGIMEN JURIDICO APLICABLE EN CONTRATACION.-

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones es una entidad descentralizada por servicios, constituida como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, con personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, según lo previsto en el Decreto 2123 de 1992¹.

De acuerdo con sus estatutos (Dcto.0666/93), le corresponde a dicha empresa atender y explotar los servicios que demanda el ejercicio de su objeto social, esto es, la prestación de servicios de telecomunicaciones en (i) telefonía pública básica conmutada local, (ii) telefonía móvil rural y (iii) larga distancia nacional e internacional, conforme a los principios que informan la actividad industrial y comercial en ese sector, y en atención a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

En materia de contratación, las entidades estatales prestadoras de servicios públicos se regirán, por autorización o habilitación expresa del artículo 31² de la Ley 142 de 1994, por el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Dispone el citado artículo 32 que los contratos que sean celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos - aplicable por remisión, se repite -, y que corresponda al giro ordinario de las

¹ Telecom es creada y organizada a partir de las leyes 6ª/43 y 84/45 y los decretos 1684/47, 1233/50, 1184/54, 1635/60 y 1362/63.

² Disposición modificada por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001.

actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones contenidas en dicho estatuto general de contratación y se regirán por normas legales y reglamentarias aplicables a las señaladas actividades.

Obsérvese cómo, la disposición anterior, maneja un criterio objetivo y funcional en materia de contratación, en cuanto al régimen jurídico aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos.

En efecto, si el objeto del contrato a celebrar corresponde al giro ordinario de las actividades propias del objeto social de la empresa, las normas que le resultan aplicables son las del derecho privado, con lo cual se pretende garantizar la libre competencia dentro del correspondiente sector industrial y comercial. Pero si el objeto del contrato resulta extraño a las actividades propias para el cual ha sido concebida la empresa³, por no comprender servicio siquiera alguno de telecomunicación, se regirá por el estatuto general de contratación (Ley 80/93)⁴.

Para efectos de analizar el caso concreto, es necesario revisar el objeto del contrato - orden de servicio - para precisar su contenido material, y si además guarda relación alguna con el objeto social de la empresa.

³ Como las que se describen en el artículo 3º del Decreto 0666/93.

⁴ Posteriormente, el Acuerdo JD-015 del 21 de abril de 1997, por el cual se expide el reglamento general para los contratos de que trata el artículo 31 de la Ley 142/94, siguió los lineamientos de la Ley 80/93, al consagrar en su mayoría las causales de contratación directa previstas en su art. 24, admitiendo que puede prescindirse de la solicitud de varias cotizaciones en los siguientes eventos: (i) cuando se trate de contratos que sólo puedan celebrarse con determinada persona; (ii) cuando se hayan solicitado tres (3) o más cotizaciones y no hubiere sido posible contratar; (iii) cuando se trate de contratos interadministrativos; (iv) cuando se relacione con una urgencia manifiesta; (v) cuando el precio haya sido fijado por autoridad competente; (vi) cuando se relacione con el objeto social de la empresa; y (vii) cuando el presidente de la empresa lo considere necesario, en relación con el servicio que se presta o con el interés público, caso en el cual deberá sustentarse la decisión en razones de orden técnico y económico.

La Orden de Servicio No.0-0007-97 del 28 de febrero de 1997, suscrita por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM - y el señor Víctor Reyes Morris, se contrajo a lo siguiente:

*“**OBJETO:** Prestación de servicios profesionales relacionados con el seguimiento de los procesos legislativos en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, mediante un registro sistemático del contenido y trámite de las iniciativas de Ley como de las posiciones de los distintos actores del proceso, en las materias de interés de TELECOM, así como coordinar la realización de un inventario sobre los estudios efectuados sobre TELECOM, Ministerio de Comunicaciones y entidades afines en los últimos diez (10) años. (...). (fls. 74-75).*

Como puede advertirse fácilmente, el objeto contractual contenido en esa orden de servicio nada tiene que ver con el giro ordinario de las actividades propias del objeto social de Telecom, pues no se halla relacionado con una actividad industrial o comercial concerniente a la prestación de un servicio de telecomunicación, en las modalidades ya señaladas, sino a la prestación de servicios profesionales para el seguimiento de procesos legislativos que no es propio de su área misional.

Siendo así, la presente orden de servicio debió regirse por lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 855 de 1994, caso en el cual la empresa estaba obligada a observar previamente el principio de selección objetiva y por lo tanto ha debido exigir, por lo menos, dos (2) ofertas o cotizaciones (art. 3º ibídem). No obstante, podía prescindirse de tal exigencia y convenir directamente con la persona natural o jurídica con capacidad de ejecución del objeto contractual (i) cuando se hubiese solicitado las cotizaciones y sólo se haya recibido una; (ii) cuando no existieren en el lugar varias personas

que puedan proveer los bienes o servicios requeridos; (iii) cuando se tratare de contratos *intuitu personae*, en consideración a las calidades personales del contratista; y (iv) cuando la necesidad inminente del bien o servicio no permitiese solicitar varias ofertas. En cualquiera de tales eventualidades, resultaba forzoso dejar *constancia escrita* de la opción tomada por la administración, esto es, de la ocurrencia objetiva de una de tales situaciones (parágrafo *ib.*).

Alegó el funcionario sancionado que en razón de la calidad de la persona del contratista, esto es, en consideración a su conocimiento, experiencia, seguridad, lealtad y eficacia de resultados en otros contratos, resolvió contratar directamente con el abogado Víctor Reyes Morris, sin necesidad de solicitar cotizaciones. Acudió entonces el demandante, en su condición de Presidente de Telecom, al denominado contrato *intuitu personae*.

Es importante señalar que las excepciones son de carácter restrictivo y operan única y exclusivamente en los casos expresamente señalados por la ley. Para su interpretación y aplicación deben observarse los ingredientes normativos regulados para el caso concreto y particular.

Lo anterior, por cuanto el contrato *intuitu personae* reviste características especiales que posibilitan su ejercicio directo sin necesidad de ofertas o cotizaciones ni publicaciones, el cual se predica de manera *objetiva* respecto de un virtual contratista que, por sus *condiciones o calidades excepcionales*, lo sustraen de la generalidad de quienes pudiesen desarrollar el objeto contractual, sin que la valoración de tales *aptitudes personales* pueda constituirse en un criterio meramente subjetivo de la entidad (funcionario) contratante sino que obedezca a una situación muy particular que amerita justamente la aplicación de la norma de excepción. Es decir, tratarse de un servicio profesional, científico, técnico o artístico especializado que por su

complejidad sólo puede ser atendido o prestado por determinada persona.

Probablemente el señor Víctor Reyes Morris ostenta unas calidades especiales que le permiten no sólo desarrollar el objeto contractual a que se contrae la Orden de Servicio No.0-0007-97 sino de atender otros diferentes. Pero no puede pasar por inadvertida la Sala que el hecho de realizar un “seguimiento de los procesos legislativos”, en las respectivas cámaras del Congreso de la República, en temáticas o asuntos que interesan a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, al Ministerio de Comunicaciones o entidades afines, no demanda la exigencia de conocimientos, prácticas o habilidades de excepción que no puede realizar otra persona. Se trataba, sencilla y llanamente, de suministrar una información ordenada sobre contenido y trámite de iniciativas en materias que le interesaban a la empresa.

En su momento, no se adujo un estudio especializado o una experiencia específica en “seguimiento de procesos legislativos” que permitiese calificar como únicas las condiciones del contratista y que de alguna manera justificaran la celebración del contrato *intuitu personae*, porque ninguna otro profesional del derecho podía ejecutarlo en circunstancias siquiera similares. De tal suerte, que se verificaran en el contratista unos requisitos objetivos para su escogencia unilateral, prescindiendo de la regla general.

Al celebrarse entonces bajo la modalidad del contrato *intuitu personae* cuando realmente se trataba de uno de prestación de servicios profesionales, considera esta Sala que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones incurrió en una irregularidad sustancial por eludir el procedimiento establecido en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994 que obligaba a obtener como mínimo dos (2) ofertas o cotizaciones y, como consecuencia, violó el principio de selección objetiva. No se

tenía pues facultad para celebrar la orden de servicio en los términos en que se hizo.

DE LA RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO.-

La Constitución Política consagró un sistema general de responsabilidad personal, individual o subjetiva que se predica respecto de los servidores públicos, por infringir Constitución o ley o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6º) y además transfirió al legislador su determinación y manera de hacerla efectiva (art. 24 ibídem).

Del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 se desprende, así mismo, la **responsabilidad personal e indelegable** que asumen los representantes legales de las entidades descentralizadas, en todos los ordenes y niveles, no sólo para determinar la necesidad del suministro de un bien o servicio sino para direccionar la celebración de licitaciones o concursos y para la escogencia objetiva del contratista en cumplimiento de los principios que ordena la Ley 80.

Si bien el artículo 12 del mismo estatuto permite la delegación total o parcial de la competencia para la realización de la gestión contractual en general - que no es este el caso -, no es menos cierto que la responsabilidad continúa en cabeza del funcionario delegante, en tanto no podrá actuar con desvío o abuso de poder y ejercerá sus funciones conforme a los fines previstos en la ley, de tal manera que le está “prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.” (art. 24-8 ibídem).

Ahora, por expreso mandato legal (art. 51 ib.), el servidor público titular de la función no quedará excusado o eximido de la responsabilidad disciplinaria, penal y civil, si a ellas hubiere lugar, por sus acciones u

omisiones en cumplimiento de sus actuaciones dentro de los procesos contractuales, en los términos de Constitución y ley.

No obstante que la Ley 80 de 1993 permite la delegación de la competencia para realizar los trámites propios de la contratación, el legislador evitó a toda costa que la responsabilidad de la entidad contratante en cabeza de su representante legal se diluyera y por tanto debe entenderse que recae sobre su persona, así exista de por medio un acto de delegación en aras de llevar a cabo la gestión contractual, pero nunca dejando de lado su responsabilidad como ordenador del gasto y representante legal de la entidad quien debe salvaguardar siempre el cumplimiento de los principios que constitucional y legalmente debe observar y hacer cumplir.

*En este caso, no se configura la contratación mediante delegación y, por lo tanto, resulta más evidente el hecho de que el representante legal de la entidad contratante - **Presidente** de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - es responsable de la gestión contractual dada la inobservancia de principios que informan la contratación.*

Resulta irrelevante para efectos de responsabilidad, el hecho de ostentar una disciplina profesional diferente a la del derecho, pues como puede observarse, las normas de derecho positivo anunciadas no hacen distinción alguna frente a la que se pudiere derivar en consideración a la particular profesión que exhiba el representante legal. No puede alegarse a su favor el desconocimiento de las ciencias jurídicas, ni que se hubiese sugerido o no sobre la aplicación de determinado régimen jurídico, cuando es claro que se estaba obligado a observar las normas propias de la contratación.

Ahora, la Procuraduría General de la Nación tuvo la oportunidad de valorar, conforme a derecho, la conducta de los servidores públicos

que participaron en el proceso de gestión contractual y calificar su grado de responsabilidad, absolviendo o condenando en algunos casos, lo que no implica, sin contar en este proceso con todos los elementos de juicio necesarios y suficientes para determinar que se obró de manera parcializada.

Al tenerse certidumbre sobre el régimen jurídico aplicable a la Orden de Servicio No.0-0007-97 y la responsabilidad que residía en el demandante como representante legal de la empresa no hay lugar a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 200 de 1995 sobre resolución de la duda, pues no existe espacio para ello. Tampoco encuentra justificación de la conducta omisiva del actor de cara al proceso de contratación (art. 23-4 ibídem).

En cuanto al postulado de la buena fe (art. 83 de la Constitución Política), se dirá que este es una presunción que se predica tanto del particular como del servidor público, en todas sus actuaciones o gestiones. Pero no puede llegarse hasta el punto de desconocer la normatividad que gobierna precisamente la empresa que representa, para alegar a su favor una exculpación por ignorancia de las ciencias jurídicas, en tratándose de un funcionario de alta jerarquía como lo es el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM-.

La sola omisión en la aplicación de reglas básicas de la contratación descarta de plano la posibilidad de reconocer que actuaba precedido bajo una presunción de que su conducta no constituía falta disciplinaria.

En conclusión, no se logró desvirtuar la legalidad de los fallos disciplinarios y por los cuales la Procuraduría General de la Nación le impuso como sanción una multa equivalente a 30 días del salario

devengado en 1997, en su condición de Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, al señor José Libardo Blackburn Cortés.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada del 29 de julio de 2004 que negó las pretensiones de la demanda, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por el señor José Libardo Blackburn Cortés contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente. Cúmplase.

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

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCON

Expediente No.2941/05, actor JOSE LIBARDO BLACKBURN CORTES.-

2.- COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA PARA CONOCER CONFLICTOS LABORALES SUSCITADOS ENTRE LOS SERVIDORES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo mediante el cual se ordenó suprimir la Empresa Social del Estado y se dispuso su liquidación. En principio, correspondía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral conocer del litigio formulado por la parte actora, en consideración a la vinculación contractual de la demandante con la Empresa Social del Estado; sin embargo, tal situación varió en forma sustancial cuando el Ejecutivo expidió el Decreto 1750 de 2003, que en los artículos 16 y 17 dispone que para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes son considerados como trabajadores oficiales, disponiendo además su incorporación automática sin solución de continuidad, en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado. Por tal virtud y atendiendo a que la naturaleza jurídica del vínculo laboral que unió a la actora con la administración fue modificada con la expedición del Decreto 1750 de 2003 declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-314 de 1º de abril de 2004, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo desatar el litigio propuesto. Por lo que se revocará la providencia apelada, para que en su lugar, el a quo provea la admisión de la demanda.

Auto de 27 de marzo de 2008, Exp. 2006-01567 (0479-08), M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Competencia jurisdiccional / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Empresas Sociales del Estado: Competencia / EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - Competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer conflictos laborales que se susciten entre sus servidores / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Objeto

El legislador expidió la Ley 1107 de 2006, por medio de la cual modificó el artículo 82 del CCA., definiéndose, de manera concreta, el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Con respecto al contenido y alcance del citado artículo, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante providencia de 8 de febrero de 2007 definió que el objeto de esta jurisdicción consiste en conocer de las controversias originadas en litigios donde sean parte las “entidades públicas”, es decir, que para efectos de determinar la competencia, debe observarse si la entidad es de naturaleza pública o no. Dicha norma procesal es de aplicación inmediata, teniendo en cuenta que la misma rige a partir de su promulgación. Lo anterior, sin perjuicio de las competencias asignadas en las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001, norma ésta que se refiere al objeto de la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, a quien corresponde conocer de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. Tal norma sustentó la decisión del Tribunal de rechazar la demanda mediante el auto recurrido. En ese orden de ideas, entiende la Sala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente por regla general para conocer de los litigios en donde sean parte las entidades públicas y, por excepción, corresponde a las demás jurisdicciones conocer de las controversias estrictamente definidas en la ley. En principio, correspondía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral conocer del litigio formulado por la parte actora, en consideración a la vinculación contractual de la demandante con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla; sin embargo, tal situación varió en forma sustancial cuando el Ejecutivo expidió el Decreto 1750 de 2003, que en los artículos 16 y 17 dispone que para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes son considerados como trabajadores oficiales, disponiendo además su incorporación automática sin solución de continuidad, en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado. Por tal virtud y atendiendo a que la naturaleza jurídica del vínculo laboral que unió a la actora con la administración fue modificada con la expedición del Decreto 1750 de 2003 que valga la pena aclarar, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-314 de 1º de abril de 2004, corresponde la jurisdicción de lo contencioso administrativo desatar el litigio propuesto. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala revocará la providencia apelada, para que en su lugar, el a quo provea la admisión de la demanda, con observancia plena, claro está, de los requisitos establecidos en los artículos 132 y 134B del Código Contencioso Administrativo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008)

Radicación N°: 13001 23 31 000 2006 01567 01 (0479-2008)

Actor: MARICELA LENES POLO

Demandado: Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla

Apelación interlocutorio

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la mandataria judicial de la actora contra la providencia del 28 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en virtud de la cual se rechazó la demanda de la referencia por falta de jurisdicción y se ordenó remitir el expediente a la Oficina Judicial de Reparto de los Juzgados Laborales del Distrito de Cartagena de Indias.

Para llegar a esa decisión, el Tribunal consideró que el vínculo laboral de la actora fue con ocasión de un contrato de trabajo dada su calidad de trabajadora oficial del ente demandado; agregó que la aplicación de las Convenciones Colectivas de Trabajo pedidas en la demanda hacen parte integral de los conflictos que se pueden suscitar con ocasión de un contrato de trabajo.

En ese orden de ideas y atendiendo lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley 712 de 2001, estimó que la Justicia Ordinaria Laboral es la competente para conocer de la controversia planteada.

LA APELACIÓN

En la debida oportunidad procesal, la apoderada judicial de la demandante recurre la providencia del a quo, manifestando las razones por las cuales considera que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para desatar la litis propuesta.

Expresó que el artículo 16 del Decreto No. 1750 de 2003, modificó el carácter de los servidores públicos que estaban vinculados al ente demandado, señalando que para todos los efectos legales los servidores de las Empresas Sociales del Estado serán empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, quienes son considerados trabajadores oficiales.

Expresó que la modificación en el carácter de trabajadores oficiales a empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-314 de 2004. Agregó que el Consejo Superior de la Judicatura con ponencia del Magistrado Guillermo Bueno Miranda manifestó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de los procesos de nulidad de actos administrativos expedidos por las Empresas Sociales del Estado.

Para resolver se,

CONSIDERA

Por conducto de mandatario judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la demandante solicita la declaratoria de nulidad del Oficio SADRHLIQ – No. 00138 de 29 de julio de 2006, expedido por el Representante legal de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, mediante el cual se le notificó que mediante el Decreto No. 2505 de 29 de julio de 2006, se ordenó suprimir la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla y se dispuso su liquidación.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pide que se le reintegre al cargo que desempeñaba antes de ser retirada o a otro de igual o superior jerarquía, con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de la desvinculación hasta la que se produzca su reintegro; que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; que se ordene el pago de todas las conquistas laborales consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo de 31 de octubre de 2001 y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

Para rechazar la demanda por falta de jurisdicción, el Tribunal consideró que el vínculo laboral de la actora fue con ocasión de un contrato de trabajo dada su calidad de trabajadora oficial de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla. Por su parte la apoderada de la actora refutó dicha aseveración, afirmando que los trabajadores oficiales de la entidad les fue modificada su relación de trabajo con la expedición del Decreto 1750 de 2003, que consagra para todos los efectos legales, que los servidores de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, quienes son considerados trabajadores oficiales.

Para resolver el caso concreto deberá la Sala estudiar, a la luz del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, recientemente modificado por la Ley 1107 de 2006, y del Decreto 1750 de 2003, para establecer la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de los conflictos laborales que se susciten entre los servidores que laboran en las Empresas Sociales del Estado.

El legislador expidió la Ley 1107 de 2006, por medio de la cual modificó el artículo 82 del CCA., definiéndose, de manera concreta, el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Prescribe la norma:

Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales

Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

Parágrafo. **Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.** (Negrillas fuera de texto)

Con respecto al contenido y alcance del citado artículo, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante providencia de 8 de febrero de 2007 definió que el objeto de esta jurisdicción consiste en conocer de las controversias originadas en litigios donde sean parte las “entidades públicas”, es decir, que para efectos de determinar la competencia, debe observarse si la entidad es de naturaleza pública o no⁵. Dicha norma procesal es de aplicación inmediata, teniendo en cuenta que la misma rige a partir de su promulgación.

Lo anterior, sin perjuicio de las competencias asignadas en las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001, norma ésta que se refiere al objeto de la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, a quien corresponde conocer de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo⁶. Tal norma sustentó la decisión del Tribunal de rechazar la demanda mediante el auto recurrido.

En ese orden de ideas, entiende la Sala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente por regla general para conocer de los litigios en donde sean parte las entidades públicas y, por excepción, corresponde a las demás jurisdicciones conocer de las controversias estrictamente definidas en la ley.

En principio, correspondía a la Jurisdicción Ordinaria Laboral conocer del litigio formulado por la parte actora, en consideración a la vinculación contractual de la demandante con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla; sin embargo, tal situación varió en forma sustancial cuando el Ejecutivo

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02637-01(30903) Actor: UNION TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA Y OTROS Demandado: SOCIEDAD AGUAS DE RIONEGRO S.A. ESP. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁶ Ley 712 del 5 de diciembre de 2001, que modificó entre otros el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo.

expidió el Decreto 1750 de 2003⁷, que en los artículos 16 y 17 dispone que para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes son considerados como trabajadores oficiales, disponiendo además su incorporación automática sin solución de continuidad, en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado.

En el caso de la actora, se observa a folio 16 que se desempeñó en el cargo de “*AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES (ENFERMERA)*” en la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, durante los períodos comprendidos entre el 23 de mayo de 1984 y el 29 de julio de 2006, fecha de la supresión de la entidad mediante Decreto No. 2505 del mismo año.

Por tal virtud y atendiendo a que la naturaleza jurídica del vínculo laboral que unió a la actora con la administración fue modificada con la expedición del Decreto 1750 de 2003 que valga la pena aclarar, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-314 de 1º de abril de 2004, corresponde la jurisdicción de lo contencioso administrativo desatar el litigio propuesto.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala revocará la providencia apelada, para que en su lugar, el a quo provea la admisión de la demanda, con observancia plena, claro está, de los requisitos establecidos en los artículos 132 y 134B del Código Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”,

RESUELVE:

REVÓCASE la providencia de 28 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en virtud de la cual se rechazó la demanda de

⁷ Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado. Diario Oficial No. 45.230, de 26 de junio de 2003.

la referencia por falta de jurisdicción y se ordenó remitir el expediente a la Oficina Judicial de Reparto de los Juzgados Laborales del Distrito de Cartagena de Indias.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen, con el fin de que provea la admisión de la demanda, si a ello hay lugar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN

Rad N°: 13001-23-31-000-2006-01567-01-(0479-08) Actor: MARICELA LENES POLO.

