LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION PÚBLICA

Uno de los postulados fundantes de la cultura de la legalidad es el conocimiento y el respeto de las normas básicas por parte de la mayoría del conglomerado social.

En nuestro país, el cabal desarrollo de este postulado implica el conocimiento y aceptación no solo de la Constitución y de la Ley sino también la apropiación y racionalización de los principios y valores esenciales de nuestro estado social de derecho y los principios y valores que rigen las actividades en las que los asociados se desempeñan.

En ese orden de ideas, y de acuerdo con el artículo 1° de nuestra Constitución Política los principios fundantes de nuestra organización política son

- a) El respeto por la dignidad humana
- b) La prevalencia del interés general
- c) El trabajo y
- d) La solidaridad de las personas que integran dicha organización

De igual manera, al ser estos los principios fundantes de nuestro Estado Social de Derecho, ellos inciden directamente en la aplicación de los principios que rigen otras actividades en nuestro país.

Así, en relación con la función pública, sus principios básicos, contenidos en el artículo 209 de nuestra Constitución política, se ven modulados por los principios fundantes antes mencionados.

En esencia, la función pública se concibe como una actividad al servicio de los intereses generales y se ejerce bajo los siguientes principios:

- a) Igualdad
- b) Moralidad
- c) Eficacia
- d) Economía
- e) Celeridad
- f) Imparcialidad y
- g) Publicidad

De igual manera, dentro de la función pública, se encuentran actividades que cuentan con sus principios y valores básicos cuya aplicación se ve doblemente delimitada tanto por la aplicación de los principios y valores básicos de la función pública, como por la aplicación de los principios fundantes de nuestro Estado Social y democrático de derecho.

A manera de ejemplo se tienen los principios mínimos fundamentales de protección a los trabajadores que la administración debe aplicar en sus relaciones con las personas vinculadas con ella ya sea a través de una relación legal o reglamentaria o mediante un contrato de trabajo. Estos principios son, entre otros:

- a) Remuneración mínima vital y móvil
- b) Irrenunciabilidad a los derechos mínimos
- c) Favorabilidad en la aplicación e interpretación de las normas
- d) Primacía de la realidad sobre las formas y
- e) Protección a la maternidad y al trabajador menor de edad

De igual manera, la obtención de bienes y servicios por parte de la Administración mediante la contratación pública, se encuentra regida también por los siguientes principios:

- a) Principio de Transparencia
- b) Principio de Economía
- c) Principio de Planeación
- d) Principio de Responsabilidad
- e) Mantenimiento de la Ecuación Contractual y
- f) Principio de Selección Objetiva

Estos principios, y los demás principios contemplados en la Constitución y en las Leyes orgánicas y estatutarias que rigen la actividad estatal en sus diferentes órganos y niveles de decisión, deben ser contemplados en la decisión de los asuntos sometidos a conocimiento, no solo de los encargados de la administración pública sino también de los encargados de juzgar los asuntos que tienen que ver con esa administración, entre otros, la jurisdicción contencioso administrativa y los organismos de control, porque tales principios no solo forman parte integral del ordenamiento jurídico, sino que sirven de faros y de guías en la percepción y decisión de asuntos no previstos en las normas.

Por esa razón, su inobservancia o su falta de consideración a la hora de asumir una decisión de administración pública puede dar lugar a condenas y sanciones por parte de los encargados de administrar justicia o de controlar la gestión de la administración pública o la conducta de los servidores encargados de ella, porque, en la práctica, se está haciendo caso omiso de un aspecto esencial de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, cuando se desatiende el principio laboral de primacía de la realidad sobre las formalidades, ello puede conducir a que se condene a la entidad pública en la que se desempeña quien incurre en tal desatención, a reconocer y pagar salarios y prestaciones sociales a personas que, formalmente, suscribieron contratos de prestación de servicios con esa entidad pero que, en la práctica, prestaron sus servicios personales bajo la figura de una relación laboral disfrazada.

De la misma manera, la observancia del principio fundante relacionado con la prevalencia del interés general ha protegido a numerosas entidades públicas de revelar aspectos delicados de su gestión que se consideran reservados, modulando así la obligación derivada de la aplicación del principio de la función pública relacionado con la publicidad de sus asuntos.

Como un caso de estudio de lo hasta aquí expuesto, se tiene la decisión del Tribunal del Tolima contenida en la Sentencia del _____, proferida en el curso de una acción popular, mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar se protegió el derecho colectivo a la moralidad administrativo y a la protección del patrimonio público y se ordenó a la sociedad transgresora o, en su defecto, a la propietaria del bien involucrado, a reconocer y pagar al municipio de Ibagué el valor correspondiente a dicho bien.

