

# Defensa judicial



01 de agosto de 2022 al 05 de agosto 2022

Subdirección de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico

## Ente público puede celebrar contrato de comodato con corporación sin ánimo de lucro

Las entidades públicas están facultadas para celebrar contratos de comodato con personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, con el fin de impulsar actividades y programas de interés social y como una herramienta válida para aminorar gastos de administración, mantenimiento y conservación de los bienes públicos que custodian, a cambio de lo cual el comodatario podrá disponer de su uso y goce y percibir los frutos derivados de su explotación, sin ninguna contraprestación económica en favor de la entidad pública.

En el caso bajo estudio se celebró un contrato entre un ente territorial y una caja de compensación familiar, en donde el municipio entregaría a la caja el uso y goce de tres parques para que esta adelantara actividades de recreación y deporte propias de su objeto y esta, simultáneamente, los administrara, mantuviera y conservara con recursos cuya fuente se obtendría de los pagos por concepto de canon y administración de los locales comerciales ubicados en esos lugares de entretenimiento.

La Sala concluye que aun cuando las particularidades descritas podrían guardar similitud con las de un comodato, existen otros elementos en los que se evidencia la presencia de cargas prestacionales que impiden encasillarlo de manera absoluta en ese tipo de contrato, en tanto van más allá de la simple entrega del inmueble a título gratuito para su uso y goce. De tal modo que como se trató de un contrato atípico los cargos de incumplimiento se analizaron al tenor de las reglas que rigen el contrato de comodato y el contrato de mandato.

Al analizar el caso, la alta corte llegó a la

conclusión que al municipio no le asistía la obligación de pago de dineros en favor de la caja en caso de que los ingresos estimados para realizar las labores de administración no se obtuvieran y tampoco en el evento de que, habiéndose obtenido, los costos asumidos por el administrador fueran superiores a los ingresos proyectados. En ese sentido, se observa que en el contenido obligacional igualmente se incorporó un componente importante de administración del inmueble a cargo de la caja, en cuya virtud, a partir de la suscripción del acuerdo la caja se convirtió en mandataria del municipio en lo relativo a las gestiones de administración, mantenimiento y conservación de los parques.

Finalmente, se establece que aun cuando la liquidación judicial del contrato estatal está prevista en la legislación como una posibilidad ante la ausencia de liquidación bilateral o unilateral y siempre que se eleve pretensión en ese sentido, ciertamente el emprendimiento de esa labor por parte del juez se encuentra sujeto a que en el proceso reposen todos los elementos probatorios que permitan determinar con certeza y suficiencia el balance económico definitivo de la ejecución. En este caso no se presentaban, puesto que al ser una entidad sin ánimo de lucro no se permitía el reparto de utilidades sino su reinversión en el proyecto, a lo que se añadió que no obstante haber podido incurrir en mayores costos para su ejecución, tal situación hacía parte del riesgo asumido (C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico).

Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia, 41001233300020170048301 (67239) , 22/04/2022.

## Sanción moratoria en pago de cesantías del Fomag procede, independientemente de si son definitivas o parciales

De acuerdo con el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma que distingue entre los que se benefician del régimen de cesantías retroactivas y aquellos a quienes les

# Defensa judicial



es aplicable el de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) liquidar y reconocer el auxilio de cesantía parcial o definitiva de los docentes oficiales, actividad que en virtud de la prestación descentralizada de los servicios consagrada en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y de la delegación de que trata el artículo 9 ibidem desarrolla a través de las secretarías de educación de los entes territoriales. Mientras que el pago de la prestación debe ser efectuado a través de la sociedad fiduciaria que administre los recursos del fondo, que en la actualidad es la Fiduprevisora S. A. Se precisa que los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria en el pago de las cesantías prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 del 2006. La gestión administrativa necesaria para resolver todas las solicitudes de reconocimiento del auxilio de cesantías formuladas ante el Fomag debe ajustarse a los plazos y condiciones contenidos en esas normas y, en consecuencia, la referida sanción empieza a generarse en caso de retardo en el pago de la prestación, según las circunstancias de cada situación particular y con independencia de si se trata de cesantías definitivas o parciales.

En el asunto bajo estudio, el Fomag reconoció las cesantías del actor a través de un acto administrativo expreso, pero como este fue emitido por fuera del término legal previsto para esos efectos, la alta corte indicó que el plazo máximo de pago de la prestación y la fecha a partir de la cual se genera la respectiva sanción moratoria corresponde al cómputo de 70 días hábiles después de formulada la solicitud de reconocimiento, periodo que se divide así: (i) 15 días para expedir la resolución, (ii) 10 de ejecutoria del acto y (iii) 45 para efectuar el pago (C. P.: Carmelo Perdomo Cuéter).

Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia, 73001233300020140079901 (2332016), 17/03/2022.

[www.cali.gov.co/juridica](http://www.cali.gov.co/juridica)

## Precisan aplicación ultractiva del acuerdo 49 de 1990

Una ciudadana sostiene que en octubre de 2010 cumplió con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez. Por lo anterior, desde 2012 le solicitó en reiteradas oportunidades a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los requisitos consagrados en el artículo 12 de dicho acuerdo.

La entidad negó el reconocimiento de la prestación en todas las oportunidades en las que la actora solicitó la pensión de vejez, consideraba que no podía pensionarse bajo el artículo 12 pues le era aplicable otro régimen pensional (Ley 71 de 1988), bajo el cual no cumple los requisitos mínimos para acceder a la prestación.

La Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que la Sección Segunda del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y la aplicación de la norma más favorable en materia pensional. El quebrantamiento de esos derechos se materializó en la sentencia proferida por esa corporación, la cual negó la aplicación del Acuerdo 049 para estudiar la solicitud de pensión de la actora, por no estar afiliada al ISS para la fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994).

El alto tribunal consideró que la sentencia vulneró directamente la Constitución al inaplicar el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 superior. De igual forma, se presentó el desconocimiento de los precedentes sobre aplicación ultractiva de los requisitos para acceder a la pensión de vejez previstos en el Acuerdo 049 de 1990, y la línea jurisprudencial fundada por la Sentencia T-90 del 2009, en virtud de la cual la aplicación del Acuerdo 049 no está supeditada a que quien busca pensionarse bajo tal acuerdo haya realizado cotizaciones exclusivas al ISS.

Finalmente, la Sala concluyó que la presente



# Defensa judicial

sentencia tiene efecto inter partes, por lo que no acarrea ni necesaria ni inmediatamente el impacto económico identificado por los intervinientes (M. P. (E) Hernán Correa Cardozo).

Corte Constitucional, Comunicado, Sentencia SU-273, 28/07/2022.

## No entregar los documentos necesarios para la liquidación del convenio genera incumplimiento

Un ministerio y un municipio suscribieron un convenio interadministrativo que tenía por objeto aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para la construcción de un centro de integración ciudadana.

Una vez finalizado el plazo del convenio, el ministerio requirió al municipio en múltiples ocasiones para que allegara los documentos necesarios para proceder a su liquidación. No obstante, el municipio no atendió lo formulado por la cartera.

Para el tribunal de primera instancia, la omisión en la que incurrió el municipio no era de tal magnitud como para considerar que atenta contra los fines del Estado y el interés general (fines de la contratación), pues se cumplió con el fin último del convenio y el objeto contractual se ejecutó plenamente. Por lo anterior, declaró judicialmente liquidado el convenio sin saldo a favor de las entidades.

Pero para el Consejo de Estado el cumplimiento del objetivo principal de un convenio interadministrativo no permite a las partes para desatender obligaciones específicas, como lo son las relacionadas con la liquidación.

Adicionalmente, encontró que en la liquidación judicial del convenio el tribunal omitió ordenar el reintegro de los rendimientos financieros que estaban acreditados a partir de las certificaciones emitidas por un banco. Aunque en el expediente reposaba una certificación de la secretaría de planeación del municipio sobre la cancelación de los

rendimientos financieros, lo cierto era que no existía comprobante de pago alguno que respaldara la afirmación contenida en la prueba documental.

Para la alta corte, en la liquidación judicial también se omitió ordenar el reintegro del saldo de los recursos desembolsados que no fueron comprometidos en la ejecución del convenio, el cual ascendía a \$ 20.989.629 y estaba demostrado a partir de la certificación final de supervisión.

De acuerdo a lo anterior, se declaró el incumplimiento del convenio interadministrativo por parte del municipio y se declaró judicialmente liquidado. (C. P.: Martín Bermúdez Muñoz).

Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia, 25000233600020170045601 (60689), 30/03/2022.

## ¿Cómo se puede presentar un correo electrónico impreso en un proceso judicial para que sea valorado legalmente por un juez?

Esta es una pregunta repetitiva que se hacen los juristas en el día a día de su trabajo. En primera instancia debemos decir que, en aplicación del Código General de Proceso, es posible la impresión en “papel” de mensajes de datos para que sean valorados por el juez, así lo prevé el artículo 247 de la misma norma: “La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”.

Así las cosas, la Sentencia C-604 del 2016 de la Corte Constitucional, al hacer el respectivo análisis de constitucionalidad de la norma, aclaró que la impresión del correo electrónico en este caso no es un mensaje de datos; así se deberá valorar por parte del juez como una copia, siempre que sea idéntica al original: “No se está en presencia de un mensaje de datos propiamente dicho, como interpretan los demandantes, sino de una copia de su contenido y, por ende, de un documento ordinario de papel que el legislador, para su valoración, sujeta a las reglas generales de los documentos”.

# Defensa judicial

¿Pero cómo hacer que el contenido del correo completo pueda verse en una impresión para ser aportado de forma correcta?

En primer lugar, deberá entrar al correo que va a aportar desde el explorador que use, no puede ser del mensaje reenviado, porque el correo electrónico cambiaría; allí deberá buscar las opciones del mensaje y en ellas la de “ver” el mensaje original o los encabezados, que además del mensaje lo dejará observar las direcciones IP, fechas reales y horas del mensaje, que hacen parte del correo y sin ellas no estará íntegro, finalmente podría imprimir en “papel”, al igual que sus anexos, como indica la norma y todo el mensaje para su posterior aporte, dando la certeza y trazabilidad del documento.

Finalmente, debemos recordar que esta norma no es aplicable en materia penal, ya que el artículo 275, literal g) de la Ley 906 del 2004 en materia de mensajes de datos remite a la Ley 527 de 1999 y, entonces, será aplicable el artículo 11 en materia de valoración; también debe tenerse en cuenta que, si un documento es presentado impreso en papel, la parte contraria puede pedir la exhibición del original, es decir el mensaje de datos, de conformidad con el artículo 246 del CGP.

Andrés Guzmán Caballero  
Profesor de pruebas técnicas universidades Sergio Arboleda y del Rosario

## Para efectos de inhabilidades en contratación, incumplimiento y multa no son lo mismo

A los individuos se les limita su capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado en aquellos eventos en que sus conductas pongan en riesgo o perjudiquen valores superiores como la moralidad administrativa y la igualdad.

La interpretación de las inhabilidades en materia de contratación estatal es restrictiva, debido a la limitación de derechos que conllevan, de cara al contenido prohibitivo que de allí emana para

celebrar contratos con el Estado, por lo que al aplicarlas se debe acudir estrictamente al marco de lo dispuesto por el legislador, sin que proceda extenderlas a otros eventos similares.

En el caso objeto de estudio se analiza la inhabilidad prescrita en el artículo 90 de la Ley 1474 del 2011, antes de la modificación de la Ley 1955 del 2019, en la que se estableció que la concurrencia de varias multas y/o incumplimientos llevarían a que el contratista quedara inhabilitado para contratar con el Estado.

El legislador diferenció entre las multas y las declaratorias de incumplimiento como factores que inciden en que el contratista sea o no hábil para contratar con el Estado. Frente a las multas, se indicó que tendrían como propósito conminar al contratista para que cumpla sus obligaciones, mientras que el incumplimiento se podría declarar con el fin de hacer efectiva la cláusula penal. Es por esto que no es de recibo concebir que se cataloguen ambas figuras indistintamente como incumplimientos, máxime si se tiene en cuenta que darle a la norma tal alcance haría inocuo el hecho de que el legislador las hubiera diferenciado e iría en contravía del principio hermenéutico del efecto útil de las normas jurídicas.

Por lo tanto, se llegó a la conclusión que el demandante no incurrió en la inhabilidad del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 del 2011, debido a que para la fecha en que se llevó a cabo el procedimiento licitatorio se le había impuesto una multa y declarado un incumplimiento y no dos incumplimientos como expresamente lo exigía el referido precepto legal. Como consecuencia de lo expuesto, no resultaba admisible que la Rama Judicial excluyera del procedimiento licitatorio al actor por una inhabilidad que no se configuró, puesto que no era jurídicamente viable extender el supuesto del artículo 90 a un evento no contemplado por el legislador, teniendo en cuenta el carácter restrictivo de las inhabilidades.

# Defensa judicial



Sumado a ello, el actor logró demostrar que contaba con la mejor oferta, por lo que debía adjudicársele el contrato producto de esa licitación; sin embargo, la Rama Judicial suscribió el negocio con otra sociedad, en contravía del principio de selección objetiva y del procedimiento licitatorio. Por lo tanto, sobre el contrato recae la nulidad absoluta debido a que se declarará nulo el acto administrativo que le sirvió de sustento en concreto, la resolución de adjudicación. Finalmente, se declaró que la Rama Judicial deberá pagar al demandante la suma de \$ 344'195.216 por la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato (C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico).

Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia, 25000233600020160088902 (65016), 11/05/2022.

## Estado debe responder por perjuicios ocasionados por ataque a estación de policía

Unos ciudadanos presentaron demanda en contra del Estado por los daños causados a sus establecimientos de comercio tras la explosión de un carro bomba dirigido contra el edificio de la Policía Metropolitana de Cali, pues la explosión causó la destrucción del inmueble en que los demandantes desarrollaban su actividad comercial, y de todos los bienes que hacían parte de los negocios.

El tribunal administrativo negó las pretensiones de la demanda indicando que si bien los demandantes acreditaron su calidad de comerciantes, presentaron certificaciones de contadores públicos y facturas de venta, así como documentos relativos al inventario y testimonios, no demostraron los perjuicios reclamados.

Se presentó recurso de apelación y la Sección Tercera revocó la decisión de primera instancia, porque se logró acreditar que el artefacto explosivo que causó el daño al local en que los demandantes ejercían su actividad iba dirigido contra la estación de policía del municipio, lo que hace atribuible el daño a la entidad demandada a título de riesgo excepcional, porque la presencia de la estación creó

el riesgo que se materializó con la explosión. Finalmente, se declaró la responsabilidad estatal y se ordenó el pago de lucro cesante y daño emergente (C. P.: Alberto Montaña Plata).

Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia, 76001233100020090067701 (44110), 30/03/2022.

## Juez desconoció el carácter facultativo del llamamiento en garantía

Una entidad interpuso acción de tutela para obtener la protección de su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, vulnerado, en su concepto, por la autoridad judicial accionada, que no dio trámite al proceso de controversias contractuales adelantado contra una aseguradora con la que había celebrado un contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual.

El litigio se fundamenta en que la entidad fue notificada de una acción de reparación directa adelantada en su contra por una ciudadana. Los hechos que dieron origen a la demanda de reparación habrían ocurrido bajo la vigencia de la póliza de responsabilidad contratada. Por lo tanto, la entidad interpuso medio de control de controversias contractuales contra la aseguradora, con el objetivo de que esta asumiera la eventual condena impuesta en contra de la accionante, con ocasión del proceso de reparación referido.

Mediante auto interlocutorio, el juzgado administrativo consideró que lo realmente pretendido por la accionante no era adelantar una demanda de controversias contractuales, sino formular un llamamiento en garantía o una demanda de reconvencción en el marco del proceso de reparación. En consecuencia, ordenó remitir el expediente al juzgado que llevaba el caso de la reparación directa, para su conocimiento y tramitación. En contra de la decisión, la accionante interpuso recurso de reposición, en el que insistió en la posibilidad de demandar a la aseguradora en virtud de la póliza suscrita con esta, y el juzgado

# Defensa judicial



confirmó su decisión al considerar que el llamamiento en garantía (en el proceso de reparación directa) era la figura adecuada para tramitar lo pretendido por la accionante, pues obedece al principio de economía procesal y evita otros litigios.

La alta corte resaltó que la compañía de seguros puede ser demandada dentro del proceso ordinario mediante llamamiento en garantía o en un proceso separado. Por lo tanto, para la Sala es claro que el juzgado accionado desconoció el carácter facultativo del llamamiento en garantía y la posibilidad que tienen las partes de presentar una demanda ordinaria con la misma finalidad. Igualmente erró al señalar que la demanda de controversias contractuales presentada por la accionante podía interpretarse como una demanda de reconvención, pues esta no se dirigió contra la parte demandante en el proceso de reparación directa sino contra un tercero a esa relación procesal (la aseguradora). De tal manera que interpretó inadecuadamente la demanda de controversias contractuales y le dio un alcance que no le era propio, desconoció el derecho de acción y negó el acceso a la administración de justicia a la accionante. En razón de lo anterior, tuteló el derecho vulnerado (C. P.: Martín Bermúdez Muñoz).

Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia, 27001233300020220004001, 18/05/2022.

Fuente: Legismovil – Boletín Oficial  
Artículo 20

Elaboró: Carlos Alberto Aponte García- Contratista

Revisó: Dra. Martha Lucía Triana López - Asesor

Aprobó: Dr. Hugo Alejandro Jiménez Balcázar – Subdirector de  
Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico