



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-41-000-2018-00136-01

ACTORA: FERNANDO LUIS LÓPEZ PIÑEREZ

DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

ASUNTO: ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO – SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el actor contra la sentencia de abril dos (2) del presente año, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró improcedente la acción.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

En nombre propio y en ejercicio de la acción desarrollada por la Ley 393 de 1997, el señor Fernando Luis López Piñerez presentó demanda contra el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional en la que incluyó las siguientes pretensiones:

“1. Que se ordene al Ministerio de Defensa Nacional, y al Ejército Nacional, que den cumplimiento al artículo 53 del Decreto 1792 de 2000, en concordancia con la sentencia C-096 de 2007, los artículos 42 y 44 de la Ley 1437 de 2011 en el sentido de que los actos administrativos de traslado deben ser debidamente motivados, por lo cual se deben consagrar las razones de hecho y de derecho específicas que llevan al nominador, o a su delegado, a adoptar la decisión de traslado, y las situaciones personales y familiares del funcionario trasladado [...].



2. Que se ordene al Ministerio de Defensa Nacional y al Ejército Nacional, que den cumplimiento del artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, por ende, se notifique en debida forma los actos administrativos de traslados, cumpliendo los parámetros establecidos en el artículo en mención, como es:

Entregar al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y hora.

La mención de los recursos que legalmente proceden

Las autoridades ante quienes deben interponerse los recursos y los plazos para hacerlo [...]”.

2. Hechos

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda es el siguiente:

El actor señaló que mediante actos administrativos denominados como órdenes administrativas de personal, que tienen carácter particular e incluyen a varias personas, el Ejército Nacional realiza y ejecuta los traslados de los servidores públicos civiles de la institución.

Aseguró que con esta clase de decisiones, la entidad altera las condiciones laborales de un número significativo de servidores públicos y además omite el estudio de las condiciones familiares, sociales, económicas e incluso de salud de las personas que va a trasladar.

Agregó que no notifica personalmente al trabajador la determinación, no entrega copia del acto administrativo, no manifiesta los recursos procedentes, no señala ante quiénes pueden interponerse, ni menciona el plazo para hacer uso de los mismos.

Subrayó que tampoco expresa de manera formal, clara y específica las razones objetivas del traslado, pues la orden administrativa de personal únicamente se limita a señalar en



abstracto las necesidades del servicio, sin motivación suficiente, real y profunda.

Enfatizó que la facultad discrecional de la cual goza el Ejército no puede ser ejercida arbitrariamente, que debe respetar los derechos fundamentales de las personas y que en la sentencia C-096 de 2007, la Corte Constitucional indicó que el acto de traslado no puede ser considerado como de mero trámite porque crea, modifica o extingue una situación jurídica.

3. Razones del posible incumplimiento

El actor consideró que las normas invocadas en la demanda están siendo incumplidas porque las órdenes administrativas de personal expedidas por el Ejército no son notificadas personalmente, no son motivadas con las razones que sustentan los traslados del personal civil al servicio de la institución, ni señalan los recursos procedentes contra esas decisiones.

Destacó que la “[...] *Sentencia de Constitucionalidad, en su integridad y desde el punto de vista material, es una norma jurídica, que tiene la misma fuerza normativa de la Constitución Política, por ende, no queda a discrecionalidad de ninguna persona su cumplimiento [...]*”.

4. Trámite de la solicitud en primera instancia

Mediante auto de febrero seis (6) del presente año, el magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, admitió la demanda y ordenó las notificaciones al ministro de Defensa y al comandante del Ejército Nacional (ff. 96 y 97).

Posteriormente, a través de providencia de marzo ocho (8) del año en curso resolvió sobre las pruebas solicitadas por el actor (f. 128).

5. Contestación de la demanda

El coordinador del grupo de procesos ordinarios de la cartera de Defensa advirtió que la acción es improcedente al tenor de lo



dispuesto en el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, por la existencia de otros medios ordinarios de defensa judicial para el cumplimiento de las normas.

Explicó que la orden administrativa de personal “[...] si bien contiene múltiples decisiones para un determinado número de funcionarios, genera consecuencias particulares y concretas para cada uno de ellos, como resulta ser el traslado, en cuyo caso, el funcionario que crea que se está viendo lesionado con la decisión adoptada, podrá en principio acudir a la vía administrativa en recurso de reposición y subsidio el de apelación o finalmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que permite someter al control jurisdiccional la decisión, como en efecto en su momento lo hicieron varios funcionarios que no compartieron la decisión adoptada por la administración [...]”.

Reiteró que si el actor encuentra que el respectivo acto administrativo contiene algún vicio que lo invalide, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sigue siendo la figura a utilizar, dado que podría dejar sin efectos la decisión cuestionada.

6. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, señaló que la acción no es procedente para solicitar el cumplimiento de la sentencia C-096 de 2007 por cuanto no corresponde a una norma con fuerza material de ley ni a un acto administrativo.

Agregó que “[...] lo pretendido en el fondo por el demandante es controvertir la decisión y legalidad de los actos administrativos mediante los cuales el Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional [...] efectuó unos traslados de personal civil por no estar supuestamente debidamente motivados (sic) y notificados, motivo por el cual se tiene que el medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos no es el mecanismo judicial idóneo para el efecto, puesto que para ello [...] dispone de otro mecanismo judicial para reclamar las pretensiones de la demanda, lo mismo que para



discutir la legalidad de las decisiones emitidas por la autoridad demandada como lo es el medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho”.

En consecuencia, declaró improcedente la acción de cumplimiento.

7. La impugnación

El actor precisó que el artículo 53 del Decreto Ley 1792 de 2000 y los artículos 42, 44 y 67 de la Ley 1437 de 2011 son normas aplicables con fuerza material de ley.

Estimó necesario tener en cuenta que mediante sentencia C-096 de 2007, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 53 del citado Decreto Ley 1792 de 2000, por lo cual, a su juicio, esta decisión no es un simple criterio que discrecionalmente pueda aplicar la autoridad administrativa sino un mandato imperativo que deberá aplicarse por mandato de la Constitución en la interpretación y aplicación de esa norma.

Destacó que “[...] *no me he visto afectado por los actos administrativos de traslado proferidos por el Ejército Nacional, no me creo ni me encuentro lesionado en ningún derecho subjetivo, porque los traslados no recaen sobre mí, razón por la cual no tengo legitimación por activa para promover las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho frente a dichos traslados”.*

Aclaró que los casos concretos a los cuales hizo referencia el Tribunal Administrativo no son el objeto central de la demanda, ya que son elementos probatorios que conducen a demostrar el incumplimiento de las normas legales por parte de las autoridades demandadas.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta es competente para decidir la impugnación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, según lo dispuesto



en los artículos 150 y 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y en el acuerdo No. 015 de febrero veintidós (22) de 2011 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado¹.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver si confirma, revoca o modifica la decisión adoptada por la citada corporación en la sentencia de abril dos (2) del año en curso, a través de la cual declaró improcedente la acción.

3. Generalidades de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento busca la materialización de aquellos mandatos contenidos en las normas de rango legal y en los actos administrativos.

Con base en la regulación establecida en el artículo 87 de la Constitución y el desarrollo previsto en la Ley 393 de 1997, dicha posibilidad opera a partir de la orden que imparte el juez de lo contencioso administrativo a la autoridad renuente.

Este mecanismo procesal tiene carácter subsidiario, puesto que no procede cuando el demandante tenga a su alcance otro instrumento judicial para lograr la efectividad de la norma legal o del acto que estima incumplidos.

Tampoco procede cuando el ejercicio del medio de control pretenda el cumplimiento de normas legales y de actos administrativos que establezcan gastos.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta corporación, la prosperidad de esta acción está sujeta a la observancia de los siguientes presupuestos: **(i)** que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos; **(ii)** que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en forma precisa,

¹ Dicho acuerdo estableció la competencia de la Sección Quinta para el conocimiento de las apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que sean dictadas por los tribunales administrativos, en primera instancia, en las acciones de cumplimiento.



clara y actual; (iii) que la norma esté vigente; (iv) que el deber jurídico esté en cabeza del accionado; (v) que se acredite que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas fue constituido en renuencia frente al cumplimiento de la norma o acto administrativo cuyo acatamiento pretende la demanda y (vi) que tratándose de actos administrativos no haya otro instrumento judicial para lograr su efectivo cumplimiento, ni persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

4. La constitución de la renuencia

En el artículo 8º, la Ley 393 de 1997 señaló que *“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud [...]”*. (Negritas fuera del texto).

Frente a los alcances de esta norma, la Sala mantiene un criterio reiterado según el cual *“[...] el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”*².

Esta corporación también ha considerado que no puede tenerse por demostrado el requisito de procedibilidad de la acción en aquellos casos en que la solicitud *“[...] tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia”*.³

Es importante que la solicitud permita determinar que lo pretendido por el interesado es el cumplimiento de un deber legal o administrativo, cuyo objetivo es el agotamiento del requisito de procedibilidad consistente en la constitución de la renuencia de la entidad demandada.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de octubre veinte (20) de 2011, expediente No. 2011-01063, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

³ Sobre el particular pueden verse las providencias de noviembre veintiuno (21) de 2002 dentro del expediente ACU-1614 y de marzo diecisiete (17) de 2011, expediente 2011-00019.



Como fue establecido en el numeral 5º del artículo 10º de la Ley 393 de 1997, la constitución de la renuencia de la entidad accionada debe acreditarse con la demanda, so pena de ser rechazada de plano la solicitud.

Junto con la demanda, el actor aportó las fotocopias de dos (2) peticiones radicadas ante el Ministerio de Defensa y el Comando del Ejército, el dieciséis (16) de enero del presente año, en las cuales solicitó el cumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 53 del Decreto Ley 1792 de 2000 en concordancia con la sentencia C-096 de 2007 y 42, 44 y 67 de la Ley 1437 de 2011 (ff. 80 a 93).

En el expediente no aparece acreditado que dichos funcionarios hayan dado respuesta en el término previsto en el artículo octavo de la Ley 393 de 1997⁴, por lo cual quedó debidamente agotado el requisito de procedibilidad de la acción respecto de ambos demandados.

5. El caso concreto

El demandante pretende el cumplimiento de los artículos 53 del Decreto Ley 1792 de 2000⁵ y 42, 44 y 67 de la Ley 1437 de 2011⁶ para que el Ministerio de Defensa y el Comando del Ejército apliquen sus previsiones al expedir los actos de traslado del personal civil al servicio del Ejército.

En primera instancia, la acción fue declarada improcedente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, porque la sentencia C-096 de 2007 no tiene el carácter de norma con fuerza material de ley ni de acto administrativo y el actor cuenta con otro medio de defensa judicial

⁴ En el curso de la segunda instancia, el actor allegó la fotocopia de un oficio que le fue enviado por el jefe de la sección jurídica de la dirección de personal del Ejército, según el cual los actos de traslado son de carácter general y son difundidos y publicados a los interesados por conducto de los medios legales, pero la respuesta corresponde a unas solicitudes que según el funcionario fueron radicadas en enero del 2016 (ff. 122 a 125).

⁵ Mediante el citado Decreto Ley 1792 de 2000, el Presidente de la República modificó el estatuto que regula el régimen de administración del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

⁶ A través de la Ley 1437 de 2011 fue expedido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al impugnar la decisión, el actor señaló que la citada sentencia es un mandato imperativo y añadió que no tiene legitimidad para acudir al instrumento de defensa porque no fue afectado por los actos que ordenaron traslados de personal civil por el Comando del Ejército.

El artículo 53 del Decreto Ley 1792 de 2000 dispuso lo siguiente:

“Artículo 53. Traslado. Es el acto del nominador o de quien éste haya delegado, por el cual se transfiere a un servidor público, a un empleo vacante en forma definitiva con funciones y requisitos iguales o similares y condiciones salariales iguales a otras dependencias, estando el empleado obligado a cumplirlo.

Así mismo, hay traslado cuando la administración autoriza el intercambio de empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias y para los cuales se exijan requisitos mínimos iguales o similares para su desempeño.

En uno u otro caso, este acto deberá cumplirse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, previa entrega del cargo”.

Los artículos 42, 44 y 67 de la Ley 1437 de 2011 establecen lo siguiente:

“Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada [...]”.

“Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.



“Artículo 67. Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación [...]”.

En diferentes oportunidades⁷, esta corporación ha sostenido que mediante esta acción no es posible ordenar la ejecución de toda clase de disposiciones sino de aquellas que contienen prescripciones que puedan caracterizarse como deberes, es decir las que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de la autoridad y que los hace imperativos e inobjetables en los términos de la Ley 393 de 1997.

Revisado el texto del artículo 53 del Decreto Ley 1792 de 2000, estima la Sala que no contiene un mandato imperativo e inobjetable que pueda ordenarse cumplir, en la situación expuesta por el actor, pues simplemente está circunscrito a definir en qué consiste el traslado del personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y a señalar el término en que debe producirse la correspondiente novedad.

Lo mismo puede concluirse respecto de los artículos 42 y 44 de la Ley 1437 de 2011, ya que tampoco contienen mandatos que puedan considerarse imperativos para las dos (2) entidades demandadas.

La primera de tales normas dispuso que la autoridad administrativa deberá adoptar la decisión motivada en el curso de la actuación,

⁷ Al respecto puede consultarse, entre muchas otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de febrero 1º de 2018, expediente 50001-23-33-000-2017-00529-01, C.P. Rocio Araújo Oñate.



mientras la segunda describió la forma en que tienen que tomarse las decisiones discrecionales, tanto de carácter general como particular.

Entonces, no es posible ordenar su cumplimiento en la medida en que realmente solo incluyen algunas definiciones y reglas sobre el traslado de personal y el contenido y la decisión por parte de la administración en las actuaciones de esta naturaleza que tiene a su cargo.

En cuanto al artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, observa la Sala que el actor aseguró que el traslado de personal motivado por el Ejército únicamente en necesidades del servicio y sin notificación personal, dado que el acto solo ordena la comunicación, implica la alteración de las condiciones laborales de los trabajadores y la omisión de la evaluación de las condiciones personales, familiares y económicas de quienes son destinatarios de este tipo de novedades.

Advierte la Sala que la alegada ocurrencia de dichos factores es asunto que no puede resolverse mediante la acción de cumplimiento, ya que involucra directamente la situación particular de las personas que son objeto de traslado y sus derechos fundamentales, por lo cual deben ser discutidos a través de otros medios judiciales.

Al precisar los alcances de la atribución que tiene el Ministerio de Defensa para decidir el traslado del personal en virtud del artículo 53 del Decreto 1792 de 2000, la Corte Constitucional en la sentencia C-096 de 2007⁸, invocada por el actor, precisó que “[...] *la facultad legal de que dispone la administración para disponer el traslado de un funcionario no es absoluta, por cuanto debe respetar los derechos fundamentales [...]*”.

Agregó la corporación que en estas circunstancias también es admisible que “[...] *en determinados casos sea procedente la acción de tutela cuando quiera que con el mencionado acto*

⁸ Mediante la sentencia C-096 de 2007, la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 53 del Decreto Ley 1792 de 2000 y declaró su exequibilidad en el entendido que el acto de traslado solo será obligatorio cuando quede en firme.



administrativo⁹ aquéllos resulten vulnerados y se esté ante un perjuicio irremediable, quedando asimismo la posibilidad de acudir, en las demás situaciones, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para los efectos pertinentes”.

La Corte advirtió que el carácter obligatorio del traslado no impide al trabajador exponer las razones por las cuales el movimiento de personal podría llegar a afectar los derechos fundamentales, dado que realmente no puede confundirse “[...] una característica esencial de todo acto de traslado que se lleve a cabo en el sector público cual es su obligatoriedad, fundada ésta en el mantenimiento de la disciplina y el orden al interior de la administración pública, y por supuesto, en atención a las necesidades del servicio, con las motivaciones específicas que llevaron al nominador a adoptar la decisión y las situaciones personales y familiares que pueden concurrir en el funcionario trasladado, las cuales son alegables ante la administración y los jueces por las diversas vías procesales reseñadas [...]”.

