

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., seis (6) de septiembre de dos mil doce (2012).

Expediente N.º 11001-03-28-000-2011-00056-00

Actor: Rodolfo de Jesús Gutiérrez Pájaro

Accionado: Daniel Sarmiento Pavas

Acción Electoral - Sentencia

Procede la Sala a decidir de fondo la demanda que presentó el ciudadano Rodolfo de Jesús Gutiérrez Pájaro con el objeto de obtener la nulidad del Decreto N.º 2721 del 4 de agosto de 2011, expedido por el señor Presidente de la República, en el cual se designó al señor Daniel Sarmiento Pavas miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública para un período de 4 años.

I. ANTECEDENTES.-

1. LA DEMANDA.-

A. PRETENSIONES.-

El señor Rodolfo de Jesús Gutiérrez Pájaro, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicita acceder a las siguientes peticiones:

“1.- Que se declare la nulidad del Decreto número 2721 de 2011, emanado del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, por medio del cual se designó al señor DANIEL SARMIENTO PAVAS, como miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 y el parágrafo del artículo 3.º del decreto 691 de 2010.

2.- Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene librar las comunicaciones del caso dando cuenta de la correspondiente decisión, al Presidente de la República, al Ministro de Comercio Industria y Turismo, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República a los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría, para todos los efectos a que haya lugar.”

B. FUNDAMENTOS DE HECHO.-

El demandante sustenta sus pretensiones en los hechos que la Sala resume así:

El Congreso de la República en el artículo 11 de la Ley 1314 de 13 de julio de 2009 “Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento.”, facultó al Gobierno Nacional para modificar la estructura, conformación y funcionamiento de la Junta Central de Contadores y el Consejo Técnico de la Contaduría Pública. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expidió el Decreto 691 de 2010 “Por el cual se modifica la conformación del Consejo Técnico de la Contaduría Pública y se dictan otras disposiciones”, que dispone en el artículo 2.º que el Consejo Técnico estará conformado por 4 miembros, de los cuales 3 deben ser contadores.

De acuerdo con el párrafo del artículo 3.º ídem, el cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública debe designarse por el Presidente de la República de ternas enviadas por facultades de contaduría, asociaciones, colegios y federaciones de contadores públicos, previo concurso de méritos.

El párrafo del artículo 4.º de la Ley 1314 de 2009 estableció que la primer convocatoria se realizaría durante el primer

semestre de 2010; las siguientes a más tardar en agosto del último año de cada período, cuyo término es de 4 años.

Que el numeral 1.º del artículo 6.º de la ley en cita consagra que los miembros designados por el Presidente de la República en el 2010, culminarían su periodo el 31 de diciembre de 2013, mientras que el de los designados por los ministros iría hasta el 31 de diciembre de 2011.

Mediante Resolución N.º 799 de 29 de marzo de 2010, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo estableció el procedimiento para convocar a las diferentes asociaciones facultadas para remitir las ternas tendientes a conformar la lista de elegibles del cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, cuyo periodo, reitera, culmina el 31 de diciembre de 2013.

Indica que el concurso lo adelantó la ESAP, institución que el 27 de diciembre de 2010 presentó concepto final al Instituto Nacional de Contadores Públicos de Colombia.

Que el aludido Instituto presentó el 17 de enero de 2011 al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la terna para que el Presidente de la República designara al cuarto miembro del Consejo Técnico para la Contaduría Pública.

Informa que a través del Decreto N.º 2721 de 4 de agosto de 2011, 8 meses después de conformada la terna, el Presidente de la República designó al señor Daniel Sarmiento Pavas, cuarto miembro del citado Consejo Técnico para un periodo de cuatro años, obviando que la ley fue clara en señalar que su periodo iría hasta el 31 de diciembre de 2013.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.-

Considera el actor que el Decreto 2721 de 4 de agosto de 2011 “por el cual se designa un miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública”, es nulo porque desconoce los artículos 6.º, 13, 29, 40-7 y 121 de la Constitución Política; 11 de la Ley 1314 de 2009 y 3.º, 4.º y 6.º del Decreto 691 de 2010.

Afirma que el acto está viciado de nulidad por que desconoció: (i) las normas en que debía fundarse; (ii) está falsamente motivado en cuanto al periodo para el cual se designó al cuarto miembro del Comité y, (iii) se expidió con falta de competencia.