3.- VIA DE HECHO POR SENTENCIA INHIBITORIA

Es inaceptable que el Tribunal haya admitido la demanda de la referencia para que al cabo de cinco años se inhiba para decidir de fondo, por una "omisión" que se pudo haber ordenado corregir al momento de admitirla y ahora abstenerse de emitir pronunciamiento para invocar como fundamento las deficiencias del poder. Por lo anterior, al tener los Jueces el deber ineludible de evitar, hasta donde ello sea posible, las sentencias inhibitorias, por cuanto con ellas nada se resuelve, se concluye que en el presente caso, no se observó que el juez se encontrara en una situación en la cual le resultara absolutamente imposible proferir una decisión de fondo, por ello se apartó por completo del derecho vigente, al distanciarse, nada menos, que de la obligación que le incumbe de administrar justicia. Así bien, el tribunal incurrió en una vía de hecho impidiendo el acceso a la justicia entonces se configura la causal de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en cuanto se presenta violación directa de la Constitución al afectar los derechos fundamentales de los actores en el proceso ordinario por proferir un fallo inhibitorio, por tal razón, la Sala tutelaré el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y dejará sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo, mediante la cual se inhibió de emitir pronunciamiento sobre las pretensiones de los actores en la acción de reparación directa para que el tribunal se pronuncie de fondo sobre las pretensiones invocadas.

Sentencia de 11 de febrero de 2008, Exp. AC-2007-01349-00, M.P. JAIME MORENO GARCIA

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Procedencia excepcional. Requisitos precisados por jurisprudencia constitucional. Causales genéricas de procedibilidad

En reiterada jurisprudencia se ha admitido que el trámite de la acción de tutela contra providencias judiciales es viable siempre que se esté ante un flagrante desconocimiento de la Constitución Política y de la ley que vulnere derechos fundamentales. En iguales términos, la Corte Constitucional mediante sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del citado Decreto 2591 que contemplaban tal posibilidad. Señaló en la parte motiva de la providencia que “no riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amanecen los derechos fundamentales” argumento que dio lugar a que se construyera por vía jurisprudencial la noción de la “vía de hecho judicial” noción que actualmente ha sido reemplazada por la expresión causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial. Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos: “...todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.”. Ahora, la Sección Segunda de esta Corporación en principio declaraba improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, empero, ha atenuado tal posición, no en los mismos términos esbozados por la Corte Constitucional pero bajo los siguientes supuestos de hecho: en primer lugar, dada la condición falible que encierra al operador judicial quien con sus actuaciones u omisiones puede lesionar derechos fundamentales, por lo que los asociados requieren la protección prevista en la Carta Política de 1991. En segundo lugar, es posible acudir a la acción de amparo, en el evento que las herramientas procesales existentes, en principio idóneas, fallen de forma que con su utilización no se logre efectivizar derechos conculcados.

**DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-
Características/DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE
JUSTICIA-Obtención de decisiones de fondo/DERECHO DE ACCESO A LA
ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Vulneración por emitir decisiones
inhibitorias**

El acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental mediante el cual, toda persona que sienta lesionado un bien o un derecho jurídicamente tutelado, pueda acudir al Estado para evitar el daño, obtener una reparación y sancionar a los responsables, en otras palabras, es un derecho que sirve de garantía para la protección de los demás derechos. La Corte Constitucional ha dicho que "Estas características cualifican la administración de justicia e impiden que la garantía de su acceso se vea limitada a una perspectiva formal y, en contrario, obligan a que las controversias sometidas al estudio de la jurisdicción obtengan una decisión de fondo que otorgue certidumbre sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos objeto de litigio, razón por la cual las providencias judiciales de carácter inhibitorio, que dejan en suspenso la resolución del asunto correspondiente, prima facie atentan contra el derecho al acceso a la administración de justicia y, por ende, son solamente admisibles cuando el juez carece de alguna otra alternativa a la luz del ordenamiento jurídico aplicable, situaciones que, por supuesto, deben ser extraordinarias.

PODER – Presentación personal / JUEZ – Facultades que tiene antes de admitir demanda / DEMANDA – Término para su corrección so pena de rechazarla / ADMISION DE LA DEMANDA – Momento procesal para exponer los defectos que presente el poder o la demanda

En el Código Contencioso Administrativo no se encuentra una disposición relativa a la presentación del poder por lo que es aplicable el inciso 2 del artículo 65 del C. P. C. por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A. Dicha disposición preceptúa que el poder debe ser presentado como se dispone para la demanda y las firmas de la misma de conformidad con el artículo 84 del C. P. C. deben autenticarse por quienes la suscriban, mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario de cualquier círculo. Es decir, que éste, como otros tantos requisitos que contiene el artículo 137 del C. C. A. deben ser revisados al momento de decidir sobre la admisión de la demanda, para que el juez contencioso la admita o no, en virtud del artículo 143 ibidem y en caso de faltarle un requisito el juez deberá exponer los efectos formales de que adolezca para que en el término de 5 días se corrijan, so pena de rechazo. En esta orden de ideas, el momento procesal para exponer defectos que presente el poder o la demanda, lo es en la admisión.

