

**Función Pública**

Sentencia 00032 de 2005 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

NULIDAD DESIGNACION DE GERENTE LIQUIDADOR - Improcedencia. Inexistencia de inhabilidad frente a funcionario encargado como liquidador de empresa descentralizada / INHABILIDAD DE GERENTE LIQUIDADOR - Inexistencia. Desempeño como liquidador en calidad de encargado de otra empresa en liquidación / MIEMBRO DE JUNTA, GERENTE O DIRECTOR - Incompatibilidades. Inhabilidades. Prohibición de prestación de servicios profesionales / ENTIDAD DESCENTRALIZADA - Inhabilidades e incompatibilidades de miembros de junta directiva y de sus representantes legales / NOMBRAMIENTO EN ENCARGO - Inaplicación de causales de inhabilidad a funcionario que ejerce como liquidador de otra empresa

Procede la Sala a decidir en única instancia, la acción electoral contra el artículo segundo del Decreto 2593 de 13 de agosto de 2004, mediante el cual Presidente de la República encargó al señor José Jaime Uribe Echeverry como gerente liquidador de Minercol Ltda., en liquidación. El problema jurídico que debe resolver la Sala, se contrae a determinar si el Presidente de la República podía ejercer validamente su potestad nominadora, encargando del desempeño de la función de liquidador de una empresa industrial y comercial del Estado, a un empleado público que ejercía el cargo de liquidador en otra empresa industrial y comercial del Estado, o si dicho nombramiento, viola las normas que establecen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, para el gerente de la entidad que ha hecho dejación del cargo. De la lectura del artículo segundo del Decreto demandado, se desprende claramente que el nombramiento del demandado en el cargo de Gerente Liquidador de la Empresa Nacional Minera Ltda. en Liquidación, se realizó a través de un acto administrativo que se adecua perfectamente a las previsiones que respecto al encargo establecen los artículos 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y 23 del Decreto Ley 2400 de 1968. De esta manera queda plenamente establecido que el nombramiento del demandado, se ajusta a las previsiones legales y jurisprudenciales sobre el encargo. Teniendo en cuenta lo anterior, pasa la Sala a determinar, si el nombramiento demandado, está viciado de ilegalidad por violar las normas alegadas por el demandante las cuales establecen inhabilidades e incompatibilidades, para el gerente de la entidad que ha hecho dejación del cargo. Según el demandante, el acto administrativo demandado viola el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, que establece una inhabilidad para el gerente o director de las entidades descentralizadas, consistente en prohibir dentro del año siguiente a su retiro, la prestación de servicios profesionales, en la entidad en la cual actúa o en las que hagan parte del mismo sector administrativo al que ésta pertenece. Dicha inhabilidad es extendida a los liquidadores de las empresas industriales y comerciales del Estado, por ministerio del artículo 5° del Decreto 254 de 2000. De conformidad con el texto del artículo 10 del Decreto 128 de 1976 referido y la interpretación que de él ha hecho la Sección, la inhabilidad invocada por el demandante se dirige a imponer a quien ya no ostenta la calidad de servidor público, es decir, el ex gerente o ex director de la entidad, o de otra del mismo sector administrativo, dentro del año siguiente a su retiro del servicio, la prohibición prestar sus servicios profesionales a la entidad en la cual actuó en calidad de directivo. En el caso bajo estudio, la Sala observa, que es radicalmente diferente la situación fáctica en que se encuentra el demandado, quien siendo un funcionario público, -liquidador de Carbocol S.A. en Liquidación, fue encargado de manera temporal, para ocupar un cargo con funciones similares a las que en ese momento desarrollaba, liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación. Dada esa disímil situación, no es aplicable al empleado público nombrado en encargo, la misma inhabilidad que limita la actividad de los ex funcionarios.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Bogotá D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil cinco (2005)

Rad. No. 11001-03-28-000-2004-00032-01(3567)

Radicado interno No. 3567

Actor: LAUDELINO AVILA MORA

Demandado: GERENTE LIQUIDADOR DE MINERCOL LIMITADA

Decide la Sala en única instancia la acción electoral promovida por el ciudadano Laudelino Avila Mora, contra el artículo segundo del Decreto 2593 de 13 de agosto de 2004, mediante el cual Presidente de la República encargó al señor José Jaime Uribe Echeverry como gerente liquidador de Minercol Ltda., en Liquidación.

I. ANTECEDENTES

1) La demanda

Mediante escrito presentado ante la Secretaría de la Sección Quinta de esta Corporación (fls. 3 a 12), el señor Laudelino Avila Mora, obrando en su propio nombre, instauró demanda en ejercicio de la acción pública electoral, para obtener la nulidad del artículo segundo del Decreto No. 2593 de 13 de agosto de 2004. Pidió el accionante que fueran declaradas las siguientes:

a) Pretensiones.

“PRIMERA.- Que se decrete la nulidad del artículo segundo del Decreto No. 2593 de 13 de agosto de 2004, por el cual se acepta una renuncia y se encarga como gerente liquidador de la Empresa Nacional Minera Ltda. en liquidación, Empresa Industrial y Comercial del Estado, Minercol Ltda. en liquidación a JOSE JAIME URIBE ECHEVERRY, identificado con la cédula de ciudadanía No.3.318.046 de Medellín.

SEGUNDA.- Que se decrete la SUSPENSION PROVISIONAL del acto acusado conforme a las razones que para sustentar la petición de la medida precautelar de que se habla, serán esbozados en acápite especialmente destinado al efecto, en atención a los pregones del artículo 152 del C.C.A.

TERCERA.- Que se cumpla y ejecute la sentencia que ponga fin al proceso en los términos de los artículos 174 y siguientes del C.C.A.”

b. Fundamentos fácticos.

Como fundamento de sus pretensiones la parte actora expuso los siguientes hechos:

1.- Que el Decreto 520 de 6 de marzo de 2003, ordenó la disolución y Liquidación de la empresa industrial y comercial del Estado Carbocol S.A. en liquidación.

2.- Que por medio de Decreto 747 de 27 de marzo de 2003, se nombró al señor José Jaime Uribe Echeverry como gerente liquidador de dicha empresa.

3.- Que el Presidente de la República, mediante el Decreto No. 254 de 2004, ordenó la supresión, disolución y Liquidación de Minercol Ltda. en Liquidación.

4.- Que posteriormente, el mismo señor Uribe Echeverry fue nombrado en encargo como gerente liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación, y que de su posesión quedó constancia en el Acta No. 055 del 19 de agosto de 2004.

5.- Que Carbocol S.A. en Liquidación y Minercol Ltda. en Liquidación, están vinculadas al Ministerio de Minas y Energía.

6.- Que el parágrafo 1 del decreto 254 de 2004 establece que el gerente liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación debe reunir las mismas calidades exigidas para desempeñar el cargo de Presidente de la misma empresa, y que tendrá la misma remuneración y prestaciones de dicho cargo y estará sujeto al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

7.- Que al gerente liquidador de Carbocol S.A. en liquidación, le ha correspondido en esa calidad, enfrentar continuamente ante los jueces y las autoridades administrativas, los intereses que ahora representa como liquidador de Minercol Ltda. en liquidación, motivo suficiente para incurrir en las incompatibilidades descritas en el Decreto 128 de 1986.

8.- Que el señor Uribe Echeverry no podía ser vinculado por el Presidente de la República como gerente liquidador de Minercol Ltda. en liquidación, sin haber cumplido un (1) año de retirado del cargo señalado al principio, pues de lo contrario se viola el el (sic) artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976.

c. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante sostiene que el acto administrativo acusado viola los artículos 10° y 14 del Decreto 128 de 1976, 5° del Decreto 254 de 2000 y 228 del Código Contencioso Administrativo.

Lo anterior, dado que la naturaleza jurídica de Carbocol S.A. en Liquidación y Minercol Ltda. en Liquidación, es la de empresas industriales y comerciales del Estado, vinculadas al Ministerio de Minas y Energía. De allí se desprende, que el nombramiento hecho en el acto administrativo demandado viola lo establecido en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 que establece textualmente:

"ARTICULO 10. DE LA PROHIBICION DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece."

Resalta que, el señor Uribe Echeverri se desempeña como liquidador de dos empresas vinculadas al Ministerio de Minas y Energía, cuando por disposición legal debe transcurrir un año después del retiro para poder actuar nuevamente ante la misma entidad o una que pertenezca al mismo sector administrativo. En apoyo de su posición cita la sentencia proferida por esta sección el 24 de junio de 2004, dentro del proceso con Radicación No. 11001032800020040001701, Consejera Ponente, Dra MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON.

De otra parte, alega que el acto acusado viola también el inciso cuarto del artículo 14 del Decreto 128 de 1976, por cuanto el demandado en su calidad de gerente liquidador de Carbocol S.A. en liquidación, ha defendido intereses contrapuestos a los que ahora debe defender y conocer en calidad de encargado de las funciones de gerente liquidador de Minercol. Agrega que, de lo anterior da constancia el acta levantada de la sesión del comité especial convocado por la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, donde el demandado como representante legal de Carbocol S.A. en Liquidación, obtuvo a favor de dicha empresa y en contra de la que ahora representa en calidad de liquidador encargado, que Minercol Ltda., en Liquidación reconozca la existencia de la obligación contenida en la factura 001601 del 20 de octubre de 1998, por valor de Dos Mil Trescientos Millones de Pesos (\$2.300.000.000).

En cuanto a la violación del artículo 5 del Decreto Extraordinario 254 de 2000, manifiesta que dicho decreto establece el régimen legal para la Liquidación de entidades públicas del orden nacional, y en el artículo citado dispone que el liquidador de dichas entidades estará sujeto al régimen de requisitos para el desempeño del cargo e inhabilidades, incompatibilidades, responsabilidades y demás disposiciones previstas para el representante legal. De conformidad con lo anterior, asevera que el acto demandado no respetó el régimen de inhabilidades establecido por el Decreto 128 de 1976, razón por la cual debe ser declarado nulo.