Reitera que a través del Decreto 691 de 2010¹ se reglamenta la conformación del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, estableciendo: (i) el número de miembros; (ii) forma de designación; (iii) autoridad encargada de realizarla; (iv) periodo y, (v) fechas del concurso de méritos.

Asegura que el cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública se debía elegir el primer trimestre de 2010 para un periodo que culminaría el 31 de diciembre de 2013. Sin embargo, la lista de elegibles se conformó a finales de 2010 y la designación se hizo 8 meses después, el 4 de agosto de 2011.

Considera que se vulneró el Decreto 691 de 2010 por cuanto el periodo por el cual debió designarse al señor Sarmiento Pavas, atendiendo la claridad de la norma, era hasta el 31 de diciembre de 2013, razón por la cual, el nombramiento hecho por fuera de ese término, carece de legalidad por falta de competencia y vulnera los derechos fundamentales al debido proceso

¹ Desarrolla el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009.

administrativo y de igualdad de las personas que aspiran a ser parte del Consejo.

Que aceptar que el periodo del demandado es de 4 años, contado a partir de la fecha en que aceptó la designación, es modificar la ley y las condiciones del concurso de méritos que se adelantó.

2. TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN.-

Por auto del 15 de septiembre de 2011 se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente al señor Daniel Sarmiento Pavas en calidad de demandado. Se dispuso notificar al Ministro de Comercio, Industria y Turismo y al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en su carácter de autoridad que expidió el acto. Se negó la solicitud de suspensión provisional.

Mediante providencia del 8 de noviembre de 2011 se abrió el proceso a pruebas (fls. 102 a 105).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

3.1 DANIEL SARMIENTO PAVAS.-

Por intermedio de apoderado judicial, se opone a la prosperidad de las pretensiones.

*Expresa que no constituye **causal de nulidad** la circunstancia que se le haya designado para un período de cuatro años, pues fijar un término menor desconocería el Decreto 691 de 2010 que definió en cuatro años el periodo de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública.*

Afirma que el artículo 6.º del Decreto 691 de 2010 estableció que la designación del cuarto miembro del Consejo Técnico se haría en 2010, pero como ésta se efectuó en 2011, no se puede aplicar a su nombramiento el límite de 31 de diciembre de 2013, pues ello vulneraría su derecho a la igualdad.

Que como su designación se hizo mediante el Decreto 2721 del 4 de agosto de 2011, ésta debía hacerse por cuatro años, como en efecto se hizo, pues los límites de período fijados en el numeral 1.º del artículo 6.º del Decreto 691 de 2010 solo aplicaba a los nombramientos que se efectuaran en 2010.

Propone las excepciones de: (i) caducidad de la acción. Dice que al haberse publicado el Decreto demandado el 4 de agosto de 2011, a partir del 5 del mismo mes y año debió contarse la caducidad de la acción, de tal manera que la demanda se debió presentar el 4 y no el 6 de septiembre de 2011, como sucedió; (ii) inepta demanda. La hace consistir en el hecho que los motivos de ilegalidad del acto no fueron claros y, (iii) inexistencia de causal de nulidad predicable del Decreto 2721 de 2011.

3.2 MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

La apoderada del Ministerio argumenta que el artículo 6.º del Decreto 691 de 2010 fijó las reglas en lo concerniente al periodo de 4 años de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, así:

(i) Los miembros nombrados por el Presidente de la República en 2010 iniciarán su período según lo indique el acto de designación y culmina el 31 de diciembre de 2013; (ii) el periodo de los

miembros designados por los ministros culminó el 31 de diciembre de 2011.

Como el Presidente designó al cuarto miembro del Consejo Técnico en el 2011, no estaba obligado a nombrarlo hasta el 31 de diciembre de 2013, toda vez que dicho plazo se aplicaba exclusivamente a los nombramientos efectuados en 2010, razón suficiente para declarar el Decreto demandado ajustado al ordenamiento legal.

3.3 DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Se opone a la prosperidad de las pretensiones porque el actor no demostró la violación de las normas legales y constitucionales que señaló como infringidas. Que la discusión se centró en el periodo por el cual el Presidente de la República designó al señor Daniel Sarmiento Pavas miembro del Consejo Técnico de Contaduría Pública, dejando de lado el porqué se violaron las normas constitucionales.

*Manifiesta que no existe norma que establezca un **término perentorio** en el cual se deban designar los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública o de vigencia de la lista de elegibles, como lo pretende hacer ver el demandante.*

Que el límite de periodo del Decreto 691 de 2010 se aplicaba únicamente a los nombramientos efectuados a 31 de diciembre de 2010, de manera que para el 2011 perdió vigencia y fuerza vinculante tal norma y no podía aplicarse a las designaciones hechas en ese año.

Asegura que la lista de elegibles tiene fuerza vinculante y, por ello, el Gobierno Nacional debía designar al cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública de ésta y fijar su periodo, motivo por el cual el acto demandado se ajusta a derecho.

*Propone la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda aduciendo que el demandante dirigió su pretensión contra del Decreto 2721 de 2011, cuando su expedición fue fruto de una **lista de elegibles** y, por tanto, ésta era la demandable.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

Vencida la etapa probatoria y allegadas las pruebas solicitadas, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en los términos del artículo 236 del Código Contencioso Administrativo. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el señor Daniel Sarmiento Pavas y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, presentaron sus conclusiones finales, así:

4.1. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

El apoderado de la Presidencia de la República expresa que ningún acto del Presidente es válido o perfecto sin la firma del Ministro o Director de Departamento Administrativo, respectivo.

Que la representación judicial de la Nación se fijó en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo y, por lo tanto, no es el Presidente de la República quien la ostenta. De aceptarse lo contrario las pretensiones no deben prosperar porque no hay

conducta imputable al Presidente o al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

4.2 DANIEL SARMIENTO PAVAS

Reitera que el demandante no demostró la violación de las normas legales y constitucionales que indicó como vulneradas.

Que el señor Gutiérrez Pájaro pretende que se tengan como normas violadas las resoluciones a través de las cuales se convocó a concurso de méritos para elegir al cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, aduciendo que allí se indicó que el período del cargo para el cual se concursaba culminaba el 31 de diciembre de 2013. Que desconoce que pese a que la convocatoria se hizo bajo el contenido normativo del artículo 6.º del Decreto 691 de 2010, que define los períodos, tal disposición perdió fuerza vinculante en el 2011.

Que no existe duda en la interpretación de la norma, sin embargo, asegura, se debe respetar al demandado, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución, la situación más favorable.

4.3 MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

La Procuraduría Séptima Delegada ante el Consejo de Estado se refiere primero a las excepciones propuestas y, posteriormente, conceptúa en relación con los hechos que originan la demanda.

Expresa que no debe prosperar la solicitud de desvinculación presentada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por cuanto se debate la legalidad de un acto expedido por el Presidente y, en consecuencia, quienes lo representan deben asumir su defensa judicial.

Indica que el Código Civil y el Régimen Político y Municipal consagran que el término de días se cuenta conforme al calendario, entendiéndose suprimidos los feriados y vacantes, de manera que al haberse publicado el Decreto 2721 el 4 de agosto de 2011, el actor contaba hasta el 2 de septiembre de 2011 para presentar la demanda y como ésta se radicó ante el Consejo de Estado el 1.º del mismo mes y año, no se presentó el fenómeno de caducidad de la acción.

La excepción de inepta demanda no debe prosperar porque en ésta se señalan las normas violadas y se desarrolla el concepto de violación; además, porque el acto a demandar no era la lista de elegibles sino aquél mediante el cual se hizo la designación, esto es, el Decreto 2721 de 2011.

Aludiendo a la excepción de “inexistencia de la causal de nulidad” manifiesta que no es una excepción sino el motivo al cual se circunscribe el debate.

Conceptúa que el Gobierno Nacional, en aplicación del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009, expidió el Decreto 691 de 2010 regulando la naturaleza jurídica del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, su conformación, designación de miembros, requisitos, período y régimen prestacional.

Que en el párrafo del artículo 3.º de la Ley 1314 de 2009 se consagró que el cuarto miembro del Consejo Técnico sería

designado por el Presidente de la República de ternas enviadas, entre otras, por facultades de contaduría, asociaciones y colegios de contadores públicos, después de efectuarse concurso de méritos.

Expresa que de acuerdo con el numeral 1.º del artículo 6.º del Decreto 691 de 2010, los miembros designados por el Presidente de la República en 2010 terminarían su período el 31 diciembre de 2013, de manera que la norma reguló la primera designación de miembros y no las posteriores, por lo que el cuarto miembro del Consejo Técnico sí podía nombrarse en 2011, pero limitando su período al 31 de diciembre de 2013.

*Que en la convocatoria a concurso se estableció que el periodo del cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública comenzaría según lo indicara el acto de designación y culminaría **el 31 de diciembre de 2013**, sin perjuicio de su nombramiento para un nuevo periodo. Que la convocatoria regulaba el concurso y obligaba a la Administración.*

Concluye que el periodo del señor Sarmiento Pavas no puede ir más allá del 31 de diciembre de 2013 y, por lo tanto, el Decreto 2721 de 2011 es ilegal, motivo para que se declare la nulidad del artículo 2.º del citado Decreto. Que en su defecto se aclare que el periodo del demandado irá hasta el 31 de diciembre de 2013.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

1. COMPETENCIA.-

Según lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo², artículo 128, numeral 3º - modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de

² Decreto 01 de 1984.

1998 - y el Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999, artículo 13 - modificado por el Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, artículo 1º, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del presente proceso de nulidad electoral.

2. EL ACTO ACUSADO.-

Lo constituye el Decreto 2721 de 4 de agosto de 2011, expedido por el Presidente de la República, por el cual se designó al señor Daniel Sarmiento Pavas miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública “(...) por un periodo de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha de aceptación a la presente designación”.

3. DEL PROBLEMA JURÍDICO.-

Consiste en establecer si la designación a cargo del Presidente de la República, del cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública - Daniel Sarmiento Pavas -, debe ser para un periodo de cuatro años como se estableció en el Decreto acusado 2721 de 4 de agosto de 2011 o solo hasta el 31 de diciembre de 2013 como dice el actor lo dispone el numeral 1.º del artículo 6.º del Decreto 691 de 2010 y porque así se fijó en el concurso para conformar la terna.

4. CUESTIÓN PREVIA - LAS EXCEPCIONES -

Corresponde a la Sala, en primer lugar, establecer si alguna de las excepciones propuestas tiene vocación de prosperidad, para lo cual las analizará de la siguiente manera:

4.1 DE LAS PROPUESTAS POR EL DEMANDADO

Caducidad de la acción

*El término de caducidad de la acción electoral, de conformidad con el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo³ 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.”. (Subraya y negrita fuera de texto)*

Como el plazo previsto en la norma es de días, éstos deben entenderse hábiles y excluye los vacantes y feriados, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913⁴.

En el folio 35 vuelto del expediente obra sello de la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el que consta que la demanda se presentó el 1.º de septiembre de 2011, un día antes de que acaeciera el fenómeno de la caducidad de la acción, pues efectuado el conteo de los términos atrás señalados a partir del 5 de agosto de 2011, día siguiente al de la publicación del Decreto 2721, se concluye que la demanda se podía presentar hasta el 2 de septiembre de 2011.

Por tal razón, la excepción no prospera.

Inepta demanda

Contrario al planteamiento del demandado, se observa que en este caso el actor soporta la solicitud de nulidad del Decreto 2721 de 4 de agosto de 2011 en la violación del numeral 1.º del artículo 6.º del Decreto 691 de 4 de marzo de 2010, que regula el período

³ Norma vigente al momento de presentación de la demanda.

⁴ “Artículo 62.- En los **plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes**, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan

de designación del cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, manifestando que éste debió fijarse hasta el 31 de diciembre de 2013 y no por un término de 4 años.

Así, el actor desarrolló el concepto de violación que el demandado echa de menos.

La excepción no prospera.

Inexistencia de causal de nulidad

En relación con esta excepción fundada en que: (i) el acto acusado se ajusta a la Ley 1314 de 2009 y al Decreto Reglamentario 691 de 2010 y, (ii) el período por el cual se hizo el nombramiento es un aspecto secundario que no compromete la competencia de quien expidió el acto ni la finalidad de éste, la Sala precisa que los argumentos referidos no tienen la virtualidad de impedir el pronunciamiento de fondo sobre los hechos narrados en la demanda; en realidad constituyen razones de defensa cuyo análisis solo es posible de llevarse a cabo al momento de resolver de fondo sobre las pretensiones. Por este motivo no prospera.

4.2 DE LAS PROPUESTAS POR EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Ineptitud de la demanda

Sostiene que la demanda es inepta porque se solicita la nulidad del Decreto 2721 de 2011 y el acto que debió demandarse es aquél que conformó la lista de elegibles.