Es claro que ante posibles hechos que puedan conducir a la vulneración de los derechos de los empleados civiles por el traslado ordenado mediante las órdenes administrativas de personal, quien sea afectado tiene a su alcance otros instrumentos de defensa judicial.

El posible incumplimiento de la disposición legal podría demostrarse con la expedición del acto administrativo que disponga el traslado en el caso particular y es en aquel momento en el cual se activaría el mecanismo judicial.

Adicionalmente, la Sala comparte la segunda conclusión a la cual llegó la Corte en la citada sentencia C-096 de 2007, según la cual frente al traslado del personal civil, por parte del Ministerio de Defensa y de sus diferentes órganos, proceden los recursos previstos en la ley¹⁰, a través de los cuales pueden exponerse las

⁹ La referencia hecha por la Corte corresponde al acto administrativo que ordena el traslado del personal civil al servicio de las Fuerzas Militares en aplicación del artículo 53 del Decreto Ley 1792 de 2000.

¹⁰ La Corte explicó que el artículo 1º del Decreto Ley 1792 de 2000 señaló que en lo no previsto en dicha norma se aplicarán en lo pertinente las disposiciones legales y reglamentarias, lo que en su criterio significa la remisión al Código Contencioso Administrativo, hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



distintas situaciones de carácter personal y familiar que involucren el traslado.

Incluso, en el expediente obra prueba documental que demuestra que varios empleados civiles de las Fuerzas Militares interpusieron los recursos de reposición y apelación contra los actos que decidieron su traslado, luego de la comunicación hecha por el Comando del Ejército sobre el particular (ff. 35 a 58).

Frente a la decisión que adopte la respectiva autoridad al resolver dichos medios de impugnación, el interesado dispondrá del medio de defensa judicial para discutir la legalidad del traslado, como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Al margen de lo anterior, la Sala no desconoce la relevancia que tiene el criterio plasmado por la Corte en la sentencia C-096 de 2007 sobre los alcances del artículo 53 del Decreto Ley 1792 de 2000, pero reitera, como lo hizo el Tribunal Administrativo, que la acción no es procedente para el cumplimiento de decisiones judiciales porque para eso existen los mecanismos establecidos en las normas procesales y además es evidente que no tiene la condición de norma con fuerza material de ley ni de acto administrativo para los cuales fue instituida esta figura de orden constitucional.

Así, la decisión del *a quo* será modificada para negar las pretensiones respecto de los artículos 53 del Decreto 1792 de 2000 y 42 y 44 de la Ley 1437 de 2011 y se confirmará en cuanto al artículo 67 de esta norma y la sentencia C-096 de 2007.

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

PRIMERO: Modificar la sentencia impugnada y en lugar negar las pretensiones de la demanda respecto de los artículos 53 del



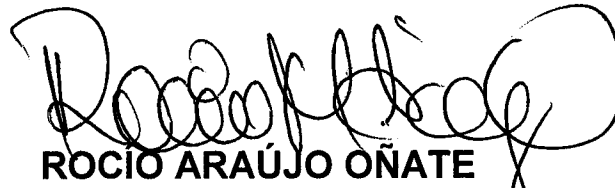
Decreto 1792 de 2000 y 42 y 44 de la Ley 1437 de 2011, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia impugnada en cuanto declaró improcedente la acción frente al artículo 67 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia C-096 de 2007, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

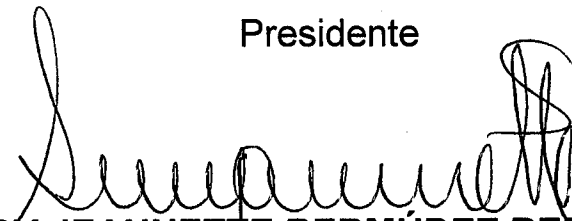
TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo veintidós (22) de la Ley 393 de 1997.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