2. Trámite

La acción fue admitida mediante auto de 21 de enero de 2005 (fls. 39 a 43), providencia en la que además, se negó la suspensión provisional del acto administrativo demandado, debido a que la Sala no advirtió en él la violación flagrante de preceptos jurídicos.

El demandado no presentó escrito de contestación de la demanda, a pesar de haber sido notificado del auto admisorio. (fl. 44) No obstante, en la diligencia de notificación manifestó haberse desvinculado del cargo de gerente liquidador encargado de Minercol Ltda. en Liquidación.

Con ocasión de esa información, por medio de auto de 28 de febrero de 2005 (fl. 49) se solicitó al Ministerio de Minas y Energía que aportara los documentos que demostraran la desvinculación del señor Uribe Echeverry del cargo de gerente liquidador encargado de Minercol Ltda. en Liquidación.

El proceso se abrió a pruebas mediante auto de 29 de marzo de 2005 (fl. 59). A través de auto de 18 de abril de 2005 (fl. 66), se corrió traslado a las partes para alegar y se ordenó poner el expediente a disposición del agente del Ministerio Público por 10 días.

Alegatos del Ministerio de Minas y Energía

El citado Ministerio, actuando a través de apoderada y solicitando ser tenido como tercero interesado en el resultado del proceso, presentó memorial de alegatos de conclusión; con auto del 17 de mayo de 2005, (fl.107) el Despacho decidió admitir la intervención, pero como una petición de intervención adhesiva.

La apoderada del Ministerio de Minas y Energía se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de las normas alegadas por el demandante como violadas, no corresponden ni son predicables a la situación administrativa en la cual se encuentra el demandado, respecto de Minercol Ltda. en liquidación.

Frente a la hipótesis de hecho y los efectos jurídicos del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, manifestó que la citada norma supone: a) El desempeño en el cargo de gerente o director de entidad descentralizada, b) El retiro del cargo y c) El transcurso de un año, desde el retiro del cargo en cuestión. Sobre los efectos jurídicos observa que la norma se dirige a evitar que el ex servidor en su calidad de particular haga uso de información privilegiada o ejerza influencias sobre la entidad.

De acuerdo con lo anterior, sostiene que el demandado es un empleado público, que tiene un vínculo legal vigente como gerente liquidador de Carbocol S.A. en liquidación. Sostiene, que gracias a esa condición, el demandado podía ser nombrado en encargo como liquidador de Minercol Ltda. en liquidación, de acuerdo con la regulación que de esta situación administrativa hace el artículo 18 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 58 del Decreto reglamentario 1950 de 1973.

Por consiguiente, sostiene que el demandado no está incurso en las prohibiciones e incompatibilidades planteadas en la demanda, pues aún es un empleado público, luego no puede predicarse su retiro, sino que en ejercicio de la figura del encargo, siendo empleado público podía asumir como liquidador de Minercol en liquidación, sin que le sea aplicable la prohibición prevista en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Ley 128 de 1976, señaló que la norma supone presupuestos fácticos y jurídicos que no se configuran en el presente caso. A nivel fáctico, la existencia de un gerente en ejercicio, que presta sus servicios a la entidad en la cual desempeña el cargo, los cuales deben entenderse como aquellos servicios diferentes a los propios del cargo o al pago de sumas adicionales a las que estén señaladas por la ley como factores salariales. En materia jurídica, la norma implica la prohibición de prestar servicios profesionales en la entidad en la cual ejerce el cargo o a las entidades del mismo sector administrativo, y la prohibición de intervenir en cualquier tiempo después de su retiro en los asuntos que conoció en ejercicio del cargo. Sin embargo, reitera que la prohibición parte del supuesto del retiro, el cual no se ha configurado en el presente evento.

Con fundamento en los anteriores argumentos, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda

Alegatos del demandado.

La parte opositora allegó memorial de alegatos, en el cual se opone a las pretensiones de la demanda, considerando que el acto acusado no viola los artículos 10 y 14 del Decreto Ley 128 de 1976, por cuanto en virtud de las normas legales que regulan la situación administrativa del encargo, podía ejercer como liquidador encargado de Minercol en liquidación.

Aclara que desde el 21 de diciembre de 2004, dejó de fungir como liquidador encargado de Minercol en liquidación. Adicionalmente, realiza una exposición del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a que hace referencia la demanda, repitiendo similares argumentos a los expuestos por la apoderada del Ministerio de Minas y Energía.

3. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, rindió concepto dentro del asunto (fl.93.) solicitando que se deniegue la pretensión de nulidad formulada por el demandante.

En cuanto a la violación del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, consideró el agente del Ministerio Público, que no se presenta la vulneración de dicho precepto, por cuanto el cargo de liquidador de Minercol Ltda. en liquidación, podía ser ejercido temporalmente por el demandado, en ejercicio de las funciones por mandato, derivadas del encargo. Observó que el encargo, constituye a la vez, una situación administrativa y una modalidad transitoria de proveer cargos en la administración pública.

Agrega, que no se trasgredió el artículo 14 del Decreto Ley 128 de 1976, pues el designado ha ejercido sus funciones por mandato legal y el hecho de que hubiere sido liquidador de dos entidades descentralizadas, que en una etapa de su historia conformaron una sola entidad, no permite predicar la celebración de contratos como tampoco la gestión o la intervención en negocios que hubiera adelantada en ejercicio de sus funciones.

Visto que se encuentra surtido en debida forma el trámite procesal, y teniendo en cuenta que esta Sala es competente para conocer de esta acción electoral, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la Ley 466 de 1998, al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, se procede a decidir sobre el presente asunto, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a decidir en única instancia, la acción electoral promovida por el ciudadano Laudelino Avila Mora, contra el artículo segundo del Decreto 2593 de 13 de agosto de 2004, mediante el cual Presidente de la República encargó al señor José Jaime Uribe Echeverry como gerente liquidador de Minercol Ltda., en Liquidación.

El demandante sostiene que el acto administrativo acusado viola los artículos 10° y 14 del Decreto 128 de 1976, 5° del Decreto 254 de 2000 y 228 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto el demandado se desempeña como liquidador de dos empresas vinculadas al Ministerio de Minas y Energía, cuando por disposición de la primera de las normas citadas, debe transcurrir un año después del retiro del cargo para poder actuar nuevamente ante la misma entidad o una que pertenezca al mismo sector administrativo.

Igualmente, alega que el acto acusado viola el artículo 14 del Decreto 128 de 1976, según el cual las mismas personas no podrán intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones y el demandado en su calidad de gerente liquidador de Carbocol S.A. en liquidación, ha defendido intereses contrapuestos a los que ahora debe defender en calidad de encargado de las funciones de gerente liquidador de Minercol. En cuanto a la violación del artículo 5 del Decreto Extraordinario 254 de 2000, la hace consistir en la violación de las dos normas anteriormente citadas, pues dicho decreto establece que el régimen legal del liquidador de entidades públicas estará sujeto a los requisitos para el desempeño del cargo de gerente lo mismo que a las inhabilidades, incompatibilidades, responsabilidades y demás disposiciones previstas para el representante legal.

Por su parte, el demandado y el Ministerio de Minas y Energía sostienen que el acto administrativo demandado se ajusta a la legalidad, pues el nombramiento del señor José Jaime Uribe Echeverry como gerente liquidador de Minercol Ltda., en Liquidación, se hizo en aplicación de la figura del encargo, lo cual era posible dado que aún tiene la calidad de empleado público, como liquidador de Carbocol S.A. en liquidación, por ello, afirman que no le son aplicables las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades, identificadas por el demandante, pues las mismas presumen que la persona se ha retirado efectivamente del servicio público.

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico que debe resolver la Sala dentro del presente caso, se contrae a determinar si el Presidente de la República podía ejercer validamente su potestad nominadora, encargando del desempeño de la función de liquidador de una empresa industrial y comercial del Estado, a un empleado público que ejercía el cargo de liquidador en otra empresa industrial y comercial del Estado, o si dicho nombramiento, viola las normas que establecen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, para el gerente de la entidad que ha hecho dejación del cargo.

Para resolver la cuestión planteada, se observará inicialmente que el nombramiento del demandado se hizo a través de la figura del encargo, posteriormente, se analizará la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 y la incompatibilidad que establece el artículo 14 del mismo decreto y la pertinencia de aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades al cual están sujetos los gerentes de las empresa industriales y comerciales del Estado, que se han retirado del servicio público, a los empleos provistos mediante encargo.

1. La provisión del cargo de Liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación se hizo mediante la figura del encargo.

El acto administrativo demandado, obra en copia auténtica a folio 31 del plenario y establece textualmente:

“ARTICULO 2°.- Encargase de las funciones de Gerente Liquidador de la Empresa Nacional Minera Ltda. en Liquidación MINERCOL LTDA EN LIQUIDACION, al doctor JOSE JAIME URIBE ECHEVERRY, identificado con la cédula de ciudadanía 3.318.046 de Medellín, actual Gerente Liquidador de la empresa Carbones de Colombia S.A., CARBOCOL EN LIQUIDACION, mientras se nombra y posesiona el titular.” (Resalta la Sala)

De la simple lectura del citado artículo se desprende claramente que el nombramiento del demandado en el cargo de Gerente Liquidador de la Empresa Nacional Minera Ltda. en Liquidación, se realizó a través de un acto administrativo que se adecua perfectamente a las previsiones que respecto al encargo establecen los artículos 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y 23 del Decreto Ley 2400 de 1968.

En efecto, el artículo 34 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, establece que “Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.” En el mismo sentido, el artículo 23 del Decreto 2400 de 1968 dispone que “Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular.”

Según la jurisprudencia de esta Corporación,¹ la provisión de un empleo público en forma temporal, a través de la figura del encargo, obedece a la necesidad de que la prestación del servicio no sufra interrupción mientras se designe a su titular, o éste asuma de nuevo sus funciones, de esta manera, la administración hace uso eficiente de sus recursos humanos, asegurando su adecuado desempeño institucional y garantizando la buena prestación del servicio público y el cumplimiento de los fines que la ley le establece. De suerte que, el encargo es una medida excepcional que tiene una vocación temporal, que busca suplir las necesidades del servicio, a fin de evitar traumatismos en el mismo, permitiendo su continuidad.

La jurisprudencia de la Corporación se ha referido al encargo en los siguientes términos:

“...el encargo es una situación administrativa creada por legislador para permitir a la administración sortear las dificultades que se le puedan presentar en casos de ausencias temporal o definitiva de un empleado cuyo concurso sea necesario e indispensable para la atención de los servicios a su cargo; en consecuencia es una medida excepcional para sortear igualmente situaciones excepcionales y de urgencia que se presentaren. De allí la necesaria temporalidad del encargo, lo cual implica lapsos cortos, bien por ausencia temporal o definitiva del empleado titular....”²

“el encargo es una forma de provisión transitoria de un empleo a falta temporal o definitiva de su titular, por todo el tiempo de la vacancia si este es temporal o por un término máximo de tres meses si es definitiva, vencidos los cuales, en el último caso, el encargado cesa automáticamente en el desempeño de las funciones y recupera a plenitud las del empleo de que es titular.”³

.....

“El encargo es eminentemente transitorio y si recae en un funcionario o empleado, no tiene el alcance de separarlo definitivamente del empleo de que es titular.”⁴

.....

“El encargo implica de por sí, para quien lo asuma, el desempeño de las funciones propias del empleo para el cual se ha producido el encargo, en forma parcial o total de las mencionadas funciones, según lo señale el acto administrativo que lo confiera sin que se requiera por dicha razón, de una delegación de funciones”⁵

.....

“De tal manera que no puede confundirse el "encargo" que es una forma de provisión de empleos con la "comisión de servicios" que es el propio ejercicio del empleo en lugares diferentes a la sede del cargo, por un tiempo limitado.”⁶

.....

“Pues bien, para desechar la errada alegación baste con señalar que por mandato del artículo 23 del Decreto Ley 2400 de 1998 y 34 a 37 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el encargo se confiere al titular de otro empleo público para desempeñar temporalmente, en forma total o parcial, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular.(...) Por otra parte, se anota que cuando se produce la designación de un empleado en encargo, el designado solo tiene derecho a devengar el sueldo asignado a uno de los cargos, en caso de ejercerlos ambos; en consecuencia, el desempeño de un cargo en calidad de encargado no da lugar a incurrir en violación del artículo 128 constitucional. ”⁷

En el acto administrativo de nombramiento del demandado se identifican las características que la ley y la jurisprudencia de esta Corporación han identificado como propias del encargo, en efecto, del texto mismo del acto administrativo demandado, se desprende claramente lo siguiente:

a) Que la provisión del cargo de liquidador se realizó en encargo (el acto dice Encargase)

b) Que el nombramiento recayó sobre quien ya tenía la calidad de servidor

Público⁸ (el acto dice textualmente: actual Gerente Liquidador de la empresa Carbones de Colombia S.A.).

c) Que la provisión del cargo se hizo de manera transitoria (el acto dice textualmente: mientras se nombra y posesiona el titular)

En el mismo sentido, se observa que desde la notificación personal de la demanda, el señor Uribe Echeverry, dejó constancia de que desde el día 20 de diciembre de 2004, se había desvinculado del cargo de Liquidador encargado de Minercol Ltda. en Liquidación. (fl.44) Para constatar lo anterior, el Despacho ordenó oficiar, a la Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía, para que remitiera copia auténtica de los documentos que acreditaran tal situación. En la respuesta a dicho oficio, la funcionaria cuestionada respondió afirmando que efectivamente, el demandado ejerció como encargado las funciones de Liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación, desde el día 19 de agosto de 2004, hasta el día 16 de diciembre del mismo año. (fl.53) Como prueba de lo anterior, allegó copia auténtica del Decreto 4235 de 2004, mediante el cual se nombró al señor Eduardo Arce Caicedo, como liquidador de la citada empresa, (fl.58) lo mismo que copia auténtica del acta de posesión. (fl.57)

De esta manera queda plenamente establecido que el nombramiento del demandado, se ajusta a las previsiones legales y jurisprudenciales sobre el encargo. Teniendo en cuenta lo anterior, pasa la Sala a determinar, si el nombramiento demandado, está viciado de ilegalidad por violar las normas alegadas por el demandante las cuales establecen inhabilidades e incompatibilidades, para el gerente de la entidad que ha hecho dejación del cargo.

2. La prohibición de prestar servicios profesionales que consagra el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, se dirige a los servidores que se han retirado del servicio público.

El Decreto 128 de 1976, expedido el 17 de Febrero de 1976 por el Presidente de la República en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 28 de 1974, establece el “estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas⁹ y de los representantes legales de éstas.”

Adicionalmente, el artículo 102 de la ley 489 de 1998, establece que los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

Según el demandante, el acto administrativo demandado viola el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, que establece una inhabilidad para el gerente o director de las entidades descentralizadas, consistente en prohibir dentro del año siguiente a su retiro, la prestación de servicios profesionales, en la entidad en la cual actúa o en las que hagan parte del mismo sector administrativo al que ésta pertenece. Dicha inhabilidad es extendida a los liquidadores de las empresas industriales y comerciales del Estado, por ministerio del artículo 5° del Decreto 254 de 2000, según el cual “El Presidente de la República designará el Liquidador, quien devengará la remuneración correspondiente al representante legal de la entidad pública en liquidación y estará sujeto al régimen de requisitos para el desempeño del cargo e inhabilidades, incompatibilidades, responsabilidades y demás disposiciones previstas para éstos.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que las inhabilidades constituyen impedimentos para ser nombrado o elegido en un cargo, las cuales tienen la finalidad de proteger la imparcialidad y moralidad de la administración pública, y que para fijar su alcance debe tenerse presente que están en juego derechos fundamentales de los ciudadanos, como el de acceder a cargos públicos, por ello, no pueden hacerse extensivas a casos que no estén comprendidos expresamente en la respectiva prohibición.¹⁰

La norma invocada como infringida establece textualmente:

“ARTÍCULO 10. DE LA PROHIBICION DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece. (Resalta la Sala)

Esta Sección, ha interpretado las citadas normas, en la sentencia proferida el 24 de junio de 2004, dentro del proceso con Radicación No. 11001032800020040001701, interpretación que según la parte actora avala las pretensiones de esta demanda. En esa ocasión se dijo:

“Para la Sala es inequívoco que la norma establece a los gerentes o directores la prohibición de prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente al retiro.

Entendiendo que los servicios profesionales a los que se refiere la disposición en comento pueden ser prestados bien en virtud de una vinculación legal o reglamentaria, ora mediante una relación contractual, es evidente que el señor Juan Luis Velasco Mosquera se encuentra en la actualidad prestando sus servicios profesionales como liquidador designado mediante decreto, que corresponde a la primera de las vinculaciones antes descritas.

Así mismo, es claro que fue designado como tal inmediatamente después de su renuncia al cargo de presidente de Minercol Ltda.

En efecto, de los documentos que obran al expediente se advierte que entre la fecha del Decreto 229 del 28 de enero de 2004 en el cual se aceptó la renuncia del señor Velasco Mosquera al cargo de liquidador, y el Decreto 295 del 29 de enero de 2004 que lo designó como liquidador, transcurrió sólo un día, cuando el artículo 10º del Decreto 128 de 1976 exige que transcurra por lo menos un año antes de que el gerente o director retirado vuelva a prestar sus servicios profesionales a la entidad donde estuvo vinculado.

Por lo tanto, el señor Juan Luis Velasco Mosquera se encuentra incurso en la prohibición contemplada en la regla que atrás se citó, al haber sido designado liquidador de la misma entidad donde se desempeñaba como presidente, sin haber pasado un año después del retiro.

De conformidad con el texto del artículo 10 del Decreto 128 de 1976, y la interpretación que de él ha hecho la Sección, la inhabilidad invocada por el demandante se dirige a imponer a quien ya no ostenta la calidad de servidor público, es decir, el ex gerente o ex director de la entidad, o de otra del mismo sector administrativo, dentro del año siguiente a su retiro del servicio, la prohibición prestar sus servicios profesionales a la entidad en la cual actuó en calidad de directivo.

En el caso bajo estudio, la Sala observa, que es radicalmente diferente la situación fáctica en que se encuentra el demandado, quien siendo un funcionario público, -liquidador de Carbocol S.A. en Liquidación, fue encargado de manera temporal, para ocupar un cargo con funciones similares a las que en ese momento desarrollaba, liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación. Dada esa disímil situación, no es aplicable al empleado público nombrado en encargo, la misma inhabilidad que limita la actividad de los ex funcionarios.

De esta manera, la prohibición que la ley establece para el caso del ex funcionario que pretende prestar sus servicios a la entidad en cual se encontraba vinculado u otra del mismo sector administrativo, no puede extenderse al servidor público que aún permanece en funciones, puesto que, mientras en el primer caso, la norma persigue impedir que el ex funcionario directivo se valga de las influencias que aún conserva, para obtener condiciones especialmente favorables en la celebración de contratos de prestación de servicios; tal criterio no es aplicable al segundo caso, pues el ejercicio de una función o empleo por encargo, es una labor que bien puede imponer el nominador al empleado, y sólo está limitada por el cumplimiento de los requisitos propios del cargo, la protección de los intereses generales y la observación de los principios de moralidad, eficacia e imparcialidad, que guían la función administrativa (Art. 209 C.N.).

En esas condiciones, no es de recibo que se pretenda imponer al servidor público nombrado de manera temporal para ocupar un cargo con funciones similares a las que en el momento desarrolla, la misma prohibición de prestación de servicios que limita la actividad de los ex funcionarios, que han abandonado el servicio público, pues dicha restricción no respondería a los propósitos de salvaguardar la moralidad, e imparcialidad administrativa, que animan las normas invocadas por el demandante, sino que tendría como efecto el estorbar la administración y manejo eficiente de los recursos humanos, de las entidades de la administración pública, impidiendo de esa forma su adecuado desempeño institucional y el aseguramiento de los fines que la ley les establece

Cabe anotar, que el artículo 34 de la ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, establece una prohibición similar a la que aquí se estudia pero dirigida no sólo a los gerentes, directores o miembros de juntas o consejos directivos, sino a todo servidor público que ha hecho dejación del servicio. Dicha norma establece¹¹:

"Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(....)

"22. Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra".

En esas condiciones, es claro que la prohibición de prestar servicios profesionales que consagra el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, lo mismo que la prohibición establecida en el numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002, se dirige a los servidores que se han retirado del servicio público, por tanto dicha inhabilidad no es aplicable, a los servidores, que como el demandado, aún se encuentran en ejercicio de funciones públicas y son nombrados en encargo para ejercer de manera temporal las funciones propias de un cargo diferente de aquel que ocupan ordinariamente.

3. La estructuración de la incompatibilidad consagrada en el inciso cuarto del artículo 14 del Decreto 128 de 1976, no viciaría el acto de nombramiento.

La jurisprudencia de la Sala ha considerado que las incompatibilidades son prohibiciones para el elegido o nombrado, que le impiden realizar al tiempo con ejercicio de su cargo, las actividades que la ley establece de manera expresa y taxativa. Igualmente, se ha sostenido que, en principio, las incompatibilidades no pueden aducirse como fundamento de nulidad de una elección, sin que haya una norma que así lo señale, ello debido a que las causales de incompatibilidad son posteriores en el tiempo a la elección o designación y suponen que se tenga una calidad previa y que por incurrir en alguna de las causales previstas en la ley se pierde dicha calidad.¹²

Pese a lo anterior, las incompatibilidades pueden operar simultáneamente como prohibiciones, pues impiden que se acceda a un cargo o dignidad porque ya se posee otra, dado que la ley prohíbe que se acumulen los dos cargos o dignidades en una sola persona.

Sin embargo, ese no es el caso que se discute en el presente asunto, pues el demandante alega la violación de lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 254 de 2000, porque con el nombramiento de demandado se configura la incompatibilidad establecida en el inciso cuarto del artículo 14 del Decreto 128 de 1976, que establece textualmente:

ARTÍCULO 14. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y los Gerentes o Directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:

(...)

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

Observa la Sala, que la citada incompatibilidad no se dirige a impedir el ejercicio simultáneo dos cargos, como el de liquidador en una empresa industrial y comercial del Estado, con el de liquidador encargado de otra empresa de la misma naturaleza, que es la situación fáctica en que se encuentra el demandado; sino que la norma tiene por objeto prohibir que los funcionarios citados en ella, intervengan nuevamente en negocios que en el pasado hubieren conocido o adelantado en ejercicio de sus funciones.

Así la citada incompatibilidad, responde a la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa. Para asegurar la observación de esos principios, se excluye al servidor público de participar en negocios que haya conocido en ejercicio de otras funciones, de esa forma, se evita la interferencia que podría derivarse de la subjetividad propia de quien ya ha intervenido en el negocio tomando decisiones o defendiendo ciertas tesis; lo que posteriormente le impide intervenir en el mismo asunto, con la independencia e imparcialidad que el interés general demanda.

De esta manera, la citada incompatibilidad no inhabilita al demandado para acceder en calidad de encargado a las funciones de liquidador de Minercol en Liquidación, sino que le impediría, intervenir en esa calidad, en negocios en los cuales haya intervenido en el pasado, en desempeño de funciones propias de otro cargo. Así las cosas, la configuración de la citada causal, no conduciría a la declaratoria de nulidad del acto de nombramiento del demandado, sino a que el mismo se declarara impedido para intervenir en los negocios en los que ha participado en el pasado.

Conviene precisar, que en el presente caso, no se presenta el mismo supuesto fáctico que llevó a la Sala a declarar nulo el Decreto 295 del 29 de enero de 2004 mediante el cual se designó como liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación al señor Velasco Mosquera, pues en esa oportunidad se probó de manera fehaciente que el nombramiento recayó en quien habiendo conocido de los todos los negocios de la entidad en su calidad de gerente, era nombrado el día siguiente de su renuncia a ese cargo, como liquidador de la misma entidad, es decir para finiquitar los negocios que él mismo había celebrado y que condujeron a la empresa a la liquidación.

No obstante, en el presente caso no obra en el plenario prueba alguna tendiente a demostrar que el señor José Jaime Uribe Echeverry haya intervenido, en algún momento, en su calidad de liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación, en negocios que hubiere conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones como liquidador de Carbocol S.A. en Liquidación. El demandante se limitó a afirmar que en el pasado el demandado en su calidad de gerente liquidador de Carbocol S.A. en liquidación, ha defendido intereses contrapuestos a los que ahora debe defender en el cargo cuya designación demanda, sin embargo, no aportó prueba alguna de tales hechos.

Ahora bien, aún en el caso de que dicha prueba hubiera sido aportada, ello no viciaría de nulidad el acto administrativo que nombró al demandado como liquidador encargado de Minercol en Liquidación, puesto que, como se dicho, la incompatibilidad prevista en el inciso cuarto del artículo 14 del Decreto 128 de 1976, no se dirige a impedir el acceso a un cargo específico, sino a prohibir que el funcionario que ha intervenido en negocios durante el desempeño de sus funciones, en un futuro por cualquier motivo y a cualquier título, intervenga nuevamente en los mismos asuntos.

No sobra recordar que según el artículo 7 del Decreto 254 del 2000, por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, los actos del liquidador relativos a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y en general, los que por su naturaleza constituyan ejercicio de funciones administrativas, constituyen actos administrativos que pueden ser objeto de control por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Igualmente, según el artículo 41 del mismo Decreto el hecho de que una entidad entre en liquidación, no constituye causal para que cese la inspección, vigilancia y control de la misma, por parte de las autoridades competentes, la cual continuará desarrollándose teniendo en cuenta el estado de liquidación en que se encuentra la entidad, hasta su terminación.

De suerte que, ante la vulneración de sus derechos, los acreedores de la entidad en liquidación, tienen la posibilidad de someter al control de esta jurisdicción, los actos administrativos proferidos por liquidador encargado de Minercol Ltda., en Liquidación; e igualmente, pueden apelar a los organismos de control y vigilancia de la empresa, a fin de obtener la correctivos o sanciones de las actuaciones que el liquidador adelante.

4. Conclusión

La Sala encuentra que el Presidente de la República podía ejercer validamente su potestad nominadora, encargando temporalmente del desempeño de la función de liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación, al señor José Jaime Uribe Echeverry, quien para el momento de la designación se desempeñaba como liquidador de Carbocol en Liquidación.

El citado nombramiento no violó los artículos 10 y 14 del Decreto 128 de 1976, ni el artículo 5° del Decreto 254 de 2000, por cuanto recayó sobre una persona que aún tenía la calidad de servidor público, en consecuencia, no era aplicable al demandado la prohibición que afecta a los personas que se han retirado del servicio público.

La incompatibilidad consagrada en el artículo 14 del Decreto 128 de 1976, no tiene por efecto viciar de nulidad el acto administrativo de nombramiento del demandado en el cargo de liquidador de Minercol Ltda. en Liquidación, sino obligarlo a apartarse de intervenir en los negocios en los que hubiere participado en el pasado.

Por consiguiente, se denegará la pretensión de nulidad formulada por el ciudadano Laudelino Avila Mora, contra el artículo segundo del Decreto 2593 de 13 de agosto de 2004, mediante el cual Presidente de la República encargó al señor José Jaime Uribe Echeverry como gerente liquidador de Minercol Ltda., en Liquidación.

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

DENIEGASE la pretensión de nulidad formulada por el ciudadano Laudelino Avila Mora, contra el artículo segundo del Decreto 2593 de 13 de agosto de 2004, mediante el cual el Presidente de la República encargó al señor José Jaime Uribe Echeverry como gerente liquidador de Minercol Ltda., en Liquidación.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

FILEMON JIMENEZ OCHOA

Presidente

REINALDO CHAVARRO BURITICA

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

DARIO QUIÑONES PINILLA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencia proferida el 21 de febrero de 1992, dentro del proceso con Radicación 4134, Consejero Ponente Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA.

² Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de septiembre 3 de 1987.

3 Sentencia proferida el 7 de septiembre de 1993, dentro del proceso con Radicación 7656, Consejera Ponente Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

4 Sentencia proferida el 18 de febrero de 1991, dentro del proceso con Radicación 3911, Consejera Ponente Dra. CLARA FORERO DE CASTRO.

5 Sentencia proferida el 21 de febrero de 1992, dentro del proceso con Radicación 4134, Consejero Ponente Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA.

6 Sentencia proferida el 9 de septiembre de 1992, dentro del proceso con Radicación 3526, Consejera Ponente Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

7 Sentencia proferida por esta Sección el 13 de marzo de 2003, dentro del proceso con Radicación 2981, Consejero Ponente Dr. REINALDO CHAVARRO BURITICA.

8 Conviene anotar que esta Sección determinó que el liquidador de una empresa industrial y comercial del Estado es un servidor público, en la sentencia proferida por esta Sección el 24 de junio de 2004, dentro del proceso con Radicación No. 11001032800020040001701, Consejera Ponente, Dra. MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON.

9 Según el Artículo 68 de la ley 489 de 1998 Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

10 Ver entre otras la sentencia proferida 19 de enero de 1996, dentro del proceso con radicación 1490, Consejero Ponente Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ. La sentencia del 24 de agosto de 2001, dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-0457-01(2612) Consejero Ponente: Dr. REINALDO CHAVARRO BURITICA. La sentencia proferida el 26 de octubre de 2001, dentro del proceso con radicación 2685 Consejero Ponente: Dr. DARIO QUIÑONES PINILLA. Sentencia proferida el 26 de agosto de 2004, dentro del proceso con radicación número 41001-23-31-000-2003-1263-01(3435) Consejera Ponente Dra. MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

11 El sentido y alcance de la citada norma fue precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-893/0.

12 Sentencia proferida el 26 de enero de 1996, dentro del proceso con radicación 1513, Consejera PONENTE Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF y Sentencia proferida el 7 de noviembre de 1995, dentro del proceso con radicación 1219, Consejera PONENTE Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE y Sentencia proferida el 7 de noviembre de 1995, dentro del proceso con radicación 1219, Consejera PONENTE Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:11:56