HECHOS:

- 1. Dentro de los activos de Electrolima, figuraba la pequeña central hidroeléctrica de Mirolindo, la que para su abastecimiento hídrico requirió de la construcción de una acequia de conducción desde la bocatoma del río combeima en el barrio el Arado de Ibagué, hasta la tubería de conducción a la planta generadora, en una extensión de aproximadamente tres kilómetros a lo largo de la ciudad.*
- 2. La mencionada PCH Mirolindo, dejó de operar a principios de la década de los años 90 por un daño grave en la tubería de presión que conduce las aguas a los cuerpos de generación. Esta situación motivó que Electrolima no volviera a realizar las labores*

de mantenimiento de la acequia, por lo que, ésta se convirtió en una amenaza para la salud de los pobladores aledaños debido a la acumulación de basuras y sustancias orgánicas residuales en todo su recorrido.

3. Con fecha febrero 19 de 1997, el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, profirió sentencia dentro del proceso de acción popular, instaurada contra Electrolima, desatando el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito, de fecha 15 de diciembre de 1994, el cual fue adverso a la Electrificadora.

4. El Tribunal Superior en su providencia confirmó la mayor parte de la sentencia de primera instancia, introduciendo la reforma a los numerales tercero, cuarto y sexto, siendo la condena más importante. La siguiente: “5.2.1. ORDENARLE, a la empresa ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A., que efectúe las obras tendientes al revestimiento en concreto del canal de MIROLINDO a cielo abierto....”

5. En el transcurso del proceso, a través de trabajos periciales, se estableció que el valor de las anteriores obras de revestimiento del canal, para junio de 1996 tenían un valor de \$1.616.238.720.

6. Dentro de las condenas proferidas por el Tribunal en contra de Electrolima, se le ordenó cancelar por concepto de recompensa, un valor de \$161.623.872.

7. El 28 de noviembre de 1994, se suscribió el mencionado convenio 14 de 1994, celebrado entre la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A., FINDETER – FONDO DE COFINANCIACION PARA LA INFRAESTRUCTURA URBANA, EL MUNICIPIO DE IBAGUE Y LA ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA, Y CORTOLIMA. Cuyo objeto era que las partes se comprometía a aunar esfuerzos para llevar a cabo el proyecto de inversión “construcción, ampliación y adecuación del Canal de Mirolindo”.

8. En la cláusula segunda del mencionado convenio, se estableció que FINDETER debía aportar la suma de \$1.000.000.000, para el desarrollo del objeto del convenio. A su vez, CORTOLIMA se obligó a aportar la suma de \$574.991.000.000; ELECTROLIMA \$474.363.000, y el MUNICIPIO DE IBAGUE, la suma de \$2.007.043.000.

9. La cláusula quinta del referido convenio estableció que: **“Los bienes que se adquieran en desarrollo del proyecto con recursos del Fondo de Cofinanciación para la infraestructura Urbana, pertenecerán al municipio de acuerdo a lo establecido en el numeral 8 del Artículo 24 del Decreto 2132 de 1992.”**

10. De acuerdo a lo anterior, por expresa disposición contractual y legal, no cabe la menor duda de la propiedad del Municipio de Ibagué, sobre las obras ejecutadas con los aportes de Findeter, y de su propio presupuesto.

11. Mediante el Decreto No. 00022 del 16 de enero de 1997, el Alcalde del Municipio de Ibagué, creó el Plan de Saneamiento para el Canal de Mirolindo Picalaña. El Municipio de Ibagué, adelantó gran parte de las obras que hoy integran el canal de conducción de Mirolindo, la presa y la bocatoma con dineros de su presupuesto, adelantando los procesos contractuales respectivos, y cancelando las obras efectivamente construidas, las cuales alcanzaron un valor de \$3.729.194.479.

12. Gracias a los aportes del Municipio de Ibagué, se logró la recuperación del canal y de la zona aledaña al mismo, permitiendo, igualmente, que la Electrificadora estuviera en capacidad de operar nuevamente la PCH Mirolindo, lo cual se hizo realidad en el año 2004 cuando el liquidador de Electrolima, contrató con un operador privado la puesta en funcionamiento y explotación de esa central hidroeléctrica.

13. Mediante Resolución No. 03848 del 12 de agosto de 2003, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ordenó la liquidación de ELECTROLIMA, que se

encontraba tomada en posesión por medio de los actos previamente señalados.

14. *Electrolima, atendiendo su estado de liquidación, inició el proceso de valoración y venta de los activos que integraban las pequeñas plantas de generación de la empresa, para lo cual suscribió contrato con la firma INVERCOR de la ciudad de Bogotá, cuyo objeto era, la asesoría en banca de inversión para realizar la valoración y venta de las pequeñas centrales hidroeléctricas, PCH, de propiedad de Electrolima en liquidación, como son la Ventana, Mirolindo, Pastales y Río Recio.*

15. *Arguye que el proceso de venta de la PCH, de Electrolima terminó exitosamente, adjudicándolas a un inversionista privado por valor de \$14.000.000.000.*

16. *El Municipio de Ibagué, suscribió contrato de prestación de servicios con la firma ASESORAMOS CONSULTORES ASOCIADOS, cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales de consultoría para la reclamación de los recursos destinados por el Municipio de Ibagué, en el canal de Mirolindo, empresa que radicó ante la Electrificadora, con el fin de solicitar la información y explicación sobre la venta del Canal de Mirolindo a un inversionista particular, sin que se respetaran los derechos patrimoniales del Municipio de Ibagué.*

17. *Afirma que mediante Oficio LIQ 737 de mayo 7 de 2007, la electrificadora soporta la venta mencionada argumentando que el artículo 5 del Decreto 2418 de 2004, sustituido por el artículo 23 del Decreto 2211 de 2004, ordena emplazar a todas las personas que tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, y que igualmente, los literales b) de ambas normas, señalan que el liquidador no podrá aceptar ninguna reclamación presentada fuera del término indicado en el emplazamiento y que para el caso de Electrolima, el emplazamiento se realizó mediante avisos publicados los días 10 y 17 de septiembre de 2003.*

18. *Informa que con base en la anterior respuesta, el liquidador de Electrolima, considera el proceso liquidatorio como un novedoso medio para adquirir el dominio, y al parecer, la normatividad a la que se refiere, según su particular interpretación, consagra una sanción equivalente a la expropiación sin fórmula de juicio, por el hecho de no presentar reclamación a tiempo sobre los bienes que no son de propiedad de la liquidada. En el mismo documento, manifiesta que la propiedad sobre el canal de Mirolindo, deviene de la Escritura Pública No. 1508 de 12 de julio de 1961, título éste que acredita la propiedad sobre la franja de terreno en las que se construyó el canal, pero que no puede incluir de manera alguna las obras construidas por el Municipio de Ibagué casi 40 años después.*

19. *Por lo anterior, considera que el liquidador incluyó deliberadamente y con pleno conocimiento, en la venta de las PCH, bienes que no pertenecen a ELECTROLIMA.*

20. *Manifiesta que sin interesar si el Municipio de Ibagué, presentó reclamación o no sobre los bienes de su propiedad en poder de Electrolima, la ley de manera expresa dispuso que están excluidos de la masa a liquidar: "Las especies identificables que aún encontrándose en poder de la entidad intervenida pertenezcan a otra persona." (EOSF. Art. 299-2. lit. j; Ley 510 de 1999, art. 26)*

21. *Concluye diciendo que Electrolima construyó un canal de tierra en una de terreno que atraviesa la Ciudad de Ibagué, canal que por su abandono posterior se convirtió en un verdadero muladar, y en un peligro ambiental y sanitario para la ciudad. En virtud de sentencia de acción popular, la empresa fue condenada al revestimiento del canal, obra que no acometió directamente sino en asocio con el Municipio de Ibagué, siendo el mayor aporte el realizado por el ente territorial; se terminan las obras de revestimiento, de construcción de la presa y del desarenador, lo cual permite que la electrificadora a través de un contratista privado, vuelva a explotar la PCH Mirolindo; finalmente Electrolima vende la PCH Mirolindo, incluyendo la franja*

de terreno y todas las obras construidas sobre el mismo, especialmente el canal revestido, obteniendo importantes beneficios económicos por esta transacción, sin que haya reconocido que estas obras son de propiedad de quienes las construyeron a ciencia y paciencia, de Electrolima.

SENTENCIA APELADA

La Juez de primera instancia negó el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, y ordenó levantar las medidas cautelares adoptadas en este asunto.

*Considera el a-quo, que la parte actora parte de una premisa falsa a la luz del ordenamiento jurídico, esto es, no es cierto que las mejoras construidas en el PCH Mirolindo,, canal de conducción revestido en concreto y desarenadores, le pertenezcan al municipio, por cuanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 738 del C.C., que consagra el **principio general, según el cual, lo accesorio sigue la suerte de lo principal**. En aplicación del citado principio, el dueño de la cosa principal (el terreno o la edificación), se hace dueño de lo accesorio (lo que se adhiere a lo principal, en este caso, el inmueble por adhesión), si está incorporado a lo principal de tal manera que no pueda retirarse sin que lo principal sufra detrimento.*

Indudablemente dice, que las obras relacionadas como construidas en la zona del PCH de Mirolindo, no pueden ser retiradas del canal sin que éste sufra detrimento, razón por la cual, las mismas le pertenecen es a la entidad demandada, y no al Municipio de Ibagué.

Por lo anterior, concluye que las mejoras construidas en el PCH de Mirolindo, no son de propiedad del Municipio de Ibagué.

Manifiesta que el derecho que le asistía al Municipio dentro de la liquidación de ELECTROLIMA era el de crédito, su no reconocimiento dentro del trámite liquidatorio de la entidad demandada no obedece a la conducta endilgada a Electrolima S.A, en liquidación, sino a la misma parte actora, que dejó vencer los términos concedidos por la ley para efectuar las respectivas reclamaciones crediticias, por lo que, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público está seriamente afectado, pero no en virtud de la conducta asumida por la entidad demandada, sino en virtud de la actitud omisiva de la entidad demandante, esto es del Municipio de Ibagué, razón por la cual no se produce la afectación del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, cuyo amparo se perseguía a través de la presente acción.

DECISION DEL TRIBUNAL

En el caso sometido a consideración de la Sala, se considera que la obra pública de revestimiento en concreto del canal de Mirolindo no es

accesoria, sino principal, pues si dicha obra desaparece, desaparece la función que desarrolla la pequeña Micro Central Hidroeléctrica. Es tan cierta esta afirmación, que cuando se ordenó la construcción del revestimiento es porque la pequeña central se encontraba fuera de servicio.

Se puede afirmar, que cuando se construyen obras publicas como presas o hidroeléctricas, donde las obras civiles son cuantiosas y sin ellas desaparece la función, no se puede llegar a la conclusión simplista que llegó el juez de Primera Instancia, de la cual se aparta la Sala, de que la obra publica es accesoria a la propiedad.

En el mismo sentido y tal como lo plantea la parte accionante Municipio de Ibagué, de respaldarse la actuación seguida por la Electrificadora del Tolima en Liquidación, se estaría respaldando una nueva forma de adquirir el dominio o la propiedad, tesis de la cual se aparta esta Sala, pues esta forma de adquirir el patrimonio estatal no es la que establece la Ley, ni es la vía judicial apropiada.

En el mismo sentido, desde el punto de vista sustancial no advierte el Tribunal que por ninguna parte la Electrificadora del Tolima en Liquidación, afirme que es la propietaria de las obras de recubrimiento, por el contrario acepta que le corresponden al Municipio de Ibagué, que lo que sucedió es que no se presento a la liquidación, razones de más para acceder a la pretensión del actor popular.

En esencia se presenta en este evento la confrontación entre un principio general del derecho que tiene incidencia en materia patrimonial como es aquel que señala que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal* y una pretensión de defensa de un derecho colectivo como lo es la defensa del patrimonio público. Apelando entonces al motivo que originó la inversión por parte del municipio y otras entidades estatales en la reconstrucción y adecuación de la acequia que alimentaba la PCH como lo fue la necesidad de superar la vulneración de unos derechos colectivos por lo que concluye que la inversión nunca buscó la reactivación de la PCH Mirolindo sino la necesidad de superar unas condiciones de salubridad y de seguridad en las márgenes de la misma que venían perjudicando a numerosos habitantes de esta ciudad.

Así las cosas, la consideración de un principio fundante de nuestro Estado Social de Derecho como lo es la prevalencia del interés general lleva a concluir que la posición de la sociedad en liquidación de vender como propios bienes que legalmente pertenecen al municipio, pues en momento alguno se pretendió la reactivación de la PCH Mirolindo sino el solucionar unos problemas de seguridad y salubridad pública.

Por esa razón se condenó a ELECTROLIMA a devolver al municipio indexado el valor indexado de las sumas invertidas por esa entidad territorial para la refacción de la acequia y el canal de Mirolindo.

Si bien en este caso, la consideración de un principio fundante favoreció a la entidad pública, puede suceder, como en efecto ha sucedido, que al juzgar cierta actuación de una entidad territorial, que aparentemente se encuentra conforme a los principios de la administración pública, a la luz de un principio fundante, se concluye que en la práctica se está incurriendo en violación de algún derecho colectivo.

Tal es el caso en el que otro Tribunal ordenó la terminación y liquidación de un contrato de comercialización de los productos de una empresa licorera que un departamento había suscrito

pactando una remuneración a precio de costo de los mismos productos para garantizar así la supervivencia de esa empresa en medio de las difíciles condiciones económicas que venía afrontando.

Si bien tal actuación se adecuaba a los principios de eficacia y economía por cuanto permitía la supervivencia de una empresa pública, al examinarla bajo un criterio de prevalencia del interés general como principio fundante, tal contratación resultaba lesiva del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues el propósito de las empresas industriales y comerciales del Estado es la de contribuir con sus utilidades a financiar las necesidades presupuestales de la entidad pública a la cual se encuentran adscritas, no solo sobrevivir.

El propósito buscado con esta breve presentación es la de insistir en la importancia de los principios constitucionales y legales como elementos esenciales para decidir una línea de acción frente a un problema determinado