VIA DE HECHO POR SENTENCIA INHIBITORIA - Configuración: cuando el juez tiene dentro del ordenamiento jurídico una oportunidad clara de proferir fallo de fondo / JUEZ - Facultades que le obligan a tomar medidas para fallar de fondo / DENEGACION DE JUSTICIA - Vía de hecho por sentencia inhibitoria / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procede en el sub lite al configurarse una vía de hecho por parte del Tribunal / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Se vulnera al proferir fallo inhibitorio, contando el Tribunal del conocimiento con todos los elementos jurídicos necesarios para emitir fallo de fondo / FALLO INHIBITORIO - El incurrir en vía de hecho se debe invalidar y ordenar proferir una nueva decisión / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional

Teniendo en cuenta que el poder debe presentarse como se dispone para la demanda y no se efectuó respecto de la actora a nombre propio y en representación de sus menores, la Sala estimó que éstas no eran parte procesal y así decidió inhibirse. Es inaceptable que el Tribunal haya admitido la demanda de la referencia para que al cabo de cinco años se inhiba para decidir de fondo, por una "omisión" que se pudo haber ordenado corregir al momento de admitirla y ahora abstenerse de emitir pronunciamiento para invocar como fundamento las deficiencias del poder, máxime tratándose en el caso de la afectada porque nótese que accedió respecto a las pretensiones invocadas por los padres de la señora LILBIA y se inhibió respecto de la directamente afectada y sus hijos menores. Por lo anterior, al tener los Jueces el deber ineludible de evitar, hasta donde ello sea posible, las sentencias inhibitorias, por cuanto con ellas nada se resuelve, se concluye que en el presente caso, no se observó que el juez se encontrara en una situación en la cual le resultara absolutamente imposible proferir una decisión de fondo, por ello se apartó por completo del derecho vigente, al distanciarse, nada menos, que de la obligación que le incumbe de administrar justicia. Así bien, el tribunal incurrió en una vía de hecho impidiendo el acceso a la justicia entonces se configura la causal de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en cuanto se presenta violación directa de la Constitución al afectar los derechos fundamentales de los actores en el proceso ordinario por proferir un fallo inhibitorio, por tal razón, la Sala tutelaré el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y dejará sin efectos la sentencia proferida el 14 de marzo de 2005 por la cual el Tribunal Administrativo del Tolima, se inhibió de emitir pronunciamiento sobre las pretensiones de los actores en la acción de reparación directa para que el tribunal se pronuncie de fondo sobre las pretensiones invocadas.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCÍA

Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil ocho (2008)

Exp. No: 11001-03-15-000-2007-01349-00

Actor: LILBIA JIMÉNEZ CRISTANCHO Y OTROS

Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

ACCIÓN DE TUTELA

Decide la Sala la acción de tutela presentada por la señora **LILBIA JIMÉNEZ CRISTANCHO Y OTROS** contra el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA** por incurrir presuntamente en una vía de hecho al proferir la providencia del 14 de marzo de 2005.

ANTECEDENTES

Los señores **LILBIA JIMÉNEZ CRISTANCHO, PARLINSON MAGDIED ALDANA JIMÉNEZ Y LINA MELIZA ALDANA JIMÉNEZ** (menor representada por su madre), instauraron acción de tutela contra el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**.

Como hechos, se destacan los siguientes:

Que la actora fue privada injustamente de la libertad, el día 25 de julio de 1996 durante 12 meses y 14 días.

Como en ese momento no tenía quien cuidara de sus hijos (PARLINSON MAGDIED Y LINA MELIZA), solicitó al ICBF, los acogiera y los declarara en situación de peligro para así ubicarlos en un hogar sustituto hasta tanto recuperara su libertad y pudiera hacerse cargo de ellos.

Aduce que luego de un proceso tedioso la Fiscalía la declaró inocente y así recuperó su libertad y a sus hijos, quienes habían sido entregados a una madre sustituta.

Que en procura de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicio ocasionados, a través de apoderado, inició acción de reparación directa la cual fue resuelta mediante fallo del 14 de marzo de 2005, inhibiéndose, entre otras, para pronunciarse respecto de las pretensiones de la actora y sus menores.

Contra la decisión anterior, presentó recurso de apelación el cual fue concedido por el Tribunal, pero inadmitido por el Consejo de Estado por considerarse el proceso de única instancia.

OBJETO DE TUTELA

En el presente caso, la accionante no menciona en forma clara y expresa los derechos fundamentales que estima vulnerados por la acción u omisión de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Tolima, pero del escrito presentado puede deducirse que en definitiva lo que pretende es dejar sin efecto la sentencia proferida por la entidad accionada, en cuanto se inhibió de emitir pronunciamiento sobre las pretensiones incoadas por los actores en la acción de reparación directa.

Por lo anterior, teniendo en cuenta las directrices dadas por la Corte Constitucional,⁸ y dada la informalidad de la acción de tutela, la Sala analizará la eventual vulneración de derechos fundamentales de los actores a partir de la narración de los hechos y de las pruebas aportadas dentro del proceso pues, como

⁸ Sentencia T-924/03.

lo ha sostenido reiteradamente la mencionada Corte⁹, ésta es la obligación del juez de tutela. Al respecto, la Corte ha dicho:

“En cuanto a los derechos invocados, la informalidad de la tutela y la necesidad de pronta resolución son características, suficientemente escudriñadas por la doctrina constitucional, que impiden exigir al solicitante un mínimo de conocimientos jurídicos, menos todavía si se pretende que haga encajar sus circunstancias, con absoluta precisión, en el articulado de la Carta Política.

Por ello, si el juez encuentra afectados derechos no invocados por el petente, no sólo puede sino que debe referirse a ellos en su sentencia y decidir lo pertinente, impartiendo las órdenes necesarias para su cabal y plena defensa. De tal empeño depende la eficacia de la acción y el consiguiente imperio de los mandatos constitucionales.

