

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**

1.- PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es ajustado a los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales el fallo de primera instancia que negó la inaplicación del Acuerdo No. 117 de octubre de 2005, y la Resolución Gerencial No. 00922 de Octubre 18 de 2005 de la Junta Directiva de la E.S.E. METROSALUD por medio de la cual se desvinculo al demandante?

TESIS: Los actos no son nulos o inaplicables, porque la E.S.E. METROSALUD no se encontraba en la obligación de realizar estudio técnico, pues la supresión en la planta de empleos se debió a la voluntad del legislador, y además se cumplieron los requisitos del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, en conclusión el acto actuó dentro de los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales.

SUPRESIÓN DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – Reestructuración administrativa. / RESTRUCTURACIONES ADMINISTRATIVAS – Requisitos. / RESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA – Voluntad del legislador. Las supresiones de los cargos no siempre se dan por reestructuraciones administrativas, porque es posible que la entidad pública se encuentre ante la obligación o la necesidad de modificar su planta de empleos sin que medie su voluntad, como ocurre en el presente caso, donde la supresión de la Unidad de Saneamiento Ambiental no fue producto de la voluntad de la Administración sino del Legislador, por diferentes modificaciones legislativas introducidas al Sistema de Salud y que hicieron que la E.S.E. METROSALUD perdiera competencia para prestar los servicios de saneamiento ambiental.

SUPRESIÓN DE CARGOS – Estudio técnico. ESTUDIO TÉCNICO – Improcedencia. SUPRESIÓN DE CARGOS DE CARRERA – Estudio técnico. / ESTUDIO TÉCNICO EN LA LEY 909 DE 2004 - No obligatorio para la supresión. En resumen, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, las entidades públicas que requieran realizar modificaciones a sus plantas de empleos, impliquen o no supresión de cargos de carrera, bien pueden optar por realizar un estudio técnico o pueden hacer la modificación exponiendo todas las razones justificadas que le asisten, aclarando que las justificaciones que se presenten, igual, deben responder a razones de mejoramiento del servicio o modernización de la Administración, y mucho más a razones de tipo legal como las expuestas por la E.S.E. METROSALUD en el Acuerdo N° 117 del 18 de Octubre del 2005. por lo tanto la Entidad demandada no se encontraba en la obligación de realizar estudio técnico alguno, porque como ya se explicó, la supresión de la Unidad de Saneamiento Ambiental se debió a la voluntad del Legislador, además que cumplió con los requisitos del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, al presentar todos los argumentos y justificaciones que la llevaron a tomar tal decisión.

Sentencia del 3 de marzo de 2009. Exp. 05001233100020060224400. M.P. MARIA PATRICIA ARIZA VELASCO

2.- PROBLEMA JURÍDICO: ¿Sí el fallo de primera instancia, proferido por el Juez Diecisiete Administrativo del Circuito de Medellín, se avino a los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales al negar las pretensiones del libelo introductorio.

TESIS: la decisión tomada por el JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN resulta acertada en todas sus partes, porque que a los actos administrativos demandados, les asiste la presunción de legalidad tal como lo señaló a manera de conclusión, puesto que no fue desvirtuada, razón por la cual no le asistía vocación de prosperidad a las pretensiones de la demanda, confluyendo necesariamente a la denegación de las pretensiones, tal como se aduce anteriormente, motivo suficiente para que sea confirmada en todas sus partes.

ALCALDE – Está facultado para crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias / CONCEJO MUNICIPAL – Le corresponde determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias / ALCALDE – No requiere autorización para crear, suprimir o fusionar empleos / ADMINISTRACION MUNICIPAL – La determinación de su estructura puede ser delegada en el alcalde previa autorización del Concejo Municipal.

De acuerdo con las anteriores normas y a las del Código de Régimen Municipal que los artículos 288 y 289, inciso segundo, al Concejo Municipal compete determinar las escalas de remuneración de las distintas categorías de los empleados de la Administración Municipal, y determinas las plantas de personal de la Contraloría, Personería, Auditoría, Revisión, donde existan y la del propio Concejo, y fijar sus emolumentos. Por su parte, al Alcalde corresponde la determinación de las plantas de personal de su despacho y de sus dependencias, lo que se manifiesta en la competencia para crear, suprimir o fusionar los empleos de la Administración Central Municipal, dentro del marco estructural y funcional adoptado previamente por el Concejo; asimismo, le corresponde fijar sueldos del personal de la Administración Central (Alcaldía, Secretarías, Departamentos Administrativos, Oficinas, etc). Precisando mas, debe decirse que el Concejo al determinar la estructura de la Administración Central Municipal puede, por ejemplo, señalar cuantas y cuales Secretarías debe tener la Administración y al elaborar el presupuesto de rentas y gastos de personal se refiere, las partidas globales que a cada una de esas secretarías corresponde. Pero la determinación de la planta de personal de cada una de ellas y la fijación de los emolumentos o salarios de los funcionarios, corresponde al Alcalde, quine, al hacerlo, no podrá exceder, por concepto de sueldos, el monto total de ese renglón fijado por el Concejo en el respectivo presupuesto. Es esta distribución de competencias, que deslindando con precisión

las atribuciones del Concejo y las facultades del Alcalde en materia de personal, señala un marco definido de actuación por los respectivos órganos, cuyo desconocimiento origina violación de los preceptos superiores que lo delimitan, por desajuste con la regla de fondo a la cual debe sujetarse la respectiva actuación administrativa. En efecto, de los artículos 6 y 121 de la nueva Constitución emerge el principio, según el cual, a diferencia de los particulares que puede hacer todo aquello que no les esta prohibido, los funcionarios públicos y las entidades de esta naturaleza solo pueden ejecutar aquello que expresamente les esta mandado. (Subrayas fuera del texto). De este modo, la supresión de cualquier empleo de la Administración Central Municipal, excluidos los del Concejo, de la Contraloría, Personería, Auditoría, Revisión, compete exclusivamente al Alcalde; y el Concejo, si suprime uno o mas cargos de la Alcaldía y sus dependencias, incurre en usurpación de competencia o extralimitación de funciones. Lo mismo sucede si el Concejo señala, mediante acuerdos, los salarios o emolumentos correspondientes a cada uno de los empleos de la Alcaldía y sus dependencias, porque como se ha expresado, ello es atribución propia del Alcalde, que le ha sido dada por la Constitución (Subraya fuera del texto).

RESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA – Supresión de cargos de carrera. / SUPRESIÓN DE CARGOS – Consecuencia de la reestructuración, fusión o supresión de entidades territoriales. / SUPRESIÓN DE CARGOS – Causal de retiro. / INDEMNIZACIÓN POR SUPRESIÓN DE CARGOS DE CARRERA – Procedencia. Se ha reiterado de manera suficiente la posición del Consejo de Estado y de este Tribunal, en el sentido de que el hecho de ocupar un cargo de carrera y ser este suprimido, si bien es cierto que le produce un perjuicio a quien lo ocupaba, también lo es el que al ser indemnizado éste es reparado, según consideración del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. “El mismo criterio contenido en la sentencia T-374/00 de la Corte Constitucional lo ha sostenido la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia. Sin lugar a dudas, el empleado que ha accedido al servicio mediante concurso y, como consecuencia, ha sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, adquiere un derecho, pero esta situación, que protege un interés particular, debe ceder ante el interés general, que prima cuando el Estado, en desarrollo de facultades constitucionales y legales, moderniza la administración y suprime empleos desempeñados por servidores escalafonados. Y, ante el perjuicio que esta determinación legítima causa debe proceder a resarcir los perjuicios, para lo cual cuenta con un mecanismo previsto por el legislador, como es la indemnización.

Sentencia del 3 de marzo de 2009. Exp. 05001233100020050627201. M.P. MARIA PATRICIA ARIZA VELASCO

3.- PROBLEMA JURÍDICO: ¿Se ajusta a los preceptos constitucionales y legales, la sentencia de primera instancia que negó la nulidad de la Resolución No. 10914 del 27 de diciembre de 2000, mediante la cual el Gobernador (e) del Departamento de Antioquia, negó el reconocimiento y pago de los incentivos regulados por el Decreto 707 de 1996, a la parte demandante?

TESIS: Las suplicas de la demanda son improcedentes y en consecuencia no se revoca la sentencia de primera instancia.

DOCENTES NACIONALIZADOS – Régimen aplicable. / DOCENTES NACIONALIZADOS – Normas de creación. / DOCENTES NACIONALIZADOS – Régimen salarial y prestacional.- Al personal docente nacionalizado, resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, en tanto previene que a los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o que esté de acuerdo con ésta, con lo cual está significando que en materia salarial y prestacional, a los docentes se les reconoce y paga únicamente lo que disponga la Ley, entendida ésta en sentido formal, esto es, como emanación del Congreso de la República, bien sea que lo establezca directamente la Ley o que por medio de Ley se autorice expresa o tácitamente a otras autoridades para que dispongan lo pertinente, como quiera que de lo que se trata es de la asignación de recursos que hacen parte del denominado Sistema General de Participaciones el cual está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 constitucionales a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asignó por medio de la Ley 715 de 2001, uno de los cuales fue el servicio público de la educación en los niveles preescolar, básico y medio, en las áreas urbana tanto como rural.

DOCENTES EN ZONAS DE DIFÍCIL ACCESO – Bonificación remunerativa. / BONIFICACIÓN A DOCENTES EN ZONAS DE DIFÍCIL ACCESO – Régimen aplicable. / BONIFICACIÓN REMUNERATIVA A DOCENTES EN ZONA DE DIFÍCIL ACCESO – Requisitos para su reconocimiento. Del tenor literal de la norma transcrita se puede destacar las siguientes condiciones que impone la norma para el reconocimiento del incentivo: 1. Los estímulos que se previeron en la norma tan sólo cobijaba a docentes y directivos docentes, con lo cual de paso se descarta que al mismo pudieran haber aspirado funcionarios de otros órdenes así se encontraran laborando en el mismo establecimiento educativo. 2. Los beneficiarios del estímulo debían estar laborando en establecimientos estatales de educación preescolar, básica o media. 3. Los criterios que operaban para otorgar el incentivo tenían que ver con que el respectivo establecimiento educativo espacialmente estuviera ubicado en: 3.1 Zonas de difícil acceso.... 3.2 Establecimientos educativos ubicados en zonas en situación crítica de inseguridad 3.3 Establecimientos educativos localizados en territorios en donde se encuentre ubicado un frente de explotación minera y que por tal circunstancia pueda afectar la salud de quienes allí desempeñan una actividad permanente.

Sentencia del 3 de marzo de 2009. Exp. 05001333101420060008201. M.P. MARIA PATRICIA ARIZA VELASCO

SALA TERCERA DE DECISIÓN

1.- ¿PROBLEMA JURÍDICO: Se ajusta a los preceptos constitucionales y legales, el fallo de primera instancia que negó el reintegro de la accionante y el reconocimiento de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde su retiro de la planta de funcionarios del SENA, el cual se produjo en razón de la reestructuración de la planta de personal de la entidad, y la supresión del cargo ocupado por la actora?

TESIS: La decisión de primera instancia se ajusta a los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales, lo cual conlleva a la confirmación de la decisión.

REFORMA A LA PLANTA DE PERSONAL – Establecimiento del orden nacional. / SUPRESIÓN DE CARGOS DE CARRERA – Competencia. / SUPRESIÓN DE CARGOS DE CARRERA – Competencia corresponde al ejecutivo nacional. Ahora, bien se entiende que si el Congreso le da vida a un establecimiento público, lo más elemental es que igualmente señale cuáles son los objetivos que se han de perseguir con el mismo, esto es, diga para qué se crea, y que, como se trata de un ente que apenas nace al mundo jurídico, señale cuál a de ser la estructura con base en la cual a de atender las finalidades propuestas. Cosa bien distinta es la competencia que se requiere para modificar la estructura orgánica de ese mismo establecimiento posteriormente a su nacimiento, esto es, qué ha de hacerse cuando la estructura que se le definió originalmente demuestre que no es la más conveniente para la consecución de los propósitos inicialmente considerados, en tal supuesto, no es necesaria la intervención del legislativo que ya habría agotado su competencia. En tal evento, cuando de lo que se trata es de modificar la estructura orgánica de un establecimiento público ya creado, la competencia fue atribuida al ejecutivo nacional, a términos de lo normado por el numeral 16 del artículo 189 Superior.

Tal como lo señala el literal d) del artículo 76 de la Ley 489 de 1998 es función de los Consejos Directivos de los establecimientos públicos, la de proponerle al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura orgánica de la respectiva entidad que consideren pertinentes.

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que, en el caso objeto de estudio el Presidente de la República actuó de conformidad con las facultades constitucionales y legales que le fueron conferidas, así mismo el proceso de reestructuración del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, contó con el trámite pertinente para ese tipo de procesos y por lo tanto la expedición de los Decretos Números 249 de dos mil cuatro (2004) “Por el cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA”; y 250 de 2004 “Por el cual se adopta la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA”, fueron proferidos conforme al ordenamiento jurídico, en tanto fueron expedidos en virtud de la modificación dispuesta de la estructura del SENA.

Cabe mencionar, con respecto a la supresión de cargos, que al proceso se allegó prueba idónea acreditando que el SENA contaba con el respectivo CONCEPTO FAVORABLE DE VIABILIDAD PRESUPUESTAL PARA EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, expedido por la Directora General de Presupuesto Público Nacional, tal como se prueba con el documento visible a folio 295 del encuadernamiento, es decir, que se contaba previamente con los recursos para atender tanto a la cancelación de las indemnizaciones como para la liquidación de las prestaciones sociales, resultante de la reestructuración de la planta de cargos.