*Para resolver esta excepción se debe empezar por decir que de conformidad con el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, la acción de nulidad electoral se dirige a obtener la nulidad del acto que declara una elección o realiza un nombramiento, característica de la que está revestida el Decreto 2721 de 2011, pues a través de éste se **designó** al demandado como integrante del Consejo Técnico de la Contaduría Pública.*

Así las cosas, es el citado Decreto, como sucedió, el llamado a demandarse y no la lista de elegibles, pues la última otorga la posibilidad de hacer parte de la terna de la cual resultaría la designación.

La excepción no prospera.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

En el escrito de conclusión se indica que ni el Presidente de la República, ni el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, están legitimados para representar a la Nación en procesos contenciosos administrativos; además, porque en el asunto bajo estudio no hay irregularidad imputable a ellos.

De conformidad con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, las excepciones⁵ deberán proponerse en “(...) la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista en los demás casos.”.

Así las cosas, como la excepción propuesta por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República se presentó en el

hábil.” (Subrayado y negrita fuera de texto)

⁵ Se debe recordar que el artículo 163 del Decreto 01 de 1984 quedó derogado por el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989 y, por lo tanto, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en vigencia de esta norma, todas las excepciones propuestas se tramitaban como de fondo.

memorial de alegatos, ésta se elevó por fuera de la oportunidad procesal pertinente y, por ello, se rechazará por extemporánea.

5. DEL CASO CONCRETO.-

Corresponde decidir si con el nombramiento del señor Daniel Sarmiento Pavas, como integrante del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, específicamente en cuanto fijó el periodo del cargo en 4 años, desconoció, entre otras normas, el Decreto 691 de 4 de marzo de 2010, en especial el numeral 1.º del artículo 6.º, por cuanto se alega por el actor que la designación solo podía realizarse hasta el 31 de diciembre de 2013.

Las normas que se consideran trasgredidas son del siguiente tenor:

Constitución Política

“ARTÍCULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”.

“ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”.

“ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”.

“ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

(...)”.

“ARTÍCULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”.

Ley 1314 de 2009 *“Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento.”*

*“ARTÍCULO 11. AJUSTES INSTITUCIONALES. Conforme a lo previsto en el artículo 189 de la Constitución Política y demás normas concordantes, el Gobierno Nacional **modificará la conformación, estructura y funcionamiento de la Junta Central de Contadores y del Consejo Técnico de la Contaduría Pública**, para garantizar que puedan cumplir adecuadamente sus funciones.*

Desde la entrada en vigencia de la presente ley, a los funcionarios y asesores de las entidades a que hace referencia el artículo 60, así como a los integrantes,

empleados y contratistas de la Junta Central de Contadores y del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, se les aplicará en su totalidad las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, reglas para manejo de conflictos de interés y demás normas consagradas en la Ley 734 de 2002 o demás normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan. La Junta Central de Contadores y el Consejo Técnico de la Contaduría Pública contarán con los recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones.

La Junta Central de Contadores podrá destinar las sumas que se cobren por concepto de inscripción profesional de los contadores públicos y de las entidades que presten servicios al público en general propios de la ciencia contable como profesión liberal, por la expedición de tarjetas y registros profesionales, certificados de antecedentes, de las publicaciones y dictámenes periciales de estos organismos.

Los recursos del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, que provendrán del presupuesto nacional, se administrarán y ejecutarán por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a partir del 10 de enero del año 2010.

PARÁGRAFO. En la reorganización a que hace referencia este artículo, por lo menos tres cuartas partes de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública deberán ser contadores públicos que hayan ejercido con buen crédito su profesión. 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.

El Gobierno determinará la conformación del Consejo Técnico de la Contaduría Pública. Para ello, garantizará que el grupo se componga de la mejor combinación posible de habilidades técnicas y de experiencia en las materias a las que hace referencia este artículo, así como en las realidades y perspectivas de los mercados, con el fin de obtener proyectos de normas de alta calidad y pertinencia. **Por lo menos una cuarta parte de los miembros serán designados por el Presidente de la República,** de ternas enviadas por diferentes entidades tales como Asociaciones de Contadores Públicos, Facultades de Contaduría, Colegios de Contadores Públicos y Federaciones de Contadores. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (Subrayado y negrita fuera de texto)

Las ternas serán elaboradas por las anteriores organizaciones, a partir de una lista de elegibles conformada mediante concurso público de méritos que incluyan examen de antecedentes laborales, examen de conocimientos y experiencia de que trata este artículo.”