El juez, especialmente en materia de tutela, tiene a su cargo un papel activo, independiente, que implica la búsqueda de la verdad y de la razón, y que riñe con la estática e indolente posición de quien se limita a encontrar cualquier defecto en la forma de la demanda para negar el amparo que de él se impetra.”¹⁰

ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto del 30 de noviembre de 2007, se tuvieron como pruebas las aportadas con ella, se notificó a los Magistrados que integran la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Tolima y al Presidente del mismo tribunal y por tener interés directo en las resultas del proceso se notificó al Fiscal General de la Nación.

CONSIDERACIONES

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-492-92, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-501-94, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-554-94, M.P. Jorge Arango Mejía y T-684-01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-481-92, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

En primer lugar, esta Sala entrará a analizar la procedencia de la presente acción de tutela, como quiera que va encaminada a controvertir decisiones judiciales, por ello, es preciso advertir que el **artículo 86 de la Carta Política** establece la posibilidad de instaurar la acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, según lo dispuesto en el **artículo 6º del Decreto No. 2591 de 1991**, este mecanismo sólo procede cuando el afectado **no disponga de otro medio de defensa judicial**, a menos que la referida acción se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, **el cual deberá probarse**.

En reiterada jurisprudencia se ha admitido que el trámite de la acción de tutela contra providencias judiciales es viable siempre que se esté ante un flagrante desconocimiento de la Constitución Política y de la ley que vulnere derechos fundamentales.

Al respecto la Corte Constitucional en **Sentencia T-819/02** dijo:

“...no se puede perder de vista que la prosperidad del amparo depende de la **demonstración clara e irrefutable** de que la misma fue el producto de una conducta arbitraria **en forma superlativa** atribuible al funcionario judicial”. [Negrilla de la Sala]

En iguales términos, la Corte Constitucional mediante sentencia **C-543 del 1º de octubre de 1992**, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del citado Decreto 2591 que contemplaban tal posibilidad. Señaló en la parte motiva de la providencia que **“no riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al**

funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amanecen los derechos fundamentales” argumento que dio lugar a que se construyera por vía jurisprudencial la noción de la “*vía de hecho judicial*” noción que actualmente ha sido reemplazada por la expresión *causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial*. Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos:

“...todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.”¹¹

Ahora, la Sección Segunda de esta Corporación en principio declaraba improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, empero, ha atenuado tal posición, no en los mismos términos esbozados por la Corte Constitucional pero bajo los siguientes supuestos de hecho: en primer lugar, dada la condición falible que encierra al operador judicial quien con sus actuaciones u omisiones puede lesionar derechos fundamentales, por lo que los asociados requieren la protección prevista en la **Carta Política de 1991**. En segundo lugar, es posible acudir a la acción de amparo, en el evento que las herramientas procesales existentes, en principio idóneas, fallen de forma que con su utilización no se logre efectivizar derechos conculcados.

La justificación que antecede, se efectúa por cuanto los actores acuden a la tutela como mecanismo de protección inmediata de sus derechos fundamentales al censurar que, con las actuación de la Sala de Descongestión

¹¹ Sentencia T-453 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa..

*del Tribunal Administrativo del Tolima que se inhibió de emitir pronunciamiento sobre las pretensiones incoadas en la acción de reparación directa, se les vulneró el **derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.***

Se trata entonces de establecer si a los actores les fue vulnerado el derecho al acceso a la administración de justicia con la decisión adoptada por el tribunal mencionado –de inhibirse respecto de las pretensiones impetradas en la acción de reparación directa–.

Del acceso a la administración de justicia.

El artículo 228 de la Constitución Política dispone que la administración de justicia es función pública la cual debe ser cumplida con la primacía del derecho sustancial, con diligencia y cuyo funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

El acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental mediante el cual, toda persona que sienta lesionado un bien o un derecho jurídicamente tutelado, pueda acudir al Estado para evitar el daño, obtener una reparación y sancionar a los responsables, en otras palabras, es un derecho que sirve de garantía para la protección de los demás derechos.

La Corte Constitucional ha dicho que “Estas características cualifican la administración de justicia e impiden que la garantía de su acceso se vea limitada a una perspectiva formal y, en contrario, obligan a que las controversias sometidas al estudio de la jurisdicción obtengan una decisión de fondo que otorgue certidumbre sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos objeto de litigio, razón por la cual las providencias judiciales de carácter

inhibitorio, que dejan en suspenso la resolución del asunto correspondiente, prima facie atentan contra el derecho al acceso a la administración de justicia y, por ende, son solamente admisibles cuando el juez carece de alguna otra alternativa a la luz del ordenamiento jurídico aplicable, situaciones que, por supuesto, deben ser extraordinarias.¹² (subrayas y negrillas fuera de texto).

El caso concreto

En el sub-lite, los actores **LILBIA JIMÉNEZ CRISTANCHO, PARLINSON MAGDIED ALDANA JIMÉNEZ Y LINA MELIZA ALDANA JIMÉNEZ**, acuden en acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Tolima quien al proferir la sentencia del 14 de marzo de 2005 se inhibió de emitir pronunciamiento sobre las pretensiones de los accionantes y accedió a las súplicas respecto de otros actores, por considerar que la misma se constituye en una vía de hecho.

Las razones por las cuales el tribunal decidió inhibirse respecto de las pretensiones de los señores **LILBIA JIMÉNEZ CRISTANCHO, PARLINSON MAGDIED ALDANA JIMÉNEZ Y LINA MELIZA ALDANA JIMÉNEZ**, se pueden sintetizar en que a folio 2 a 4 del expediente (No. 2000-306 allegado a esta actuación) aparecen los poderes otorgados por los demandantes, en los que se observa la falta de presentación personal por parte de la señora **LILBIA JIMÉNEZ CRISTANCHO**.