SUPRESIÓN DE CARGO – Estudio técnico. / ESTUDIO TÉCNICO – Cumplimiento de requisitos. / ESTUDIO TÉCNICO – Ajustado a los parámetros legales. El Estudio Técnico para la supresión de cargos en efecto si se realizó como lo muestra los documentos incorporados al expediente, en el cuaderno a folios 296 y siguientes, además, tuvo por fundamento razones de modernización de la Administración, aduciéndose que las modificaciones que se soportaban en el mismo, tenían por fundamento claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, señalando que, entre otras de las causas que le daban origen, se encontraban el traslado de funciones o competencias de un organismo a otro, la supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones y la redistribución de funciones y cargas de trabajo así como la reorganización de la entidad, atendiendo a las políticas de austeridad del gasto público.

Téngase en cuenta, finalmente, que en relación propiamente con el estudio técnico no se formula ningún otro reparo, adicional a la apreciación subjetiva, huérfana de respaldo, del desconocimiento de la existencia del Estudio Técnico cuestionando el respaldo y ajuste de acuerdo a los parámetros establecidos en la Ley, dirección en la cual la parte demandante no aportó ningún elemento de juicio, como quiera, además, que en momento alguno en ninguna de sus intervenciones procesales hizo referencia de modo específico a cada uno de los elementos de convicción que conforman el haz probatorio recopilado, limitándose a afirmar genéricamente sin intentar probar concretamente nada.

SUPRESIÓN DE CARGOS DE CARRERA – Mayores requisitos para su desvinculación. / SUPRESIÓN DE CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN Y PROVISIONALIDAD – Inexistencia de sujeción a los procedimientos de ley. Con lo que se lleva dicho, sobra precisar que si bien es cierto, la modificación de la planta de cargos afectó a funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción, y nombrados en provisionalidad, las mayores cautelas debieron tomarse respecto de los del primer orden antes mencionado, viendo por no afectar derechos constitucionales y legalmente protegidos, no obstante reconocer que en cada caso, tanto la Constitución como la Ley son fuente de importantes garantías para todos los servidores públicos, pero con mayor fuerza, se insiste en ello, en cuanto toca con los servidores públicos escalafonados en el sistema de carrera administrativa, dado que

constituyen un grupo de funcionarios que para acceder al cargo del que son titulares, debieron probar antes de ser nombrados que eran los más aptos y los que reunían las mejores condiciones para su desempeño, lo cual no ocurre con los de libre nombramiento y remoción ni con los designados en provisionalidad, como quiera que estos no se someten a ningún proceso de concurso público, de oposición y méritos, como forma de ingreso al servicio civil del Estado.

FALSA MOTIVACIÓN – Causal de nulidad de los actos administrativos. / FALSA MOTIVACIÓN - Carga probatoria. / FALSA MOTIVACIÓN – Inexistencia. / FALSA MOTIVACIÓN – Existencia de requisitos de voluntariedad claros de la administración.

En relación con el vicio denominado falsa motivación ha dicho la doctrina que por consistir de un fenómeno que se configura al nivel del elemento causal del acto administrativo, importa se tengan en cuenta los antecedentes necesarios que realmente fueron tenidos en cuenta por la Administración, así "...como su relación con la voluntaria valoración que ésta haya podido otorgarle, sin importarnos para nada las finalidades que el funcionario individualmente haya infundido al respectivo acto. Interesa, para efectos del estudio de la falsa motivación, el real antecedente del acto y su receptividad en la voluntad administrativa, mas no el aspecto finalístico o teleológico o de efectos que se espere producir con el acto administrativo; ésta última situación, en estricto sentido subjetivo, es particularmente objeto de estudio de la llamada desviación de poder.

Sentencia del 16 de marzo de 2009. Exp. 05001233100020040584801. M.P. OMAR ENRIQUE CADAVID MORALES

2.- PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es la Acción de Cumplimiento la vía judicial idónea, para ordenar el reconocimiento y pago por parte del Municipio de Medellín, del sobresueldo al personal intramuros del INPEC, ordenado en normas de carácter general?

TESIS: La Acción de Cumplimiento no es la vía judicial idónea para ordenar el reconocimiento y pago del sobre sueldo a los empleados del INPEC, por tratarse de una orden que establece gastos.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO – Reconocimiento de derechos. / ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO – Improcedencia para el reconocimiento de derechos particulares. En ese sentido es claro que, a través de la acción de cumplimiento no es procedente el reconocimiento de derechos particulares, pues el juez de esta acción sólo está facultado para ordenar el obedecimiento de una norma o acto administrativo, sin que ello implique que pueda ordenarle a la administración que tome concretas determinaciones en relación con los particulares, porque eso es asunto de sus propias competencias.

ACCION DE CUMPLIMIENTO – Improcedencia. / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO – Frente a normas que establezcan gastos. Al respecto es preciso citar el artículo 9° de la Ley 393 de 1997 donde se regula que, la acción de cumplimiento "no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos". Esa norma, como lo advirtió la Sección Primera del Consejo de Estado, en Sentencia de 24 de junio de 1999. Expediente ACU-770 fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia en la que precisó que la misma impide el ejercicio de la acción de cumplimiento para pretender que el juez ordene la ejecución de una partida incluida en el presupuesto. Ahora bien, como las normas invocadas regulan el pago del sobresueldo a los funcionarios del INPEC su cumplimiento necesariamente implicaría gastos, pues aún si se ordenara el mero reconocimiento de tal derecho -en el evento de que ello fuera procedente a través de la acción interpuesta- ello implicaría imponer a la entidad correspondiente la obligación de cancelar dicha prestación. Por razón de que, la acción en cuanto pretende el cumplimiento de esas disposiciones, resulta improcedente. Finalmente, conviene anotar que al expediente no se aportó copia del presupuesto general para el año 2008, según el cual, se haya previsto dinero para el pago de los sobresueldos a los funcionarios del INPEC. Todo lo cual constituye una razón adicional que impide un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión de cumplimiento, en consideración a que su falta de prueba impide el análisis de su contenido normativo. La acción de cumplimiento como se manifestó anteriormente, de que trata el artículo 87 de la Constitución fue establecida para hacer efectivo el cumplimiento de leyes o actos administrativos, frente a la renuencia de las autoridades, esto es, su rebeldía al cumplimiento de su deber. En el presente caso, el proceso que debe adelantarse para obtener el sobresueldo, no constituye renuencia que pueda superarse mediante órdenes judiciales.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO – Existencia de otro medio de defensa. / LEGALIDAD DE CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – Competencia del juez administrativo ordinario de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.- La Sala reitera que la acción de cumplimiento, no reemplaza los medios alternativos de defensa judicial. Por consiguiente, acudir o no a la acción contenciosa administrativa no constituía una opción para el demandante, pues le era imprescindible utilizarla, para agotar el medio de defensa principal reconocido por la ley. El ejercicio de ésta acción, no sirve para reponer términos, ni para revivir pleitos abandonados, ni causas perdidas. Para el demandante un accionar como el descrito no cumple con los presupuestos consagrados en el Código Contencioso Administrativo. Por tanto, sus razones apuntan hacia una crítica encaminada a controvertir la legalidad del contrato interadministrativo No. 46000010193, aspecto que no puede ser aquí ventilado, pues, por definición legal, este no es un medio de control destinado a ese tipo de análisis, sino muy por el contrario, está dirigido a que tanto la autoridad como los particulares, en determinadas circunstancias, den cumplimiento a la ley o a un acto administrativo. Se desprende de lo anterior, entonces, que le asiste al accionante otra vía de defensa judicial diferente a la utilizada para que sea juzgada la legalidad de dicho contrato interadministrativo que negó el reconocimiento del sobresueldo a los funcionarios del INPEC, motivo que conlleva, por ende, la improcedencia de la acción de cumplimiento (art. 9 Ley 393 de 1997).

Sentencia del 9 de marzo de 2009. Exp. 05001333102520080044001. M.P. OMAR ENRIQUE CADAVID MORALES

3. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Caducidad de la acción. / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Computo del término de caducidad. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad por causa de trabajo público o por cualquier otra causa. El H. Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencias: 11 de mayo de 2000, Exp: 12200; 10 de noviembre de 2000, Exp: 18805 y 10 de abril de 1997, Exp: 10954 ha señalado que el término de caducidad de la acción de reparación se cuenta a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa fuente o causa del perjuicio, razón por la que es a partir de la mencionada fecha que debe surtirse el cómputo del respectivo término legal. Es posible que, en algunas ocasiones, la concreción o conocimiento del daño sólo se produzca con posterioridad al tiempo de acaecimiento de los hechos dañosos de la acción, circunstancias en las que se empezará a contar el término de caducidad a partir del momento en que alguna de aquellas tenga ocurrencia, pues, de lo contrario, se estaría cercenando la posibilidad de acceso a la administración de justicia (art. 228 C.P.) y de otra parte, se colocaría a la persona que padece el detrimento en una situación de incertidumbre en relación con la posibilidad de solicitar la reparación del menoscabo padecido. De otra parte, debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la Ley. Ello ocurre cuando el término concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción. Dicho término está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo o no hacerlo. Es por lo anterior, que no puede ser materia de convención antes de que se cumpla, ni después de transcurrido el plazo de caducidad puede renunciarse al mismo.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Computo del término a partir del daño. / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Principios pro actioni y pro damato.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado en aplicación de los principios pro actioni y pro damato, manifiesta que el término de caducidad debe empezar a contarse a partir de la fecha en que el interesado tuvo conocimiento del hecho que produjo el daño, que puede coincidir con la ocurrencia del mismo en algunos eventos, pero en otros casos no. Así en auto del 30 de enero de 2003 se dijo: “Si bien es cierto que el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A. establece que el término de caducidad para instaurar la acción de reparación directa se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajeno por causa de trabajos públicos, dicha norma entendida DE MANERA RACIONAL DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE NO BASTA CON LA REALIZACIÓN PURA Y SIMPLE DEL HECHO CAUSANTE DEL DAÑO SINO QUE ES NECESARIO QUE HAYA SIDO CONOCIDO POR EL AFECTADO, LO CUAL EN LA MAYORÍA DE LAS VECES OCURRE AL MISMO TIEMPO. Sin embargo, cuando la producción de esos eventos no coincida temporalmente, el principio **pro actione** debe conducir al juez a computar el plazo de caducidad a partir del momento en el cual el demandante conoció la existencia del hecho dañoso por la sencilla razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción. Así mismo, en el derecho español existe una línea doctrinaria y jurisprudencial orientada por el principio **pro damato** que busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas.”

Sentencia del 16 de marzo de 2009. Exp. 05001233100020020113601. M.P. OMAR ENRIQUE CADAVID MORALES

SALA CUARTA DE DECISIÓN

1.- SERVIDORES PÚBLICOS DE ENTIDADES TERRITORIALES – Régimen prestacional fijado por el Gobierno Nacional. / EMPLEADOS PÚBLICOS – Sector salud. /EMPLEADOS DEL SECTOR SALUD – Régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional. En Artículo 12 de la citada Ley 4º de 1992 se dispuso que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales sería fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley, y en consecuencia, no podrían las corporaciones públicas territoriales arrogarse esa facultad. 2.2. Por su parte, el inciso segundo del artículo 30 de la ley 10 de 1990 preceptuó:

“A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional...”

PRESTACIONES SOCIALES – Prohibición de regulación por reglamento. /REGIMENES PRESTACIONALES O SALARIALES ESPECIALES – Improcedencia de aplicación a empleados con relación legal y reglamentaria. “La sala agrega que mediante actos locales, ordenanzas, acuerdos o decretos, jurídicamente no es posible regular las prestaciones sociales porque, de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política y 12 de la Ley 4º de 1992, ésta materia es exclusiva del Gobierno Nacional, con fundamento en la correspondiente Ley marco”.

En este punto conviene precisar que el decreto 1919 de 2002, fue proferido por el Gobierno Nacional, en el ejercicio de claras y expresas facultades conferidas por la

Constitución y la Ley y adquiere fuerza vinculante desde su vigencia, esto es, a partir del primero de Septiembre de 2002. En consecuencia, goza de la presunción de legalidad mientras no sea declarada su nulidad por el Consejo de Estado. Por lo visto, no es viable jurídicamente que actos administrativos, que establezcan regímenes prestacionales o salariales especiales o extralegales, produzcan válidamente efectos jurídicos en relación con unos servidores públicos, que tienen una relación legal y reglamentaria con la administración, de lo cual se infiere que es improcedente que a ellos se les siga reconociendo y pagando las prestaciones sociales allí creadas o reguladas por fuera de los límites establecidos en el decreto 1919 de 2002, tales como, la prima de Vida Cara, etc.

Sentencia del 20 de marzo de 2009. Exp. 05001233100020060047601. M.P. EDDA ESTRADA ÁLVAREZ

SALA SEPTIMA DE DECISIÓN

1.- PROBLEMA JURÍDICO: ¿Las resoluciones No. 112-0065 del 17 de enero de 2003 y 112-2145 del 17 de junio del mismo año, expedidas por CORNARE, deben ser anuladas la primera por los efectos que produce frente a la vulneración de derechos fundamentales y la segunda por existencia de falsa motivación?

TESIS: No se logra demostrar la ilegalidad de los actos administrativos demandados, y la actuación de la entidad demandada se encuentra ajustada a derecho, toda vez que no se logra demostrar la falsa motivación.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA – Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Procedencia para la nulidad de actos administrativos. / NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS – Procede por la vulneración de reglas o principios constitucionales. La conveniencia o pertinencia de la decisión adoptada por CORNARE respecto a la redistribución de las aguas de las fuentes hídricas del municipio de Guarne, no es, en principio, de la competencia ni de la especialidad del Tribunal, toda vez que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho está encaminada a determinar la **legalidad** de un acto administrativo para, luego, restablecer el derecho vulnerado al administrado, si a ello hubiere lugar. Debe tenerse en cuenta, además, que es el Municipio de Guarne, más no CORNARE, quien tiene la obligación de garantizar el suministro del servicio de acueducto a los habitantes del municipio. Por tanto, el problema de la distribución de las aguas en el ente territorial, debe mirarse de forma **independiente** de la efectiva o ineficaz prestación del servicio de acueducto por parte del ente territorial -quien es a quien le recae la obligación primaria de garantizar la prestación de los servicios públicos- o por parte de las entidades públicas o privadas que estén destinadas a ello. Todo, si se repara en que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho está encaminada, por una parte, a determinar la **legalidad** de un acto administrativo, mas no su conveniencia y, por otra, a la protección directa del derecho subjetivo del administrado. Naturalmente que ello no desconoce la facultad del Juez Administrativo de declarar la nulidad del acto administrativo por la vulneración de reglas o principios constitucionales, toda vez que todos ellos hacen parte del ordenamiento jurídico, jerárquicamente superior al acto administrativo, siempre que se compruebe o demuestre tal transgresión.

CADUCIDAD – Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. / CADUCIDAD – Finalidad. / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD – Acción de tutela. / INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD – Aplicación por la interposición de la Acción de tutela. 5.3.- Es sabido que la caducidad en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no se suspende ni se interrumpe, pues se fija sin consideración a situaciones personales del interesado. No obstante, existe el evento especial de la acción de tutela cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el afectado con el acto acude al mecanismo de la acción de tutela, previo a la interposición de la demanda ordinaria, debe acudir a lo previsto en el inciso 3º del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, el que le da al accionante un plazo de 4 meses contados a partir del fallo del *adquem* para presentar la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa. Pero hay que aclarar que si el actor ha dejado vencer el término que la Ley concede para utilizar el medio de defensa judicial, no procede la tutela, por cuanto la protección constitucional debe ser inmediata. Podría decirse, en un primer momento, que en el evento de la sentencia de tutela que contiene una orden para el tutelante de hacer uso de la acción ordinaria dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del fallo, se está en presencia de una **interrupción de la caducidad** ya que el interesado puede acudir a la jurisdicción contenciosa, si así lo desea, el último día del vencimiento de los 4 meses, lo que implicó un empezar de nuevo los términos de caducidad.

FALSA MOTIVACIÓN – Concepto. / FALSA MOTIVACIÓN – Improcedencia. Por ello, se configura falsa motivación cuando las circunstancias de hecho y/o de derecho que se aducen para la expedición de un acto administrativo no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o cuando se disfrazan los motivos reales para su expedición.

Sentencia del 11 de marzo de 2009. Exp. 05001233100020040364300. M.P. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATENTADO TERRORISTA – Requisitos constitutivos de falla o falta de servicio. / ATENTADO TERRORISTA – afectación a la población civil. / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Hechos violentos cometidos por terceros. Los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Título de imputación. / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD – Riesgo excepcional. Son imputables al Estado, a título de riesgo excepcional, los daños sufridos por aquellos que son sometidos a la exposición de un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general, como sucede cuando los daños son producto de un ataque o atentado dirigido contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal.

DAÑO ESPECIAL – Título de imputación. El Consejo de Estado condenó a la Nación a indemnizar los perjuicios, sobre la base de la teoría del daño especial, toda vez que “el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa suya haya ocasionado un grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado”. Daño especial, que como lo dice la misma Corporación, es un régimen de aplicación subsidiario, en el evento de que lo ocurrido no encaje en ninguno de los supuestos de responsabilidad descritos en los apartes anteriores y de ello resulte una “injusticia material” que requiera un “reequilibrio de la asunción de las cargas públicas”.

Sentencia del 11 de marzo de 2009. Exp. 05001233100020000470601. M.P. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

3.- PROBLEMA JURÍDICO: ¿Se ajusta a los preceptos constitucionales y legales, la decisión de primera instancia que declaro un fallo inhibitorio, al considerar que la causa del daño radica en un acto administrativo, siendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la vía de impugnación, y no la acción de Reparación Directa?

TESIS: Para la Sala de Decisión, no ha declaración de Inhibición, sino prosperidad de la excepción de indebida escogencia de la Acción.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Improcedencia contra operación administrativa ordenada por acto administrativo. / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Improcedencia contra Acto Administrativo. / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Indebida escogencia de la Acción. / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN – Perjuicio derivado de Acto Administrativo. Es claro que la reclamación del actor se dirige contra la actuación plasmada en un acto administrativo, concretamente contra la Resolución No. 02340 de 31 de mayo de 2004, generadora del daño por el cual se pretende reparación, acto del cual acusa su ilegalidad cuando afirma que la decisión no se adoptó para mejorar el servicio y por ende la demanda debió dirigirse al enjuiciamiento de tal decisión. Como la acción escogida por el actor -reparación directa- no tiene dentro de sus fines, móviles o motivos la anulación de actos administrativos y el consecuente restablecimiento del derecho, finalidades que le son propias a la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, considera la Sala que la demanda es inepta por indebida escogencia de la acción, sin que haya lugar a permitirle a la actora su corrección habida cuenta de que frente a la que resulta idónea operó el fenómeno de la caducidad, toda vez que el término de 4 meses de que se disponía para intentar esa acción, se venció mucho antes de la presentación de la demanda, como quiera que la resolución 02340 de 31 de mayo de 2004 a través de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Dagoberto Hernández, le fue notificada personalmente al actor el 2 de junio de 2004, y la demanda se presentó el 3 de febrero de 2005. Por último afirma el recurrente que cuando el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo se refiere a “cualquier otra causa”, permite intentar esta acción para cuando la fuente del daño es diferente a una acción, omisión, operación administrativa u ocupación de inmueble, lo cual la hace idónea para obtener la reparación del daño causado con un acto administrativo. La Sala no encuentra este argumento ajustado a la norma dado que cuando ésta incluye la expresión “o por cualquier otra causa” sólo se está refiriendo a la fuente del daño que consiste en la ocupación temporal o permanente del inmueble, para señalar que esta actuación no solo da lugar a la acción de reparación directa cuando el daño se causa en virtud de ocupación temporal o permanente de inmueble siempre que esta tenga como causa la ejecución de trabajos públicos, sino también para cuando la ocupación provenga de cualquier otra actuación.” **NOTA DE RELATORIA: Ver sentencia: Consejo de Estado, sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil siete (2007). Radicación número: 68001-23-15-000-2005-00200-01(31644). Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.**

INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN – Acción de Reparación Directa. Improcedencia por no existir causa del daño. / FALLO INHIBITORIO – Improcedencia, debe declararse la excepción de indebida escogencia de la acción. La demolición, es simplemente la ejecución del acto administrativo, sin que pueda decirse que ella no tiene sustento en una decisión, esto es que se ejecutó sin que existiera manifestación explícita de voluntad de la Administración o, que esta se hubiere ejecutado irregularmente, en forma tardía o excediendo los precisos límites fijados en su parte resolutoria. Repárese que la resolución 061, después de hacer un recuento de lo ocurrido, deja sin efecto la resolución 052 y la sustituye declarando en estado de ruina

la edificación y ordenando de manera categórica, que se proceda a su demolición. 6.- En ese orden de ideas, el Tribunal comparte el razonamiento hecho por el a-quo, salvo en lo que tiene que ver con la inhibición, pues si bien el punto es discutible, lo pertinente es considerar la indebida escogencia de la acción -podría decirse la indebida formulación de la pretensión, dada la especificidad de cada una de ellas-, como un defecto que enerva las pretensiones procesales y conduce a declarar probada la excepción de fondo de escogencia indebida de la acción.

Sentencia del 25 de marzo de 2009. Exp. 05001233100019990371401. M.P. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

4. PROBLEMA JURIDICO: ¿Es responsable LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y OTROS, por la muerte del miembro del ejercito, ocurrida en el dispensario de la Cuarta Brigada del Ejercito, al parecer por Falla Médica?

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – Falla Médica. / FALLA MÉDICA – Presunción de falla. / FALLA MÉDICA PRESUNTA – Inexistencia de prueba que la desvirtúe. / CAUSALES DE EXONERACIÓN – Prueba de la diligencia y cuidado en la prestación del servicio.

Miradas las cosas desde este punto de vista, el Tribunal comparte lo decidido por el Juez de Primera Instancia, en relación con la conducta del Hospital Pablo Tobón Uribe, pues los medios de convicción aportados al proceso -los testimonios de los médicos tratantes y la historia clínica-, “prueban la diligencia y cuidado que empleó el personal médico y de enfermería en la atención hospitalaria que requirió el señor EDIZON ARBEY HENAO BUSTAMANTE durante los días 7 al 27 de junio de 1998, no sólo porque permaneció interno en la clínica durante el tiempo necesario para la recuperación de la herida de bala por la cual ingresó, sino porque allí se realizaron los exámenes diagnósticos necesarios para tratar de hallar la causa de la dolencia abdominal o del “hipogastrio” que presentó durante los últimos días de su estadía en el Hospital”- fls 747-. 2.6.- No sucede lo mismo respecto de la Nación - Ministerio de Defensa-. Demostrado el hecho -la atención en el dispensario-; el daño -la muerte del Soldado Henao Bustamante-; y la relación causal entre ambos extremos, correspondía a la entidad demandada desvirtuar la presunción de falla, demostrando la oportunidad e idoneidad del diagnóstico, la atención adecuada y oportuna, la práctica de los exámenes pertinentes, la formulación de medicamentos, etc. En ese sentido la actividad probatoria fue nula. Nada hizo la entidad demandada, a lo mejor por desconocimiento del régimen de presunción de falla que es el que sirve de sustento a la condena.

Sentencia del 25 de marzo de 2009. Exp. 05001233100019980266101. M.P. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

5. PROBLEMA JURÍDICO: ¿Debe ser revocada, modificada o confirmada la sentencia de primera instancia por medio de la cual se negó la Responsabilidad Extracontractual del Estado derivada de actividades médico asistenciales, al considerar que no se demostró el daño y la relación de causalidad entre la conducta o el hecho y el daño; ocurriendo un hecho inherente a estos tipos de procedimiento médico?

TESIS: La sentencia será modificada, y se condenará a la parte demandada.

RESPONSABILIDAD MÉDICA – Atención adecuada. / ATENCIÓN ADECUADA – Concepto. / ATENCIÓN MÉDICA ADECUADA – Reiteración jurisprudencial. / ACTO MÉDICO – Actividad médica. / ACTIVIDAD MÉDICA – Relación jurídica compleja. El concepto de atención adecuada, pues, no se limita a la cirugía propiamente dicha. Por eso la jurisprudencia ha dicho: “De la prestación de servicios médico asistenciales, o de lo que más técnicamente ha de llamarse “acto médico”, se desprenden unos deberes principales y otros deberes secundarios, siendo fundamental, de cara al eventual incumplimiento de unos u otros, estimar de qué modo dicho incumplimiento resulta determinante en la causación del daño. Por la aceptada existencia de unos y otros deberes y, más aún, por la infinidad de formas en que pueden llegarse a entender éstos como observados o inobservados, hay que asentir ante quienes sostienen que la actividad médica comporta “una relación jurídica compleja.

RESPONSABILIDAD MÉDICA – Falla en la administración del servicio médico. / RESPONSABILIDAD MÉDICA – Omisión en el deber de información al paciente. / INFORMACIÓN AL PACIENTE – Consentimiento idóneo. De acuerdo con los elementos de juicio aportados al proceso, puede concluirse, de acuerdo con el dictamen pericial, que existe la posibilidad de que en una colecistectomía ocurra la sección o corte del conducto colédoco. Ese riesgo, según el dictamen del médico-perito es uno entre los riesgos inherentes a este tipo de cirugía “la presencia de una posible hemorragia, un hemoperitoneo, una fístula, el cortar el colédoco, una posible infección”- fl 415-. Por lo demás, dice el perito que es frecuente una variante anatómica en la cual la vesícula esté unida directamente al conducto colédoco o que este sea muy corto, que fue, esto último, lo que ocurrió al momento de la cirugía -fl 417 y ss-. 2.- Se trataba, en síntesis, de un riesgo inherente a la cirugía, que por lo mismo debía ser advertido al paciente, para que este pudiera optar libre y voluntariamente por la asunción de tal eventualidad, de acuerdo con las subreglas jurisprudenciales atrás expuestas, carga probatoria que corresponde a la entidad demandada, más si se tiene en cuenta que la cirugía no era forzosa o, por lo menos no aparece prueba de que si ella no se realizaba estaba comprometida la vida del demandante o que, este se encontrare en uno de los casos de excepción al consentimiento informado o ilustrado.

RESPONSABILIDAD MÉDICA – Falla presunta. / FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO MÉDICO – carga de la prueba. / FALLA MÉDICA PRESUNTA – No fue desvirtuada. La situación descrita en los apartes anteriores, impone que la solución del caso se soporte en la presunción probatoria de falla o falta, dentro de la

cual el cumplimiento de la obligación de informar al paciente de las alternativas -que ocurrió- y de los riesgos - respecto de lo cual no hay prueba específica que acredite que fueron informados-, es del resorte de la entidad demandada. Si ello es así, como lo cree la Sala, la presunción de falta en este aspecto determinado no fue desvirtuada y es posible deducir responsabilidad al Hospital General de Medellín.

Sentencia del 25 de marzo de 2009. Exp. 05001233100019960106101. M.P. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

SALA DECIMA DE DECISIÓN

1. PROBLEMA JURÍDICO: ¿Son nulos los actos administrativos por los cuales se desvincula, al director de la Cárcel Bellavista, luego de resolversele situación jurídica dentro de un proceso penal por fuga de preso?

TESIS: Se trató ni más ni menos de una sanción de plano impuesta por la Dirección del INPEC por la fuga del detenido, lo que está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico como reiteradamente lo ha sostenido no solo la Corte Constitucional sino la Jurisdicción Contenciosa, afectándose el debido proceso a que tenía derecho el actor, por lo tanto la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo se ve seriamente afectada, razón por la cual prosperan las pretensiones de la demanda y se anulará la resolución que declaró la insubsistencia del nombramiento del cargo desempeñado por el actor, ordenándose su reintegro al mismo cargo o a otro igual o de superior categoría.

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA – Investigación penal. / DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DEL CARGO – Improcedencia al fundarse en la investigación penal. / FACULTAD DISCRECIONAL – Límites. Sorprende a la Sala el diferente trato que la entidad accionada dio al Director y Subdirector del establecimiento carcelario, quienes a raíz de la fuga del interno son vinculados a una investigación penal, -normal en estos casos-, y a pesar del contenido de la providencia que resolvió la situación jurídica y analiza la probable responsabilidad de cada uno de los implicados, toma decisiones diferentes, pues mientras al Subdirector se le dicta medida de aseguramiento y ordena su detención sin beneficio de excarcelación, al Director solo se le impone la medida de aseguramiento consistente en caución. Sin embargo, la decisión del INPEC es suspender en el ejercicio del cargo al Subdirector y DESVINCULAR al Director del penal, hecho que se produce a los tres días de haberse resuelto la situación jurídica, nótese que ambos actos administrativos, es decir la suspensión y la desvinculación tienen la misma fecha, lo que indica la relación causal existente y los verdaderos motivos de la Administración. Lo lógico era que si existía una investigación penal por esos hechos, debió esperarse a que ésta se decidiese porque se podría vulnerar el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario, máxime cuando en el manual de funciones se determina claramente las que corresponden a cada empleado. No se ejerció en el presente caso la facultad discrecional ni tampoco tal hecho es planteado por la entidad demandada, además el ejercicio de ese poder discrecional tiene límites como lo ha reconocido este Tribunal y el Consejo de Estado en diversas sentencias.

DESVIACIÓN DE PODER – Improcedencia. / DESVIACIÓN DE PODER – Principios de proporcionalidad y razonabilidad. / POTESTAD DISCRECIONAL – No es ilimitada. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 8 de mayo de 2003, actor: José Humberto Medina Donato, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez, dijo que la facultad discrecional permite a la autoridad administrativa en presencia de determinadas circunstancias tomar una u otra decisión, pero debe hacerlo dentro de los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad que implica una decisión justa y satisfaga el interés general. Se afirma en la sentencia aludida: “No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales. “La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. “No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (Artículo 36 del C.C.A.). “Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad. “Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión. “En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A. “No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su

expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto. (...)”

Sentencia del 18 de marzo de 2009. Exp. 05001233100019990087100. M.P. MERCEDES JUDITH ZULUAGA LONDOÑO.

2. PROBLEMA JURÍDICO: ¿Deben responder administrativa y patrimonialmente las entidades demandadas, por las lesiones sufridas por el menor Diego Alexander Arango Marín, cuando en actividades recreativas extracurriculares, sufrió la ruptura del fémur izquierdo?

TESIS:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Régimen general de responsabilidad. / REGIMEN GENERAL DEL RESPONSABILIDAD – Daño Antijurídico. / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Falla del servicio. / TEORIA DE LA FALLA DEL SERVICIO – Características. De acuerdo con los hechos narrados en la demanda, el asunto ha sido presentado desde la perspectiva jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado, aduciendo el artículo 90 de la Carta Política que la consagra en los siguientes términos: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Es claro que la responsabilidad estatal derivada de esta norma requiere que el daño sea ocasionado por la acción u omisión de las autoridades públicas y tratándose de la aplicación de la teoría de la falla del servicio, es necesario que se encuentre acreditada, además del hecho dañino, el perjuicio y la relación de causalidad que en sentido jurídico debe existir entre ambos extremos que son los que estructuran la responsabilidad del Estado.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Falta de legitimación en la causa por pasiva. Para la Sala es indudable que en el presente caso no existe ninguna responsabilidad para el Ministerio de Educación por cuanto sus funciones son de planeación, inspección y vigilancia de acuerdo con las normas constitucionales y la Ley General de Educación. Igualmente, tampoco puede responder el Departamento de Antioquia porque el accidente se presentó en las vacaciones escolares y no existió ninguna programación de las actividades recreativas por parte de la Escuela donde estudiaba el menor y el docente Armin Moreno Villareal, bajo cuyo cuidado estaba el joven, no pertenecía a la planta de cargos de la Secretaría de Educación Departamental, como se demostró en el curso del proceso. En consecuencia, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a estas entidades demandadas.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas. / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Riesgo Excepcional. / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Falla del servicio. / FALLA DEL SERVICIO – Falta de vigilancia docente. Finalmente debe decirse que el juicio de responsabilidad respecto a la Entidad Pública en el presente caso también podría darse aplicando los artículos 2350, 2351 y 2355 del Código Civil en los cuales se consagra la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, teoría aceptada por el Consejo de Estado en diferentes sentencias enmarcándolas de manera general en el artículo 90 de la Carta Política, al considerar que se trata de un daño antijurídico que el particular no está en la obligación de soportar y en otros casos porque se trata de daños inferidos con cosas que revisten peligrosidad o son utilizadas en actividades peligrosas, a través del título jurídico del riesgo excepcional cuya pertenencia al régimen objetivo hace que solo se pueda exonerar la responsabilidad mediante la prueba de la ruptura del nexo causal, al demostrarse hecho exclusivo de un tercero, de la víctima o de la fuerza mayor. El régimen de responsabilidad estatal objetivo por riesgo excepcional es imputable a quien ostenta la obligación de guarda y vigilancia de los elementos vinculados a actividades constitutivas y generadoras de riesgo para la comunidad, independientemente de que ostente o no la condición de propietario de tales elementos.

Sentencia del 18 de marzo de 2009. Exp. 05001233100019930094600. M.P. MERCEDES JUDITH ZULUAGA LONDOÑO.

3.- PROBLEMAS JURIDICOS: 1.- ¿Se ajusta a la constitución y la ley las decisión de primera instancia de declararse inhabilitado, de fallar la elección de personero del Municipio de Amaga, por inexistencia de la copia auténtica del acta de elección? 2.- ¿Es anulable la elección del Personero del Municipio de Amaga, por violación del régimen de bancadas por parte de los miembros del Concejo que pertenecen al partido liberal?

TESIS: 1.- En aras de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, y de garantizar el acceso a la administración de justicia, suficiente es con tener certeza sobre la existencia del acto.

2.- en nada afecta la validez del acto el hecho de que algunos miembros de la bancada liberal se hayan apartado de la decisión mayoritaria del partido, lo que únicamente les generaría las sanciones disciplinarias consagradas en los Estatutos de los partidos o movimientos políticos, máxime cuando en este caso se desconoce si realmente dichos concejales votaron en contra del candidato escogido con anterioridad, pues la votación fue secreta.

DOCUMENTOS PÚBLICOS – Valor probatorio. / DOCUMENTOS PÚBLICOS – Copia autenticada. / DOCUMENTOS PÚBLICOS AUTENTICADOS – Excepciones. / PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE DOCUMENTO PÚBLICO – Certeza sobre la existencia del mismo es suficiente. Revisado el expediente se observa que efectivamente el Acta Nro. 034 correspondiente a la sesión del Concejo Municipal de Amagá del 15 de julio de 2008 en la cual se realizó la elección del Personero Municipal no está autenticada por no reunir los requisitos consagrados en el canon 254 del Código de Procedimiento Civil ya transcrito explicados en la jurisprudencia citada, por lo que en principio tendría razón el funcionario de primera instancia para declararse inhabilitado. Sin embargo, es preciso analizar que tipo de acto administrativo contiene y si podría

tomarse válidamente dicha copia para resolver de fondo el asunto planteado por el demandante en esta oportunidad. Según la forma los actos administrativos pueden ser orales, escritos y presuntos. La forma implica ritualidades, procedimientos que constituyen garantía no sólo para la administración sino para el mismo administrado. Hay formas **ab-substancian actus**, por ejemplo la escritura pública en las compraventas de bienes inmuebles, hay formalidades probatorias como el contrato de trabajo que puede ser consensual pero si se tiene por escrito es mucho mejor porque se prueba más fácilmente. Lo normal es que el acto administrativo sea escrito, en forma expresa la administración se pronuncia, pero otras veces el acto administrativo es verbal como en el caso de las elecciones que hacen las corporaciones públicas que el acto se prueba con la respectiva acta donde conste la forma como se hizo la misma, como sería el caso a estudio de la Sala. No existe ninguna duda para la Sala que efectivamente el día 15 de julio de 2008 se produjo en el seno del Concejo de Amagá la elección del Personero Municipal, la cual recayó en la persona del Doctor Julio César Hernández López pues así lo demuestra el Acta de la sesión incorporada al expediente, el acta de posesión del elegido como Personero Municipal y la certificación del Secretario del Concejo Municipal visible a folios 105 en el sentido que: "algunos Concejales expresaron públicamente el nombre de candidatos (consta en la grabación CD y el acta Nro. 034 del 15 de julio de 2008), pero definitivamente el ejercicio de votación secreta no me es posible afirmar a que candidato realmente apoyaron, toda vez que el Concejo Municipal aprobó en plenaria el modo de votación secreta y los trece concejales se acogieron a dicho modo de votación, depositando su papeleta y dando como resultado 8 votos a favor de Julio César Hernández y 5 votos a favor de Juan Camilo Jaramillo " Como lo importante es la certeza sobre la existencia del acto, la que se obtiene en este caso, en aras de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, garantizando el derecho de la parte actora de acceder a la administración de justicia y de ejercer el control del poder político que tiene como ciudadano, la Sala revocará la decisión del a quo y resolverá de fondo el asunto.

LEY DE BANCADAS – Vulneración. / VULNERACIÓN A LA LEY DE BANCADAS – Deben ser impuestas por el partido político respectivo. / VULNERACIÓN DE LA LEY DE BANCADAS – Inexistencia de invalidez de las decisiones tomadas al interior de la corporación. De acuerdo al artículo 108 de la Constitución Política, la actuación en bancadas debe sujetarse a las decisiones que adopten las mismas, sin que toda actuación de un miembro de Movimiento o Partido Político deba estar sujeta a las directrices del Movimiento o Partido Político, pues precisamente éstos determinarán los asuntos de conciencia frente a los cuales no aplicará este régimen. No obstante, es importante resaltar que la inobservancia de las directrices por parte de los miembros de las bancadas, puede ser sancionada por el movimiento o partido político al que pertenecen hasta con expulsión del movimiento o partido. "Como se vio, el hecho de no cumplir con este deber que imponen los partidos y movimientos políticos tiene consecuencias al interior de los mismos para el miembro de la bancada, que se traducen en sanciones tan severas como la expulsión de dicho partido o movimiento, pero en ningún caso afectan la validez de las decisiones que se hayan tomado al interior de las corporaciones públicas con el concurso de su voto.

Sentencia del 5 de marzo de 2009. Exp. 0500133310102008027001. M.P. MERCEDES JUDITH ZULUAGA LONDOÑO.

4.- PROBLEMA JURÍDICO: ¿Deben ser anuladas las Resoluciones No. 2225 y 252 del 27 de octubre y del 14 de noviembre respectivamente, por medio de las cuales se da por terminado de manera unilateral la exclusividad en un contrato de comercialización suscrito entre METROSEGURIDAD e INVERSIONES AGUDELO ZAPATA LTDA.?

TESIS: La entidad hizo uso de la aplicación de la cláusula de exclusividad pactada en el contrato y o de las cláusulas exorbitantes.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Contratos estatales. / CONTRATOS ESTATALES – Cláusulas exorbitantes. / CLÁUSULAS EXORBITANTES – Concepto.- Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se le otorgan a la Administración que rompen el principio de igualdad que caracteriza a los contratos privados, pues se le concede a la entidad pública contratante privilegios que le permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, pudiendo hacerlas cumplir oficiosamente sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos. Es el ejercicio del poder de imperio que le asiste a la entidad pública al celebrar un contrato, porque lo que se busca es el cumplimiento de los fines del Estado y de la propia entidad, lo que implica defender intereses de carácter general en la medida en que los cometidos estatales propenden por el bienestar de la comunidad.

CONTRATO ESTATAL – Interpretación. / INTERPRETACION DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES – Debe ser clara y ajustada a derecho. / DECLARACIÓN DE FUNCIONARIO DE LA ENTIDAD – Improcedencia.- Para la Sala no es lógica ni coherente la posición asumida por el ex funcionario de METROSEGURIDAD, el que afirma que fue quien elaboró la minuta y por lo tanto, conocía perfectamente la intención de las partes, pues el texto del contrato indica otra cosa y es que se posicione en el mercado el producto y, obviamente se venda para lograr el impacto buscado por METROSEGURIDAD que era reducir la delincuencia y proteger a los ciudadanos de bien. No puede pensarse que la interpretación de los contratos estatales se deje en la memoria de los funcionarios de las entidades públicas sino que las cláusulas deben ser claras frente al querer de la Administración, razón por la cual esta declaración no merece credibilidad.

CLÁUSULAS EXORBITANTES – Inaplicación. / APLICACIÓN DE CLÁUSULAS PACTADAS EN EL CONTRATO – Cláusulas de exclusividad. No se trató de la aplicación de las cláusulas exorbitantes como lo pregona la demandante y para los cuales es cierto que debe seguirse un procedimiento previo para no

vulnerar el debido proceso del contratista, pues en ese tipo de contratos celebrados por la entidad pública para realizar una actividad comercial no son obligatorias ni se entienden pactadas en el mismo, por el contrario están expresamente prohibidas al tenor de las normas legales ya analizadas. Para la Sala sencillamente hubo aplicación de la cláusula de exclusividad pactada en el contrato al no obtenerse las ventas esperadas durante el primer año de vigencia del contrato, como claramente se afirmó en las resoluciones impugnadas, en consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Sentencia del 4 de marzo de 2009. Exp. 0500123310002005357300. M.P. MERCEDES JUDITH ZULUAGA LONDOÑO.

MARIA PATRICIA ARIZA VELASCO
Presidenta

MERCEDES JUDITH ZULUAGA LONDOÑO
Vicepresidenta

JAIVER CAMARGO ARTEAGA
Relator

**Interesados en recibir el boletín mensual del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA.
Manifiestar su interés en la dirección electrónica: reltribant@cendoj.ramajudicial.gov.co. O la
dirección:**

**Jaiver Camargo Arteaga
Relator
Tribunal Administrativo de Antioquia**