Decreto Reglamentario 691 de 2010 “Por el cual se modifica la conformación del Consejo Técnico de la Contaduría Pública y se dictan otras disposiciones”

“ARTÍCULO 30. 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.

El miembro designado por el Presidente de la República, de conformidad con lo señalado en el inciso anterior, presidirá el Consejo Técnico de la Contaduría Pública.

PARÁGRAFO: De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009, **la designación del cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, quien deberá ser contador público, se hará por el Presidente de la República, de ternas enviadas por diferentes entidades legalmente constituidas tales como:** Asociaciones de Contadores Públicos, facultades de Contaduría, Colegios de Contadores Públicos y Federaciones de Contadores, conformadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo siguiente del presente decreto.”. (Subrayado y negrita fuera de texto)

“ARTÍCULO 40. PROCEDIMIENTO PARA LA CONFORMACIÓN DE LAS TERNAS. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo **convocará**, a través de su página de Internet, a las organizaciones mencionadas en el parágrafo del artículo anterior, **para que conformen las ternas mediante concurso público de méritos**, el cual adelantarán de manera individual o conjunta, a través de una universidad o institución pública o privada experta en procesos de selección, de acuerdo con las condiciones indicadas en la convocatoria.

El concurso público de méritos deberá incluir examen de antecedentes laborales y examen de conocimientos y experiencia de que trata el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009.

Como resultado de cada concurso público de méritos se conformará una lista de elegibles que tendrá una vigencia de cuatro (4) años, de la cual se extraerá la respectiva terna.

Las ternas serán remitidas al Presidente de la República dentro de los quince (15) días siguientes a la culminación del período para la realización del concurso público de méritos, acompañadas de los

documentos que acrediten el cumplimiento de las condiciones requeridas en la convocatoria.

De las ternas enviadas al Presidente de la República, este designará al cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, por el período que corresponda.

PARÁGRAFO. La publicación de la primera convocatoria por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, deberá realizarse **en el primer trimestre del año 2010 y las subsiguientes convocatorias a más tardar en el mes de agosto del último año de cada período.** (Subrayado y negrita fuera de texto)

“ARTÍCULO 60. 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**.

2. Si alguno de los miembros distintos al seleccionado según lo dispuesto en el párrafo del artículo 30 de este decreto no termina el período para el cual fue designado, será reemplazado por la autoridad que lo designó, para el tiempo **restante del período**, sin perjuicio de que pueda ser ratificado para el siguiente período de cuatro (4) años, conforme a lo dispuesto en el siguiente numeral.

3. En caso de falta absoluta de quien fuere designado conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 30 del presente decreto, lo sucederá quien designe el Presidente de la República, de las ternas que se conformen con base en las listas de elegibles vigentes, **por el tiempo restante del período en curso**, sin perjuicio de que pueda ser reelegido para el período siguiente.

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.

5. El miembro designado por el Presidente de la República, de acuerdo con lo señalado en el párrafo del artículo 30 de este decreto, podrá ser reelegido por una sola vez, siempre que resulte listado como elegible en las ternas que las entidades señaladas en el artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 remitan a la Presidencia de la República.” (Subrayado y negrita fuera de texto)

A partir del examen de las normas que se consideran transgredidas con el Decreto 2721 de 4 de agosto de 2011 y las pruebas aportadas al expediente, la Sala entrará a revisar si el Gobierno Nacional debió designar al señor Sarmiento Pavas miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública hasta el 31 de diciembre de 2013, en los términos del numeral 1.º del artículo 6.º del Decreto 691 de 2010 o si, por el contrario, lo podía designar para un período de cuatro años.

*Para tal efecto, la Sala se referirá en primera medida a la Ley 1314 de 2009, en la cual el Congreso de la República fijó en cabeza del Gobierno Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 Superior, la competencia para modificar “[...] la conformación, estructura y funcionamiento de la Junta Central de Contadores y del **Consejo Técnico de la Contaduría Pública** [...]”. (Subrayado y negrita fuera de texto)*

En el párrafo único del artículo 11 de la citada Ley, se estableció que el Gobierno Nacional determinaría la conformación del Consejo Técnico de la Contaduría Pública y que, por lo menos, una cuarta parte de sus integrantes la designaría el Presidente de la República de ternas enviadas “[...] por diferentes entidades tales como Asociaciones de Contadores Públicos, Facultades de Contaduría, Colegios de Contadores Públicos y Federaciones de Contadores.”, previo concurso público de méritos.

La reglamentación de la materia se defirió al Gobierno Nacional.

En ejercicio de sus atribuciones, el Presidente de la República expidió el Decreto 691 de 4 de marzo de 2010, en el que señaló: (i) la naturaleza jurídica del Consejo Técnico de la Contaduría Pública; (ii) su conformación por cuatro miembros, tres de los cuales deben contar con título de contaduría pública; (iii) su

forma de designación; (iv) el procedimiento de conformación de las ternas para la elección del cuarto miembro; (v) periodo de funciones; (vi) honorarios; y, (vii) inhabilidades e incompatibilidades.

De acuerdo al artículo 3.º del referido Decreto, los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública no sujetos para su nombramiento a concurso de méritos, se designarían así: uno por el Presidente de la República; uno por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo y el otro por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

En el párrafo único del artículo 11 de la Ley 1314 de 2009 la designación del cuarto miembro se atribuyó al Presidente de la República, pero para que sea válida la designación ésta debe estar precedida de la formulación de ternas elaboradas por diferentes facultades de contaduría, asociaciones, colegios y federaciones de contadores, previo concurso público de méritos.

Con tal propósito se delegó al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el trámite de convocar a las citadas organizaciones a concurso de méritos a fin de conformar las ternas.

*En el caso bajo examen y para cumplir su deber⁶, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el 31 de marzo de 2010, convocó⁷ “A las entidades facultadas para presentar **las ternas** para la designación de uno de los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública por el Presidente de la República [...]”, quienes contaban hasta el 15 de abril de 2010 para inscribirse.*

⁶ Está consagrado en el inciso primero del artículo 4.º del Decreto 691 de 2010, según el cual “El ministerio de Comercio, Industria y Turismo convocará, a través de su página de Internet, a las organizaciones mencionadas en el párrafo del artículo anterior, para que conformen las ternas mediante concurso público de méritos (...)”.

⁷ Mediante el Decreto 799 de 29 de marzo de 2010 se estableció el procedimiento para hacer la convocatoria.

En el acápite “VI. Periodo”, de la convocatoria, el Ministerio señaló (fl. 8):

*“El miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, designado por el Presidente de la República **mediante las ternas presentadas por las entidades encargadas, comenzará su periodo conforme se indicará en el acto de designación y lo terminará el 31 de diciembre de 2013.** Este miembro podrá ser ratificado hasta por un (1) periodo igual.” (Subraya y negrita fuera de texto)*

Las reglas de la convocatoria realizada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se dictaron en cumplimiento de lo establecido por el Gobierno Nacional en el Decreto 691 de 2010, en especial, al término que fijó como periodo para desempeñar las funciones el cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública - 31 de diciembre de 2013 -. Este límite temporal, de ese primer periodo obedeció a la puesta en marcha de la reestructuración de la entidad. Así quedó consagrado en el numeral 1.º del artículo 6.º ídem:

“ARTÍCULO 6.- PERÍODO. Los miembros del Consejo Técnico de la Contaduría Pública ejercerán sus funciones por un periodo 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 periodo conforme se indique en el acto de designación y lo terminarán el 31 de diciembre de 2013.** Los miembros designados en el 2010 por los Ministros, comenzarán su periodo conforme se indique en el acto de designación y lo terminarán el 31 de diciembre de 2011.”.*

(...).” (Subrayado y negrita fuera de texto)

Ahora bien, no puede perderse de vista que esta Corporación ha señalado que la entidad que convoca a un concurso de méritos debe respetar las reglas que ella misma diseña, porque lo contrario rompe con el principio de confianza legítima y atenta contra la buena fe de los participantes.

“El concurso, por su propia naturaleza de competitividad, se aparta de todo tipo de influencias por asegurar imparcialidad e igualdad. La entidad estatal que convoca a un concurso debe respetar las reglas que ella ha diseñado y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como la misma entidad, pues, el desconocimiento de estas reglas rompe la confianza que se tiene respecto de la institución y atenta contra la buena fe de los participantes. Además, con dicha conducta las entidades infringen normas constitucionales y vulneran los derechos fundamentales de quienes de buena fe participaron en el concurso.”⁸.

*Entonces, en criterio de la Sala carece de sustento el argumento del demandado y de las entidades vinculadas según el cual, al no haberse nombrado el cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, **antes del 31 de diciembre de 2010**, ésta designación podía hacerse por el término de 4 años.*

*Lo anterior, porque si bien la norma trascrita establece que el periodo del cuarto miembro designado por el Presidente de la República en el **2010** culmina el 31 de diciembre de 2013, ha de entenderse que el propósito del ejecutivo de fijar un límite para el ejercicio de funciones hasta tal fecha obedeció a la reorganización para que con posterioridad el cargo se desempeñe por funcionarios designados para periodos de 4 años, y el que la designación del demandado se hubiese dado luego del término razonable que el Gobierno señaló, no implica que lo hubiese autorizado para que, valiéndose de la mora, el periodo legal previamente fijado se ampliara.*

Además, el hecho de que la designación esté precedida de la conformación de ternas implica que se agote un concurso de méritos que tiene como propósito integrarlas con los candidatos más calificados. Esta finalidad se ve reflejada en el término que

⁸ Sección Cuarta del Consejo de Estado, sentencia de tutela de 16 de marzo de 2011, Exp. 2011-00010-01, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

para el efecto también señala el parágrafo⁹ del artículo 4º del Decreto 691 de 2010.

En el sub-lite está acreditado que el 31 de marzo de 2010 se inició el proceso de selección de la terna y que superadas las etapas del concurso de méritos, **por comunicación N.º 1-2011-001265 de 17 de enero de 2011**, el Instituto Nacional de Contadores Públicos de Colombia envió al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la terna para que de allí el Presidente de la República designara al cuarto miembro del Consejo (fls. 5 y 168 a 169).

Así las cosas, no puede ahora desconocerse que la designación del señor Daniel Sarmiento Pavas era una actividad electoral reglada por las siguientes razones: (i) el Decreto 691 de 2010 estableció que el cuarto miembro designado por el Presidente de la República ejercería su primer periodo hasta **el 31 de diciembre de 2013** y, (ii) las reglas del concurso, a las cuales estaba obligado el Presidente, establecieron que quien resultara designado cuarto miembro del Consejo Técnico de la Contaduría Pública **terminaría su periodo el 31 de diciembre de 2013**, sin perjuicio de que pudiese ser ratificado para un periodo igual, como ya se dijo.

Como se aprecia, el mismo Ejecutivo fijó las condiciones para adelantar el concurso de méritos.

Así, la designación del señor Sarmiento Pavas, a través del Decreto 2721 de 2011 debió hacerse hasta el 31 de diciembre de 2013 y no para un periodo de 4 años, contado a partir de la aceptación de la designación, como quedó registrado en el artículo 2.º del acto demandado.

⁹ PARÁGRAFO. La publicación de la primera convocatoria por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, deberá realizarse **en el primer trimestre del año 2010 y las subsiguientes convocatorias a más tardar en el mes de agosto del último año de cada período.** (Subrayado y negrita fuera de texto)

No obstante, la circunstancia anotada no conduce a la nulidad de la designación, máxime que no se cuestiona mediante la acción el trámite que se surtió o las condiciones de quien fue nombrado.

Como está demostrado lo que adolece de ilegalidad es el periodo por el cual se designó al señor Daniel Sarmiento Pavas, fijado por el Presidente de la República en cuatro años, cuando debió ser hasta el 31 de diciembre de 2013.

La circunstancia anotada conduce a que la Sala declare la nulidad de la expresión “por un periodo de cuatro (4) años” contenida en el artículo 2.º del Decreto 2721 de 2011, entendiendo que dicho periodo culminará el 31 de diciembre de 2013 según se consagró en el numeral 1.º del Decreto Reglamentario 691 de 2010 y en las reglas que rigieron el concurso de méritos adelantado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

*Por 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,*

F A L L A

PRIMERO.- NEGAR la prosperidad de las excepciones propuestas por el señor Daniel Sarmiento Pavas y por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

SEGUNDO.- RECHAZAR por extemporánea la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

TERCERO.- Declarar la nulidad parcial del Decreto 2721 de 4 de agosto de 2011, en cuanto a la expresión “por un periodo de cuatro (4) años”, contenida en el artículo 2.º, que deberá entenderse hasta el 31 de diciembre de 2013, por las razones expresadas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO.- En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO

Este documento fue creado a partir del original obtenido en el Consejo de Estado.