Que teniendo en cuenta que el poder debe presentarse como se dispone para la demanda y no se efectuó respecto de la actora a nombre propio y en representación de sus menores, la Sala estimó que éstas no eran parte procesal y así decidió inhibirse.

¹² Sentencia T-134/04

Contra dicha decisión fue interpuesto el recurso de apelación que fue concedido ante el Consejo de Estado, pero inadmitido por éste último al considerar que el proceso era de única instancia.

Teniendo en cuenta, que los actores no cuentan con otro mecanismo de defensa judicial que sea efectivo, y al no desvirtuarse la institución de la cosa juzgada por no existir un pronunciamiento de mérito respecto de sus pretensiones, la Sala procederá a verificar si la decisión adoptada por el tribunal en cuanto se inhibió respecto de las pretensiones de la actora, se constituye en un vía de hecho.

Se debe examinar en primer lugar si el requisito formal de la presentación personal del poder impide fallar de mérito la cuestión litigiosa.

Obra a folios 3 y 4 del expediente No. 2000-0306 el poder conferido por la señora **LILBIA JIMÉNEZ CRISTANCHO** como persona directamente afectada con la privación injusta de la libertad y en representación de sus hijos menores **PARLINSON MAGDIED Y LINA MELIZA**, en el que se observa que la misma no efectuó la respectiva presentación personal.

En el Código Contencioso Administrativo no se encuentra una disposición relativa a la presentación del poder por lo que es aplicable el inciso 2 del **artículo 65 del C. P. C.** por remisión expresa del **artículo 267 del C.C.A.**

Dicha disposición preceptúa que **el poder debe ser presentado como se dispone para la demanda** y las firmas de la misma de conformidad con el **artículo 84 del C. P. C.** deben autenticarse por quienes la suscriban, mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario de cualquier círculo.

Es decir, que éste, como otros tantos requisitos que contiene el **artículo 137 del C. C. A.** deben ser revisados al momento de decidir sobre la admisión de la demanda, para que el juez contencioso la admita o no, en virtud del artículo 143

ibidem y en caso de faltarle un requisito el juez deberá exponer los efectos formales de que adolezca para que en el término de 5 días se corrijan, so pena de rechazo.

Por eso, si el juez consideraba que el poder adolecía del requisito de la presentación personal, no debió admitirla, como en efecto lo hizo (folio 96), sino ordenar su corrección, por así permitírsele el artículo 143, caso que no sucede cuando la acción está caducada, pues por obvias razones tal suceso es imposible modificar, de ahí la orden contenida en el inciso 3 del ya citado artículo 143.

En esta orden de ideas, el momento procesal para exponer defectos que presente el poder o la demanda, lo es en la admisión.

Ahora, como puede observarse en el auto admisorio de la misma, el tribunal omitió indicar tal deficiencia, al contrario la admitió reconociendo personería al abogado como representante de los actores, es decir, en su sentir el mandato allegado era suficiente para incoar la acción.

Además, la parte demanda en la contestación efectuada, no manifestó oposición alguna ni tampoco impugnó el auto admisorio respecto de esa cuestión, por tal razón podría entenderse saneada.

Por ello, es inaceptable que el Tribunal haya admitido la demanda de la referencia para que al cabo de cinco años se inhiba para decidir de fondo, por una “omisión” que se pudo haber ordenado corregir al momento de admitirla y ahora abstenerse de emitir pronunciamiento para invocar como fundamento las deficiencias del poder, máxime tratándose en el caso de la afectada porque nótese que accedió respecto a las pretensiones invocadas por los padres de la señora **LILBIA** y se inhibió respecto de la directamente afectada y sus hijos menores.

Por lo anterior, al tener los Jueces el deber ineludible de evitar, hasta donde ello sea posible, las sentencias inhibitorias, por cuanto con ellas nada se resuelve, se concluye que en el presente caso, no se observó que el juez se encontrara en una situación en la cual le resultara absolutamente imposible proferir una decisión de fondo, por ello se apartó por completo del derecho

vigente, al distanciarse, nada menos, que de la obligación que le incumbe de administrar justicia¹³

Así bien, el tribunal incurrió en una vía de hecho impidiendo el acceso a la justicia entonces se configura la causal de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en cuanto se presenta violación directa de la Constitución al afectar los derechos fundamentales de los actores en el proceso ordinario por proferir un fallo inhibitorio, por tal razón, la Sala tutelaré el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y dejará sin efectos la sentencia proferida el 14 de marzo de 2005 por la cual el Tribunal Administrativo del Tolima, se inhibió de emitir pronunciamiento sobre las pretensiones de los actores en la acción de reparación directa para que el tribunal se pronuncie de fondo sobre las pretensiones invocadas.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA

1° TUTÉLASE el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de los señores **LILBIA JIMÉNEZ CRISTANCHO, PARLINSON MAGDIED ALDANA JIMÉNEZ Y LINA MELIZA ALDANA JIMÉNEZ**, para lo cual se dispone:

2° DÉJASE SIN EFECTO la providencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Tolima el 15 de marzo de 2005 en cuanto se inhibió de emitir pronunciamiento sobre las pretensiones de los actores en la acción de reparación directa incoada, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

¹³ En iguales términos se expresó la Corte Constitucional en la Sentencia T-134/04

3° ORDÉNASE al Tribunal Administrativo del Tolima, en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, proferir una nueva decisión sobre las pretensiones invocadas por la señora LILBIA JIMÉNEZ CRISTANCHO, PARLINSON MAGDIED ALDANA JIMÉNEZ Y LINA MELIZA ALDANA JIMÉNEZ, teniendo en cuenta lo señalado en la parte considerativa de esta providencia.

Notifíquese esta providencia en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 a las entidades demandadas.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN