

**Función Pública**

Sentencia 16 de 2013 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación 11001032800020120001600

Radicación interna No. 2012-0016

Demandante: MARGARETH LICONA CASTRO

Demandado: GABRIEL SUÁREZ CORTÉS

Electoral. Única instancia.

Procede la Sala a decidir la demanda de la referencia, que pretende la nulidad de la Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011, que "ratificó" el nombramiento del señor Gabriel Suárez Cortés en calidad de miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, aclarada por la Resolución No. 0294 del 3 de febrero de 2012, ambas proferidas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

MIEMBROS DEL CONSEJO TECNICO DE LA CONTADURIA PUBLICA-No son empleados públicos a pesar de que ejercen función pública/MIEMBROS DEL CONSEJO TECNICO DE LA CONTADURIA PUBLICA-No son empleados públicos en consecuencia no le son aplicables las disposiciones relacionadas con la edad del retiro forzoso/EDAD DE RETIRO FORZOSO-Los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, no son empleados públicos por lo que no le son aplicables las disposiciones relacionadas con la edad del retiro forzoso/MIEMBROS DEL CONSEJO TECNICO DE LA CONTADURIA PUBLICA-Régimen disciplinario aplicable a los particulares que ejercen funciones públicas

TESIS: Aduce la actora que el demandado es servidor público por cuanto ejerce una función pública en calidad de miembro del Consejo Técnico de Contaduría Pública y porque según el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 están sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que contiene el Código Disciplinario Único, por lo mismo, les es aplicable la edad de retiro forzoso prevista en los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, 443 de 1998 y en la Ley 909 de 2004. Por su parte, el demandado y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se opusieron a la prosperidad de este cargo, toda vez que los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública no son empleados públicos sino particulares que ejercen función pública; por ello, no les es aplicable la edad de retiro forzoso. Para el análisis del cargo, es necesario determinar si a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública les es aplicable la edad de retiro forzoso. En el caso concreto, no se cumplen los requisitos a los que el artículo 122 de la Constitución Política hace referencia, pues el Consejo Técnico de la Contaduría Pública no tiene planta de personal permanente, y los honorarios de sus miembros son fijados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de conformidad con el presupuesto asignado para su funcionamiento en el Presupuesto General de la Nación de conformidad con el artículo 7º del Decreto 691 de 2010 referenciado. Se concluye que los miembros de este Consejo no son empleados públicos a pesar de que ejercen función pública; y, en consecuencia no le son aplicables las disposiciones relacionadas con la edad del retiro forzoso. Ahora bien, el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 dispone que a los miembros de este Consejo se les aplica las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, reglas para manejo de conflictos de interés y demás normas consagradas en la Ley 734 de 2002, pero por este solo hecho no se puede incluir que son empleados públicos. En efecto, esta Ley contiene el régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos (artículo 25) y a los particulares que ejercen funciones públicas (artículo 53). Entonces, si bien las anteriores normas le son aplicables a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, en virtud del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 citado, en la Ley 734 de 2002 no está prevista la edad de retiro forzoso como impedimento para el ejercicio de funciones públicas a cargo de los particulares pues no configura conducta disciplinable.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La demandante, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicitó:

"1. Que se declare la nulidad de la unidad jurídica conformada por la Resolución No. 5221 de 26 de diciembre de 2011 por medio de la cual se designó al señor GABRIEL SUÁREZ CORTES (sic), como miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, de conformidad con lo establecido

en el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009, en el artículo 6º numeral 1 y 4 del Decreto 691 de 2010, y la Resolución 0294 del 3 de febrero de 2012 por medio de la cual se aclara la anterior, emanada del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene librar las comunicaciones del caso dando cuenta de la correspondiente decisión, al Ministro de Comercio Industria y Turismo, a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría, para todos los efectos a que haya lugar"

Para sustentar las pretensiones afirmó, en síntesis, lo siguiente:

El Ministro de Comercio Industria y Turismo, por Resolución No. 1477 del 4 de junio de 2010, designó en calidad de miembro del Consejo Técnico de Contaduría Pública al señor Gabriel Suárez Cortés, de 68 años de edad, para el período comprendido entre el 4 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2011 (18 meses y 27 días).

El demandado es pensionado de la firma Price Waterhouse Coopers de la cual fue socio por 23 años.

Por Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011 el Ministro de Comercio, Industria y Turismo "ratificó" la designación del señor Suárez Cortés por el período comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2016; sin embargo, la anterior resolución fue aclarada por la Resolución No. 0294 del 3 de febrero de 2012, expedida por el mismo Ministerio, en el sentido de determinar que el "...período iniciará una vez aceptada la designación para que concluya el 31 de diciembre del año 2015"; período que el demandante consideró que es superior al permitido legalmente, toda vez que, de conformidad con el artículo 6º numeral 4º del Decreto 691 de 2010, los miembros de este Consejo "podrán ser ratificados hasta por un (1) período igual" que para el caso concreto, es de 18 meses y 27 días.

La demandante citó como normas violadas los artículos 6º, 13, 29 y 40, numeral 7º, de la Constitución Política, los artículos 11 de la Ley 1314 de 2009, 22 de la Ley 734 de 2002, 41 de la Ley 909 de 2004, 31 del Decreto 2400 de 1968, 122 del Decreto 1950 de 1973 y 3º, 5º y 6º del Decreto 691 de 2010. Con fundamento en las normas invocadas formuló los siguientes cargos de violación de la ley:

i) *"Violación de los artículos 41 de la Ley 909 de 2004, 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973, en lo relacionado con la edad de retiro forzoso"*

El demandante alegó que cuando se profirió la Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011, que "ratificó" al señor Suárez Cortés en calidad de miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, éste tenía 69 años de edad, de manera que "excede la edad límite para ejercer un trabajo, cargo o empleo público".

Citó la definición de servidor público que trae el artículo 123 de la Constitución Política para señalar que este Consejo cumple funciones públicas, de manera que sus miembros adquieren la calidad de servidores públicos. En ese orden de ideas, argumentó que al demandado, le son aplicables los artículos 31 del Decreto 2400 de 1968, 122 del Decreto 1950 de 1973 y la Ley 909 de 2004; disposiciones que establecen que la edad superior a 65 años, constituye una "prohibición" para desempeñar cargos públicos.

ii) *"Violación del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 en cuanto a los requisitos para ser miembro del Consejo Técnico de Contaduría Pública"*

Argumentó que el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 fija los requisitos para los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública; sin embargo, éstos no fueron verificados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011, ni en la Resolución No. 0294 del 3 de febrero de 2012.

En ese sentido, señaló que "el incumplimiento de las exigencias señaladas en la ley, genera un vacío en la argumentación fáctica de la designación".

iii) *"Violación del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 y 22 de la Ley 734 de 2002 relacionadas con el manejo de conflicto de intereses"*

El demandado está incurso en conflicto de intereses, pues es pensionado de la sociedad Price Waterhouse Coopers, persona jurídica de la que fue socio por 23 años.

Señaló que como miembro del Consejo Técnico de Contaduría Pública, el demandado, tendrá a su alcance la posibilidad de elaborar o influir en la preparación de las normas contables, financieras y de auditoría que han de regir en el país y ello comporta ventaja competitiva para "su compañía Price Waterhouse Coopers".

iv) *"Violación de los artículos 5º y 6º del Decreto 691 de 2010, falsa motivación y falta de competencia, por desconocimiento del período de designación de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública"*

El acto de "ratificación" [Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011] se fundamentó en los artículos 11 de la Ley 1314 de 2009 y 3º del Decreto 691 de 2010, pero "ratificó" al demandado por un período superior al permitido legalmente, "por un 'período igual' al de las funciones ejercidas es decir 18 meses y 27 días."

A juicio del actor, este hecho también configura la causal de nulidad de "falsa motivación" y "falta de competencia" por cuanto "por fuera de estos límites cualquier designación carece de legalidad, la autoridad se vuelve incompetente y se violan derechos tales como el debido proceso" (fl.14 al 33).

1.2. Contestación de la demanda

El demandado, por conducto de apoderado, contestó y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

En relación con la edad de retiro forzoso resaltó que los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública no son servidores públicos sino particulares que ejercen funciones públicas, a quienes se les paga honorarios en virtud del artículo 7º del Decreto 691 de 2010; en consecuencia, no les es aplicable la edad de retiro forzoso a la que alude la demandante.

Respecto de los requisitos para el ejercicio del cargo, argumentó que ha ejercido la profesión de contador público por más de 35 años en reconocidas entidades en calidad de revisor fiscal y en grupos de trabajo afines con su profesión; experiencia que fue considerada al momento de su designación.

Acerca del conflicto de intereses adujo que es cierto que fue socio de Price Waterhouse Coopers hasta junio de 2003; sin embargo, este hecho no vicia su nombramiento, por cuanto los miembros del Consejo Técnico de Contaduría Pública no toman decisiones, solamente presentan proyectos ante los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y de Comercio, Industria y Turismo, que son los que, de conformidad con el artículo 6º de la Ley 1314 de 2009, fijan principios, normas, interpretaciones y guías de contabilidad y de información financiera.

Al referirse al período de ratificación citó la justificación técnica del Proyecto de Decreto 691 de 2010, que presentó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en la que explicó la diferencia del período, dependiendo del nominador, con el fin de preservar la continuidad de la labor encomendada, de manera que los sucesores no tengan períodos coincidentes sino escalonados. Luego, apeló por una interpretación sistemática de la norma para entender que la expresión "período igual" hace relación al término del período que según el artículo 6º del Decreto 690 de 2010 es "de 4 años".

Finalmente, destacó que en el caso del Consejo Técnico de la Contaduría Pública los períodos son institucionales, y en consecuencia, un período inferior a 4 años sólo es factible cuando uno de los miembros no lo termina y es reemplazado por el tiempo restante según lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 6º del Decreto 691 de 2010.

Respecto de los cargos de falsa motivación y falta de competencia manifestó que se trató de un acto discrecional, ajustado a los fines de la norma y proporcional a los hechos que lo inspiraron y, tuvo como causa la integración del Consejo mediante la designación de uno de sus miembros; y, el funcionario que expidió la resolución es el competente.

Propuso las excepciones de: (i) insuficiencia en el concepto de la violación, por cuanto su explicación fue incompleta y corta; ii) inepta demanda, porque para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado es necesario precisar los motivos de su ilegalidad, pero en este caso, no hay para anular el acto demandado; (iii) inexistencia de causales de nulidad, porque el acto acusado se basó en las normas que le son aplicables; iv) caducidad de la acción porque el acto de ratificación del demandado se expidió el 26 de diciembre de 2011 y para cuando se presentó la demanda ya había transcurrido el término de caducidad (fls. 60 al 70).

1.3. Intervención del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

En defensa de la legalidad del acto acusado adujo:

Respecto a la edad de retiro forzoso señaló que los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública no son empleados públicos, son particulares que ejercen función pública. De ahí que, a este Consejo, el Gobierno Nacional no le haya creado planta de empleos permanentes. Por ello, no les es aplicable la edad de retiro forzoso a sus miembros.

Sin perjuicio de lo anterior, agregó que el numeral 8º del artículo 121 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los Decretos 2400 y 3074 de 1968 dispone que "*La persona retirada con derecho a jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de: (...) 8. Consejero o asesor*", en este orden de ideas, como el demandado es miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, ocupa la posición de "*consejero*" y en consecuencia, se encuadra en la excepción.

Acerca de los requisitos para ser miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública argumentó que la actora no demostró que el demandado no los cumple. Resaltó que con los documentos que reposan en ese Ministerio están acreditados todos los requisitos para su designación, los cuales fueron verificados antes del nombramiento.

En relación con el conflicto de intereses informó que al Consejo Técnico de Contaduría Pública le corresponde la función de normalización técnica de normas contables, información financiera y aseguramiento de la información. Son los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, los encargados de fijar principios contables.

No obstante lo anterior, en aplicación del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, ante la ocurrencia de uno de los supuestos del conflicto de intereses, se debe aplicar el régimen de impedimentos y recusaciones, situación que no afecta la legalidad de la resolución que lo designó.

Finalmente, respecto del período del demandado señaló que el artículo 6º del Decreto 691 de 2010 lo fijó en 4 años.

Agregó que es infundado el cargo de falta de competencia pues el artículo 3º del Decreto 691 de 2010 faculta al Ministro de Comercio, Industria y Turismo para designar y ratificar a este miembro del Consejo.

Propuso la excepción de caducidad de la acción porque la ratificación de la designación del demandado se efectuó con la Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011 y no con la Resolución No. 0294 del 3 de febrero de 2012, pues la última sólo aclaró el período para el cual fue designado (fls. 103 al 118).

1.4. Alegatos de conclusión

1.4.1. La actora reiteró los hechos y razones que expuso en su demanda, señaló que "Respecto a la validez del acto por el cual fue designado el Doctor Suárez Cortés como Consejero del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, me sostengo en los argumentos esbozados con la presentación de la demanda. El período por el cual fue designado el Consejero Suárez Cortés sí excedió el límite señalado en el decreto 691 de 2010".

En relación con la aplicación de la edad de retiro forzoso, señaló que los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública no son particulares, por cuanto: i) su designación la hace el Presidente y sus ministros; ii) sus funciones están señaladas en la Ley 1314 de 2009; iii) sus honorarios se pagan a cargo del presupuesto nacional y se administran por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; y, iv) si bien no existe norma que los considere empleados públicos, materialmente cumplen con todos los presupuestos para serlo.

1.4.2. El apoderado del demandado señaló que la demandante no demostró la violación a las disposiciones constitucionales o legales, en consecuencia la presunción de legalidad no fue desvirtuada.

Reiteró que los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública no son empleados públicos y por ello no les es aplicable la edad de retiro forzoso. En apoyo de lo anterior se refirió al concepto del 5 de octubre de 2009 en el que el Departamento Administrativo de la Función Pública consideró que los miembros de este Consejo, si bien ejercen funciones públicas, la ley no les da el carácter de empleados públicos (fl. 298). Igualmente aludió al concepto de la Procuraduría General de la Nación del 13 de abril de 2010 en el que se concluyó que los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública no son empleados públicos (fl.322 al 324).

1.4.3. La apoderada del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo señaló que de las pruebas se concluye que las Resoluciones 5221 del 26 de diciembre 2011 y 0294 del 3 de febrero de 2012, mediante las cuales se designó y aclaró el período del demandado, respectivamente, se expidieron conforme con las normas constitucionales y legales que rigen la materia.

Reiteró que se debe declarar la caducidad de la acción, toda vez que este término se cuenta a partir de la fecha del acto de nombramiento que se demanda, esto es, el 26 de diciembre de 2011 y para el momento de ejercer la acción, dicho lapso ya había transcurrido (fls. 305 al 313).

1.5. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se declaren no probadas las excepciones propuestas y se denieguen las pretensiones de la demanda.

Respecto de las excepciones propuestas indicó que no operó la caducidad porque el acto de designación del demandado fue aclarado mediante Resolución No. 0294 del 3 de febrero de 2012; en consecuencia, es a partir de la expedición de este acto que debe iniciar a contarse el término para efectos de la caducidad de la acción; ii) en relación con las excepciones de insuficiencia en el concepto de la violación e inepta demanda, señaló que la demandante citó y explicó la violación de las normas que consideró conculcadas; y, iii) acerca de la inexistencia de las causales de nulidad, expresó que su estudio corresponde al fondo del asunto.

En tratándose de los cargos de nulidad propuestos consideró que deben negarse porque: i) la edad de retiro forzoso no le es aplicable a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública debido a que son particulares que ejercen funciones públicas; ii) el demandado cumple con los requisitos exigidos por el artículo 5º del Decreto 691 de 2010 y ello fue verificado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para realizar el nombramiento, mediante Decreto 1477 del 4 de junio de 2010; iii) el conflicto de intereses no se configura al momento del nombramiento, pues éste se presenta en ejercicio de la función pública; y, iv) el período del demandado es institucional por 4 años (fls. 350 al 365).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 128 numeral 3º del C.C.A¹. -modificado por el 36 de la Ley 446 de 1998- y 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003-, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del proceso electoral de la referencia, por cuanto corresponde a esta Corporación conocer privativamente y en única instancia de los procesos de nulidad de elecciones o nombramientos hechos por el Gobierno Nacional.

En este caso, se demanda la nulidad de la Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011, que "ratificó" el nombramiento del señor Gabriel Suárez Cortés en calidad de miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, aclarada por la Resolución No. 0294 del 3 de febrero de 2012, ambas proferidas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el cual hace parte del Gobierno Nacional, por cuanto pertenece al sector central de la Rama Ejecutiva, según disposición del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

2. Cuestión previa

Corresponde a la Sala, analizar si alguna de las excepciones propuestas tiene vocación de prosperidad, para lo cual, se estudiarán de la siguiente manera:

2.1. De la excepción de caducidad

El término de caducidad de la acción electoral, de conformidad con el numeral 12 del artículo 136 del C.C.A.², es de 20 días contados "(...) a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata".

En caso que el acto de nombramiento sea aclarado, adicionado o modificado por otro acto, este último igualmente debe ser demandado junto con el primero pues éste es el que concluye la actuación administrativa y tiene la virtualidad de crear o modificar situaciones jurídicas. Entonces, en el caso concreto, la caducidad de la acción se cuenta desde el día siguiente de la expedición del acto aclaratorio, esto es, desde el 4 de febrero de 2012.

Para efectuar el cómputo del término atrás señalado se tiene que el 3 de febrero de 2012 se expidió la Resolución No. 0294, de manera que contado el término desde el día siguiente a la expedición del acto, la demanda podía presentarse hasta el 2 de marzo de 2012. Ahora bien, en el anverso del folio 37 del expediente obra sello de la Secretaría de esta Sección, en el que consta que la demanda se presentó el 27 de febrero de 2012, esto es, cuatro días antes de que acaeciera el fenómeno de la caducidad de la acción.

Por tal razón, la excepción no prospera.

2.2. De las excepciones de insuficiencia en el concepto de la violación, inepta demanda e inexistencia de causal de nulidad.

Los artículos 137, 138 y 139 del C.C.A. prevén el contenido de la demanda, aspectos que la actora cumplió habida consideración de que invocó en sus fundamentos de derecho las normas que consideró vulneradas y realizó una explicación de su vulneración. Ahora, si con fundamento en dicha explicación se configura o no causal de nulidad de los actos demandados, es un asunto que será materia de estudio al momento de analizar el fondo de la litis.

3. Estudio del fondo del asunto.

En el caso en estudio el asunto jurídico por resolver consiste en determinar si la Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011 por medio de la cual el Ministro de Comercio, Industria y Turismo "ratificó" la designación del señor Gabriel Suárez Cortés en calidad de miembro del Consejo Técnico de Contaduría Pública por el período comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2016, aclarada en cuanto al período por la Resolución No. 0294 del 3 de febrero de 2012, que fijó su finalización el 31 de diciembre de 2015, está viciada de nulidad de conformidad con las censuras expuestas por la actora, las cuales se estudiarán de la siguiente manera:

3.1. Violación de los artículos 41 de la Ley 909 de 2004, 31 del Decreto 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973, sobre la edad de retiro forzoso

Aduce la actora que el demandado es servidor público por cuanto ejerce una función pública en calidad de miembro del Consejo Técnico de Contaduría Pública y porque según el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 están sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que contiene el Código Disciplinario Único, por lo mismo, les es aplicable la edad de retiro forzoso prevista en los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, 443 de 1998 y en la Ley 909 de 2004.

Por su parte, el demandado y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se opusieron a la prosperidad de este cargo, toda vez que los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública no son empleados públicos sino particulares que ejercen función pública; por ello, no les es aplicable la edad de retiro forzoso.

Como se ve, para el análisis del cargo, es necesario determinar si a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública les es aplicable la edad de retiro forzoso.

La demandante citó como normas violadas las siguientes:

Artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones":

"Edad de retiro. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso segundo del artículo 29 de este decreto"³

Artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, "Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil":

"La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año (...)"

Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones":

"Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)"

g) Por edad de retiro forzoso;

(...)"

De las normas transcritas se tiene que la edad de retiro forzoso es una limitación para acceder o ejercer empleo público y en ese mismo sentido lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en Concepto 1764 del 19 de julio de 2006 al interpretar el sentido del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, ya referenciado, a saber:

La interpretación armónica de los artículos 29 y 31 del decreto ley 2400 de 1968 conduce, en síntesis, a las siguientes reglas: El artículo 29 prohíbe el reintegro de los pensionados oficiales a la Rama Ejecutiva, exceptuando de dicha prohibición los cargos señalados en el inciso segundo del artículo 29. Por su parte, el artículo 31 fija en 65 años, la edad de retiro forzoso de los empleados de la Rama Ejecutiva y establece la prohibición de reintegrar al servicio a la persona que haya alcanzado dicha edad, exceptuando los mismos cargos mencionados en el inciso segundo del artículo 29 (...)"

En ese orden de ideas, es menester analizar si los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública desempeñan o no empleo público – requisito previsto en las normas para la aplicación de la edad de retiro forzoso–.

Es claro que el Consejo Técnico de la Contaduría Pública tiene a su cargo funciones públicas según lo previsto en el artículo 1º del Decreto 691 de 2010 *"Por el cual se modifica la conformación del Consejo Técnico de la Contaduría Pública y se dictan otras disposiciones"*:

"Artículo 1º: De la naturaleza jurídica del Consejo Técnico de la Contaduría Pública. El Consejo Técnico de la Contaduría Pública es un organismo permanente de normalización técnica de normas contables de información financiera y de aseguramiento de la información, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo".

Ahora, el artículo 122 de la Constitución Política prevé:

"Desempeño de funciones públicas. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente" (Negritas fuera de texto).

Con fundamento en la anterior disposición, la Sección Segunda de esta Corporación, ha dicho que *"Para hablar de empleo público se requiere entonces, satisfacer sus elementos esenciales, cuales son: funciones asignadas; requisitos exigidos para desempeñarlo; remuneración correspondiente; e incorporación en una planta de personal"*⁴

En ese orden de ideas, en el caso concreto, no se cumplen los requisitos a los que el artículo 122 de la Constitución Política hace referencia, pues el Consejo Técnico de la Contaduría Pública no tiene planta de personal permanente, y los honorarios de sus miembros son fijados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de conformidad con el presupuesto asignado para su funcionamiento en el Presupuesto General de la Nación de conformidad con el artículo 7º del Decreto 691 de 2010 referenciado.

Por lo expuesto, se concluye que los miembros de este Consejo no son empleados públicos a pesar de que ejercen función pública; y, en consecuencia no le son aplicables las disposiciones relacionadas con la edad del retiro forzoso.

Ahora bien, el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 dispone que a los miembros de este Consejo se les aplica las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, reglas para manejo de conflictos de interés y demás normas consagradas en la Ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", pero por este solo hecho no se puede incluir que son empleados públicos.

En efecto, la Ley 734 de 2002 contiene el régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos (artículo 25) y a los particulares que ejercen funciones públicas (artículo 53). Entonces, si bien las anteriores normas le son aplicables a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, en virtud del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 citado, en la Ley 734 de 2002 no está prevista la edad de retiro forzoso como impedimento para el ejercicio de funciones públicas a cargo de los particulares pues no configura conducta disciplinable.

3.1.2 Violación del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009

El párrafo del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 prevé los requisitos para ser miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, así:

"(...) Todos los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública deberán demostrar conocimiento y experiencia de más de diez (10) años, en dos (2) o más de las siguientes áreas o especialidades: revisoría fiscal, investigación contable, docencia contable, contabilidad, regulación contable, aseguramiento, derecho tributario, finanzas, formulación y evaluación de proyectos de inversión o negocios nacionales e internacionales"

Para el demandante, los requisitos para ser miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, fijados en el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009, no fueron verificados en la Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011, ni en la Resolución No. 0294 del 3 de febrero de 2012.

En ese sentido, señala que "el incumplimiento de las exigencias señaladas en la ley, genera un vacío en la argumentación fáctica de la designación" situación que quebranta el ordenamiento superior.

En relación con este cargo, esta Sala advierte que la Resolución No. 1477 del 4 de junio de 2010 (ffs. 145 y 146) por medio de la cual se nombró

por primera vez al señor Suárez Cortés, en la única consideración, señaló:

"Que evaluada la hoja de vida del doctor GABRIEL SUÁREZ CORTÉS, quien cumple con los requisitos del párrafo del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 y practicadas las entrevistas correspondientes, Resuelve (...)" (Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, el acto administrativo que designó al señor Suárez Cortés por primera vez, contrario a lo afirmado por el demandante, sí motivó la decisión de nombrarlo como miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública en el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ejercer esta función pública; razón por la cual, en la actuación cuestionada [Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011] no era menester repetir esta verificación, toda vez que se trata de la ratificación para extender el periodo del demandado.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, no era deber de la administración dejar constancia expresa en el acto de designación que verificó nuevamente los requisitos mencionados; en virtud de la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, era la actora quien tenía la carga procesal de demostrar que el demandado no cumplía con éstos y comoquiera que no lo hizo, no prospera el presente cargo.

3.1.3. Violación de los artículos 11 de la Ley 1314 de 2009 y la Ley 734 de 2002 relacionadas con la aplicación de las reglas para el manejo del conflicto de interés

El demandante aduce que el acto demandado viola las normas referentes al conflicto de intereses de la Ley 734 de 2002, en consideración a que el demandado trabajó y es pensionado de la empresa Price Waterhouse Coopers.

Aduce que esta conducta está calificada como falta disciplinaria gravísima en el artículo 48, numeral 17 de la misma ley.

Las normas citadas prevén:

"ARTICULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido" (...)

"ARTICULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes: (...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. (...)"

Debe precisar la Sala que en este proceso se estudia la legalidad del acto de nombramiento, no los posibles conflictos de intereses o incompatibilidades que se presenten en el ejercicio de funciones públicas, pues no es de su competencia realizar ese juicio de valor referido a censuras en el ejercicio de función pública.

Es decir que, conforme a lo expuesto, es claro que el conflicto de intereses se presenta en el ejercicio de la función pública y no durante su designación y, tiene implicaciones de carácter disciplinario, pero no constituye una causal de nulidad del nombramiento de los sujetos disciplinables.

En consecuencia, el cargo de violación de los artículos 11 de la Ley 1314 de 2009 y 40 y 48 de la Ley 734 de 2002, por conflicto de intereses, no prospera.

3.1.4. Violación del artículo 6º del Decreto 691 de 2010, falsa motivación y falta de competencia, en relación con el período de designación de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública

A juicio del demandante, los actos demandados violan las normas en las cuales debía fundarse por cuanto, de conformidad con el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 691 de 2010, el demandado sólo podía ser ratificado "por un período igual al de las funciones ejercidas en su primer nombramiento es decir 18 meses y 27 días." y no por 4 años, como en efecto se hizo.

Sostiene además, que lo anterior configura causal de nulidad por "falsa motivación" y "falta de competencia" toda vez que al exceder los límites legales "cualquier designación carece de legalidad, la autoridad se vuelve incompetente y se violan derechos tales como el debido proceso".

Sobre el período de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública y su correspondiente ratificación, el Decreto 691 de 2010 expresa:

"Artículo 6º. Período. Los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública ejercerán sus funciones por un período de cuatro (4) años, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. Los miembros designados en el año 2010 por el Presidente de la República, comenzarán su período conforme se indique en el acto de designación y lo terminarán el 31 de diciembre de 2013. Los miembros designados en el año 2010 por los Ministros, comenzarán su período conforme se indique en el acto de designación y lo terminarán el 31 de diciembre del año 2011. (...)

4. Los tres (3) miembros designados por el Presidente de la República, los Ministros de Comercio, Industria y Turismo y de Hacienda y Crédito

Público, podrán ser ratificados hasta por un (1) período igual. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De la norma anteriormente descrita, esta Sala advierte que en virtud del inciso primero del artículo citado, la designación de los miembros del Consejo, realizada por los Ministros en el año 2010, tendría un periodo excepcional que finalizaría el 31 de diciembre de 2011; sin embargo, como se mencionó, se trata de un periodo excepcional fijado para esa fase transicional, pues la misma norma dispone que los períodos son de 4 años, es decir, institucionales y que se cuentan de manera heterogénea para cada uno de los consejeros.

En igual sentido se observa, que la norma estableció con carácter general que los integrantes del Consejo pueden ser ratificados o reelegidos "hasta por un (1) período igual" o "*por una sola vez*".

En este sentido lo consideró esta Sala en reciente providencia del 16 de agosto de 2012⁵, cuyo problema jurídico, al igual que en el presente caso, se trató de determinar el término al que se refiere el período de ratificación establecido en el numeral 4º del artículo 6 del Decreto 691 de 2010. En esa ocasión, esta Sala señaló:

"(...) Como ya se dijo, la interpretación sistemática del artículo 6º del citado decreto revela que el período de los integrantes del Consejo Técnico de la Contaduría Pública es institucional, de cuatro (4) años. Que frente a los primeros designados, en especial los que nombraron los Ministros, debieron actuar por un término muy inferior a los cuatro (4) años, pero sólo para esa fase transicional que implicó la puesta en marcha de la nueva normativa expedida por el Gobierno Nacional, situación excepcional que desde luego no se extendía al siguiente período no solo porque ninguna norma así lo dispusiera, sino también porque al contrario el artículo 6º previó que hacia el futuro se aplicarían todas las reglas comentadas, que bien claro determinan la posibilidad de reelección por un período igual y por una sola vez". (Negrillas y subrayado fuera de texto).

A partir de lo anterior, se concluye, que la ratificación del demandado por el período de 4 años, contados a partir del 1 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2015, no transgrede las normas en que debía fundarse y tampoco está viciado de falsa motivación, toda vez que el numeral 4º del artículo 6 del Decreto 691 de 2010, que regula el período de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, establece un período institucional de 4 años y la posibilidad de ser ratificados hasta por un período igual, esto es, también 4 años.

Ahora bien, en relación con el cargo de falta de competencia, se tiene que el artículo 3º del Decreto 691 de 2010, señala que le corresponde al Ministro de Comercio, Industria y Turismo designar a uno de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, así:

"Designación de los Miembros. El Presidente de la República, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público designarán, cada uno, un (1) miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública. Uno (1) de ellos podrá no tener la calidad de contador público." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Lo anterior lleva a negar la prosperidad de este cargo, toda vez que el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, por expresa disposición legal, podía, como en efecto lo hizo con la Resolución No. 5221 del 26 de diciembre de 2011, ratificar al demandado por el período comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLARAR infundadas las excepciones propuestas y DENEGAR las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Norma vigente al momento de presentación de la demanda.

2. Ibíd.

3. El artículo 14 de Ley 490 de 30 de diciembre de 1998, dispuso lo siguiente: "El artículo 31, del Decreto 2400 de 1968, quedará así: todo servidor público o empleado que sea funcionario del Estado o que ejerza funciones públicas y que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. No obstante, si por decisión libre y voluntaria del mismo, manifiesta al nominador su deseo (sic) en el ejercicio de las funciones que venía desempeñando podrá continuar en el cargo hasta cumplir la edad de 70 años [...]". Sin embargo, la sentencia C-644 de 1999 de la Corte Constitucional declaró inexecutable esta norma por resultar violatoria de la unidad de materia.

4. Sentencia de 21 de mayo de 2009, Rad. 6800012315000200001793-01

5. Expediente con radicado: 11001-03-28-000-2012-00013-00. Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 06:57:19