



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., dos (2) de julio de dos mil veintiuno de (2021)

Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01361-01 (54.154)

Actor: SARA JASSIR CELFITE

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-

Referencia: LEY 1437 DE 2011 – MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la Sentencia del 9 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A (fls. 282 – 288, c. ppl.), en la cual se negaron las pretensiones.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 8 de marzo de 2013, la señora Sara Jassir Celfite presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para solicitar que se declarara la nulidad de las Resoluciones 1840 y 4194 de 2012, por medio de las cuales se revocó la Resolución 1893 de 2011, que le había reconocido la calidad de denunciante de bien mostrenco. Asimismo, solicitó la nulidad del Oficio 10200 del 16 de mayo de 2012, que la invitaba a dar por terminado, de manera anticipada, el Contrato de Participación 194 de 2011. En consecuencia, solicitó que se declarara la plena vigencia de la Resolución 1893 y del Contrato 194, y que se indemnizaran los perjuicios causados, consistentes en la compensación económica que hubiera recibido de haberse continuado con el proceso de declaración de bien mostrenco, ante la jurisdicción ordinaria civil.



II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 8 de marzo de 2013 (fls. 1 – 42, c1), la señora Sara Jassir Celfite, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., se dirigió en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1840 de 11 de Mayo de 2012, Por la cual se revoca la Resolución 1893 de 23 de mayo de 2011.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 4194 de Agosto 1 de 2012, "por la cual se resuelve un recurso de reposición".

TERCERA.- Que se declare la nulidad del Oficio No 10200 de 2012-05-16 de Terminación Anticipada del Contrato 194 de 2011, remitido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF a la señora SARA JASSIR CELFITE.

CUARTA.- Que como consecuencia de las nulidades de los actos administrativos demandados se declare la plena vigencia de la Resolución 1893 de 23 de mayo de 2011, por la cual se resuelve un recurso de apelación y se reconoce a la señora SARA JASSIR CELFITE como DENUNCIANTE de bien mostrenco.

QUINTA.- Que como consecuencia de las nulidades de los actos administrativos demandados se declare la plena vigencia del contrato de participación No. 194 de 10 de Junio de 2011 celebrado entre el ICBF y la señora Sara Jassir Celfite.

SEXTA.- Que se ordene al ICBF a cumplir con las obligaciones derivadas de la resolución 1893 de 2011 y del contrato de participación No. 194 de 2011.

SÉPTIMA.- Que de manera SUBSIDIARIA, y en caso de resultar imposible que las nulidades solicitadas surtan efectos ex tunc, se ordene al ICBF indemnizar a la señora SARA JASSIR CELFITE por los perjuicios que se le ocasionaron al haberle truncado una expectativa seria y legítima, de obtener la retribución de que trata la normatividad, en virtud de su reconocimiento como Denunciante de bien mostrenco y su calidad de contratista del ICBF.

PRETENSIONES COMUNES

PRIMERA.- Que se condene al ICBF al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine el Honorable Fallador.

SEGUNDA.- Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.



1.1 Los fundamentos de hecho:

La actora sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos, que, en síntesis, se expresan a continuación:

La señora Jassir Celfite, por escrito del 27 de agosto de 2010, presentó una denuncia de bien mostrenco ante el ICBF, conforme a lo dispuesto en la Ley 7 de 1979, en los Decretos 2388 de 1979 y 3421 de 1986, y en la Resolución 2200 de 2010. Dicha denuncia recaía sobre los siguientes bienes: (i) los recursos de la cuenta 73405, “cotizaciones de pensiones no identificadas” de los fondos de pensiones obligatorias; (ii) los recursos de la cuenta 73405, “cotizaciones de pensiones no identificadas” de los fondos de pensiones voluntarias, y (iii) los recursos de la cuenta 734, “auxilios y aportes no identificados” de los fondos de cesantías.

El 14 de marzo de 2011, por medio de la Resolución 494, el ICBF le negó la calidad de denunciante, por considerar que los precitados bienes no tenían la calidad de mostrencos. Esta decisión fue recurrida, razón por la cual fue expedida la Resolución 1893 del 23 de mayo de 2011, que le concedió a la señora Sara Jassir Celfite la calidad de denunciante, y ordenó la suscripción del contrato de participación correspondiente.

El 10 de junio de 2011, las partes suscribieron el Contrato de Participación 194, en virtud del cual la señora Sara Jassir Celfite se obligó a adelantar todas las gestiones judiciales y extrajudiciales necesarias para que los bienes objeto de la denuncia le fueran adjudicados al ICBF.

En desarrollo del precitado contrato, la demandante inició un proceso judicial ante la jurisdicción ordinaria civil, con el fin de que dichos dineros fueran declarados como mostrencos. Esta demanda fue admitida por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá a través del Auto del 12 de marzo de 2012.

El 9 de mayo de 2012, la Contraloría General de la República emitió, en ejercicio de la función de advertencia, un concepto, conforme al cual la declaración como denunciante de la demandante desconocía la naturaleza y la destinación específica de los recursos objeto del contrato.

El Director General del ICBF expidió la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012, por medio de la cual revocó la Resolución 1893 de 2011.



Como consecuencia de lo anterior, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF expidió el Oficio 10200 del 16 de mayo de 2012, por medio del cual la invitó a acercarse a sus instalaciones, con el fin de terminar anticipadamente el Contrato 194. Ese mismo día, el ICBF profirió el memorial 7554, mediante el cual le informó al juez civil la revocatoria de su calidad de denunciante.

La actora presentó el recurso de reposición en contra de la Resolución 1840 el día 30 de mayo de 2012, el cual fue resuelto de manera desfavorable, por medio de la Resolución 4194 del 1 de agosto de 2012. Esta decisión fue notificada a la señora Sara Jassir Celfite el día 10 de agosto de 2012.

1.2 Fundamentos de derecho:

La parte demandante sostuvo que la entidad, al proferir las decisiones acusadas, transgredió las disposiciones superiores en las que debían fundarse, especialmente, los artículos 29 y 83 de la Constitución Política; los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.-; la Ley 7 de 1979, y las disposiciones reglamentarias relativas a la obligación del ICBF de promover las acciones en las que tuviera interés por razón de bienes mostrencos.

La parte actora aseguró que el ICBF transgredió los principios del debido proceso, de la confianza legítima y de la buena fe, toda vez que revocó un acto administrativo particular y concreto, sin el lleno de los requisitos legales previstos para este efecto, esto es, sin obtener previamente el consentimiento expreso y escrito del interesado, y sin que se configuraran las hipótesis que, sobre la excepción a esta regla, contemplaba el artículo 73 del C.C.A., esto es, que el acto resultara de la aplicación del silencio administrativo positivo o que hubiera sido obtenido por medios ilegales.

Adujo que el acto administrativo revocado por el ICBF había creado una situación jurídica de carácter particular y concreto, que se materializó en los derechos que habrían de derivarse de la ejecución del contrato de participación. En su criterio, si la administración consideraba que la Resolución 1893 era ilegal, debía demandarla en ejercicio de la acción de lesividad, pues este era el único medio para restarle validez a un acto irrevocable.

Finalmente, señaló que no indujo a un error al ICBF en relación con la calidad de los bienes, dado que los mismos tenían la vocación de ser declarados mostrencos. Reiteró que la entidad demandada no gozaba de competencia para definir si los bienes tenían o no esta naturaleza, ya que dicha facultad era exclusiva del juez civil.



2. Actuaciones procesales en primera instancia:

A través del Auto del 21 de octubre de 2013 (fls. 201 – 203, c1), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, y ordenó notificarla al ICBF y al Ministerio Público.

2.1 Contestación de la demanda:

El 18 de diciembre de 2013, la parte accionada contestó la demanda (fls. 233 – 243, c1), y se opuso a todas las pretensiones de la misma, por carecer de sustento fáctico y jurídico.

Frente a los hechos de la demanda, manifestó que unos eran ciertos, y que otros eran parcialmente ciertos, precisando aquellos puntos con los que no estaba de acuerdo. Así, indicó que el Oficio 10200 no era un acto administrativo, pues no contenía una decisión unilateral de la administración, sino que simplemente invitaba a la demandante a dar por terminado el contrato de participación.

En relación con el acto administrativo posteriormente revocado, afirmó que, al momento de su expedición, no se tenía certeza de la verdadera naturaleza de los bienes denunciados, cuestión que solo se pudo evidenciar a partir de la advertencia formulada por la Contraloría, de conformidad con la cual los recursos denunciados tenían una destinación específica que no podía ser desconocida por el establecimiento público.

Reiteró que el oficio demandado no constituyó una terminación unilateral del contrato de participación, sino una invitación para que se procediera de mutuo acuerdo. Adicionalmente, sostuvo que ejecutar el contrato de participación hubiese significado contravenir lo conceptuado por la Contraloría, y desconocer las disposiciones constitucionales y legales que definen la naturaleza y la destinación específica de los recursos denunciados.

EL ICBF formuló las excepciones que denominó: (i) "*legalidad de los actos acusados*", porque las resoluciones que contenían la revocatoria eran válidas, por cuanto la Resolución 1893 era contraria al artículo 48 de la Constitución, y se había expedido con fundamento en un error al que había sido inducido; (ii) "*bienes no mostrencos*": quien pretenda tener la calidad de denunciante debe comprobar la naturaleza del bien, en el sentido de determinar si este puede ser considerado provisionalmente como mostrenco. De este modo, los recursos objeto de la



denuncia no podían tener tal calidad, porque tenían dueño, esto es, los afiliados del sistema de seguridad social; (iii) “*cumplimiento de un deber constitucional y legal*”: con la revocatoria de la Resolución 1893, se había cumplido con un precepto constitucional, pues los dineros objeto de la denuncia gozaban de destinación específica; e (iv) “*inexistencia de daño – daño hipotético*”: a la accionante no se le había generado un daño, pues ella basaba tal pretensión en una simple hipótesis.

La señora Sara Jassir Celfite se pronunció frente a las excepciones del ICBF el día 6 de marzo de 2014 (fls. 244 – 249, c1). En esta oportunidad, reiteró los argumentos de la demanda.

2.2 Audiencia inicial:

El 12 de agosto de 2014, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (fls. 260 – 264, c1). En desarrollo de la etapa de saneamiento, se advirtió que no existía causal de nulidad que invalidara lo actuado.

Seguidamente, se indicó que no se formularon excepciones previas, puesto que las incoadas atacaban el fondo de la controversia. La audiencia se suspendió, con el fin de solicitar información sobre el proceso 2013-00854, que se estaba tramitando en otro despacho, pero que guardaba similitud fáctica con el de la referencia.

3. La sentencia impugnada:

En la continuación de la diligencia de la audiencia inicial, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca fijó el litigio, en los siguientes términos:

Determinar si es procedente decretar la nulidad de la Resolución No. 1840 de 11 de mayo de 2012 “Por la cual se revoca la Resolución 1893 de 23 de mayo de 2011”, y la Resolución No. 4194 de agosto de 2012 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición”, y que resolvió sobre la calidad de la señora Celfite en relación con los elementos identificados como las cuentas No. 73405 “cotización de pensiones no identificadas” de los fondos de pensiones obligatorias, 73405 “cotización de pensiones no identificadas” de los fondos de pensiones voluntarias y 734 “auxilios y aportes no identificados” de fondos de cesantías, por violación del debido proceso, la confianza legítima. En segundo lugar, si debe declararse la nulidad del oficio No. 10200 de 2012 mayo 16 [sic], sobre terminación anticipada del contrato y como consecuencia se debe declarar la plena vigencia del contrato de participación No. 194 de 2011.

Como ninguna de las partes solicitó la práctica de pruebas, el *a quo*, de conformidad con lo prescrito en el artículo 179 del C.P.A.C.A., prescindió de la segunda etapa, y



procedió a dictar sentencia, previa exposición de los alegatos de conclusión y del concepto del Ministerio Público.

Bajo estos términos, el juez de primera instancia, por medio de la Sentencia del 9 de marzo de 2015, decidió:

PRIMERO: NEGAR la nulidad de la Resolución No. 1840 de 11 de mayo de 2012 “Por la cual se revoca la Resolución 1893 de 23 de mayo de 2011”, y de la Resolución No. 4194 del 1 de agosto de 2012 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición”, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR de oficio la nulidad absoluta del contrato de participación No. 194 del 10 de junio de 2011, suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Sara Jassir Celfite, conforme a lo indicado.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: La anterior decisión se notifica en estrados.

La decisión anterior se fundamentó en las siguientes consideraciones:

No resultaba aplicable en ese caso el artículo 73 del C.C.A., razón por la cual no era obligatorio notificar personalmente la resolución atacada, “[...] pues era instrumental la condición que le estaba constituyendo”. De esta manera, no se violaron los principios de la buena fe y de la confianza legítima, puesto que los bienes no eran mostrencos, sino que tenían dueño. Así, en criterio del tribunal, era procedente la revocatoria de la calidad de denunciante de la actora, por lo que los actos impugnados no eran ilegales.

No era procedente la pretensión de nulidad del Oficio 10200 de 2012, porque con el mismo solo se invitó a la demandante para que se acercara a las instalaciones del ICBF, con el fin de suscribir la terminación anticipada del Contrato 194 de 2011. De este modo, el oficio no tenía carácter decisorio, por lo que no era un acto administrativo.

Frente a los bienes objeto de la denuncia a los que hace referencia el Contrato 194, el *a quo* consideró que estos hacían parte del sistema de seguridad social, por lo que son dineros que cuentan con destinación específica. Por lo tanto, cualquier destinación diferente a la contemplada en la Constitución o en la ley, como la otorgada en el contrato en cita, transgredía el artículo 48 superior.

De esta forma, el Contrato 194 se encontraba viciado de nulidad absoluta, pues se celebró contra expresa prohibición constitucional, lo cual se encuentra previsto como causal de nulidad en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Por lo



mismo, el juez de primera instancia declaró de oficio la nulidad del precitado contrato, ya que, en su criterio, se había configurado un objeto ilícito.

En todo caso, no ordenó el pago, a favor de la accionante, de las prestaciones que fueron ejecutadas, por considerar que no se probó que las mismas fueran beneficiosas para la entidad estatal, o que sirvieron para satisfacer el interés público.

4. Recurso de apelación:

El 24 de marzo de 2015, la accionante interpuso el recurso de apelación (fls. 291 – 334, c. ppl.) en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual solicitó que la misma fuera revocada, y que, en consecuencia, se concedieran las pretensiones. Las razones de su inconformidad fueron las siguientes:

-El Tribunal incurrió en un error al tramitar el proceso como uno de controversias contractuales, en lugar de hacerlo en relación con un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como se solicitó en la demanda, porque si bien el Contrato 194 de 2011 vinculaba a las partes del proceso, el origen del litigio no provino de una actividad contractual, sino de la revocatoria de la Resolución 1893 de 2011, que es un acto previo a la suscripción del contrato.

Insistió en que lo que se pretendía con la demanda no era discutir el desequilibrio del contrato o su declaratoria de incumplimiento, sino la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 1840 y 4194 de 2012, por haber sido expedidas sin aplicar las disposiciones de la revocatoria directa, por carecer de motivación legal, y por implicar un abuso del derecho por parte del ICBF. Aunque la revocatoria ordenada en las precitadas resoluciones derivó en la terminación del contrato de participación, esta situación fue subsidiaria y accesorio, pero no era la causa principal del perjuicio.

A partir de lo expuesto, el recurrente solicitó que se revisara la decisión del *a quo*, pues en ella se pudo haber generado un vicio de legalidad en el procedimiento, que invalidaría todo lo actuado.

-El tribunal no hizo ningún análisis que explicara cuál era la disposición constitucional o legal que prohibía la celebración del contrato de participación. El



juez tampoco analizó si la revocatoria directa contenida en las resoluciones demandadas había cumplido con lo previsto en los artículos 69 y 73 del C.C.A.

-El fallo de primera instancia se equivocó al considerar que los bienes objeto del Contrato 194 no eran mostrencos, sino que eran recursos que pertenecían al sistema de seguridad social en pensiones, dado que la competencia para determinar si un bien es o no mostrenco recae en los jueces civiles, y no en los administrativos. El análisis del tribunal debió limitarse a determinar si la revocatoria de la Resolución 1893 había cumplido con los requisitos previstos en el Decreto 01 de 1984, esto es, si contaba con la autorización del destinatario o si había sido expedida por medios ilegales.

-Sin perjuicio de lo anterior, sostuvo que los bienes objeto de la denuncia sí eran mostrencos, ya que no tenían dueño, sino que se encontraban abandonados. Por lo mismo, no le estaba dado al tribunal declarar la nulidad del Contrato 194, puesto que no se celebró contra expresa prohibición legal o constitucional. Si el ICBF tenía dudas sobre la calidad de los bienes objeto de la denuncia, debió esperar a que la jurisdicción ordinaria civil determinara si los mismos tenían o no la calidad de mostrencos, pero no podía revocar la Resolución 1893. Como la entidad demandada, de manera apresurada e ilegal, dio por terminado el proceso civil iniciado para solicitar la declaratoria de mostrencos de los bienes objeto del contrato de participación, le correspondía al juez de lo contencioso administrativo decidir si dichos bienes podían o no haber adquirido esa calidad, para así determinar si el ICBF está obligado a pagarle a la demandante los perjuicios materiales sufridos.

-El contrato no estaba viciado de nulidad, por cuanto los recursos objeto de la denuncia no pertenecían al sistema general de pensiones (SGP). En virtud del artículo 97 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 1328 de 2009, solo son recursos del SGP aquellos aportados por los afiliados. Por lo tanto, cualquier dinero que repose en las cuentas de los fondos de pensiones, pero que no pertenezca a algún afiliado, no puede ser considerado como recursos de este sistema.

-Las Resoluciones 1840 y 4194 de 2012 sí estaban viciadas de nulidad. Reprochó -nuevamente- que el tribunal no explicara las razones por las cuales consideró que estos actos administrativos no acarreaban vicios de ilegalidad. Por el contrario, los actos demandados revocaron la Resolución 1893 de 2011, sin que mediara consentimiento del particular afectado, y sin que se demostrara que la misma había sido expedida por medios ilegales. Esta situación transgredió el artículo 73 del C.C.A., y desconoció las expectativas legítimas de la demandante.



-Las resoluciones demandadas estaban viciadas por falsa motivación. Cuando el ICBF aseguró que la demandante lo indujo a un error, por hacerle creer que los bienes objeto de la denuncia gozaban de una naturaleza en lugar de otra, faltó a la verdad, puesto que la calidad de mostrencos no fue algo que la recurrente declaró como definitivo, ya que justamente por eso era necesario iniciar el proceso ante los jueces civiles. Pretender que la mera declaración de la denunciante era suficiente, implicaba un desconocimiento de la ley y de la exigencia de que los bienes sean reconocidos como mostrencos en el marco de un proceso judicial.

-Las resoluciones demandadas transgredieron los Decretos 2388 de 1979 y 3421 de 1986, porque los mismos no establecen una facultad discrecional -a cargo del ICBF- para otorgar o no la condición de denunciante, sino que ordenan reconocer tal calidad, cuando se acrediten los requisitos del artículo 99 del Decreto 2388.

-El ICBF no podía terminar, por medio del Oficio 10200 de 2012, el contrato de participación. Además de reiterar lo relativo a la imposibilidad de revocar la Resolución 1893, sostuvo que era errado justificar la terminación del contrato en el control de advertencia llevado a cabo por la Contraloría, ya que, con dicha situación, el ente de control estaba coadministrando.

Finalmente, reclamó el reconocimiento de los perjuicios materiales causados, por cuanto se le privó de recibir el 10% del valor de los recursos denunciados como retribución pactada en el acuerdo de participación.

El 16 de abril de 2015, la entidad accionada adhirió al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 336, c. ppl.), con el fin de que se condenara en costas a la parte vencida.

El ICBF presentó un escrito (fls. 337 – 341, c. ppl.) en el que se pronunció frente al recurso interpuesto por la parte actora, oponiéndose a los argumentos planteados por la misma.

5. Trámite en segunda instancia:

Por Auto del 27 de abril de 2015 (fl. 343, c. ppl.), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso, y remitió el expediente a esta Corporación, con el fin de que se pronunciara frente a su admisión.



En Auto del 18 de junio de 2015 (fls. 348 – 349, c. ppl.), este despacho admitió el recurso. A través de la providencia del 3 de septiembre de 2015 (fl. 357, c. ppl.), se dio traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegaciones finales. Vencido este término, se ordenó darle traslado al Ministerio Público para que rindiera su concepto, de conformidad con el numeral 4 del artículo 247 del C.P.A.C.A.

El 15 de septiembre de 2015, el ICBF presentó sus alegatos de conclusión (fls. 358 – 362, c. ppl.), en los que reiteró lo siguiente: (i) los bienes denunciados por la demandante sí tenían dueño, por lo que no se cumplía con el requisito para ser declarados como mostrencos; (ii) el ICBF, en ningún momento, desconoció las disposiciones que regulan la revocatoria directa de los actos administrativos, por cuanto el consentimiento de la señora Sara Jassir Celfite no era necesario, al ser evidente la ilegalidad de la Resolución 1893, y por esta no reconocer un derecho de carácter particular, y (iii) afirmar que los bienes del sistema de seguridad social no tenían una destinación específica implicaba desconocer el artículo 48 de la Constitución. Concluyó que, efectivamente, el Contrato 194 de 2011 se encontraba viciado de nulidad absoluta. De igual manera, solicitó que se condenara en costas a la accionante.

El 24 de septiembre de 2015, la parte actora presentó sus alegaciones finales (fls. 364 – 403, c. ppl.), en las que reiteró los argumentos de la demanda y del recurso de apelación.

El 7 de octubre de 2015, el Ministerio Público rindió su concepto (fls. 405 – 413, c. ppl.), en el que indicó, en primer término, que al proceso debió darse el trámite propio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en lugar del de controversias contractuales; que la Resolución 1893 de 2011 había sido expedida en contra de expresa prohibición constitucional, pues los dineros objeto de denuncia pertenecían al sistema de seguridad social, por lo que tenían una destinación específica que era inmodificable; y que el Contrato 194 estaba viciado de nulidad absoluta, por desconocer el artículo 48 de la Constitución. Bajo estos términos, solicitó modificar el fallo de primera instancia, en el sentido de adecuar el medio de control al de nulidad y restablecimiento del derecho, y confirmar el resto de decisiones.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** el medio de control procedente;



3) ejercicio oportuno del medio de control; **4)** legitimación en la causa; **5)** hechos probados y material probatorio relevante; **6)** marco normativo dentro del cual se llevó a cabo la actuación administrativa en virtud de la cual se produjeron los actos acusados y se celebró el contrato de participación cuyo cumplimiento se reclama; **7)** análisis de la apelación; **7.1)** de la validez del acto que contuvo la revocatoria directa de la Resolución 1893 del 23 de mayo de 2011, por la cual el ICBF reconoció la calidad de denunciante de bien mostrenco a la señora Sara Jassir Celfite, y ordenó la suscripción del contrato de participación; **7.1.1)** del contenido particular y concreto de la Resolución 1893 de 2011; **7.1.2)** de la improcedencia de expedir el acto de revocatoria directa de la Resolución 1893, sin contar con el consentimiento expreso de la accionante; **7.1.3)** de la vulneración al debido proceso a raíz de la expedición de la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012; **7.1.4)** de la nulidad de la Resolución 4194 del 1 de agosto de 2012; **7.2)** de la nulidad del Oficio No. 10200 del 16 de mayo de 2012; **7.3)** de la improcedencia de declarar la nulidad absoluta del Contrato No. 194 de 2011; **7.4)** de los perjuicios solicitados por la actora, y **8)** costas.

Para el desarrollo de lo anterior, es necesario advertir que esta Subsección, por medio de la Sentencia del 11 de octubre de 2018¹, resolvió un litigio similar al de la referencia, en el que fueron partes la señora Sara Jassir Celfite y el ICBF, y en el que se discutió la legalidad de unos actos que revocaron la calidad de denunciante de aquella, y que terminaron el contrato de participación². De esta manera, y ante la pertinencia de dicha decisión, se recurrirá a lo planteado en esa oportunidad, con el fin de resolver, de manera coherente, la presente controversia.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de octubre de 2018, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad.: 25000-23-36-000-2013-00854-01 (57.560).

² En esa oportunidad, la señora Sara Jassir Celfite solicitó la nulidad de las resoluciones 2269 del 28 de mayo de 2012, por medio de la cual se revocó la Resolución 4760 del 31 de octubre de 2011, y 4193 del 1 de agosto de 2012, que resolvió el recurso de reposición del acto administrativo anterior. Asimismo, solicitó la nulidad del Oficio del 29 de mayo de 2012, con radicado S-2012-021848 NAC, a través del cual el ICBF informó a la actora su intención de dar por terminado el Contrato de Participación No. 484 de 2011. Finalmente, solicitó la indemnización de los perjuicios ocasionados al haberle frustrado su expectativa de obtener la retribución contemplada en la ley, la cual se derivaba de su calidad de denunciante y de contratista del ICBF. Ahora bien, los bienes objeto de denuncia en este proceso fueron los siguientes: **i)** Recursos en efectivo contabilizados en las cuentas 732, "Cotizaciones de no vinculados", y 73205, "Cotizaciones de pensión de no vinculados", de los fondos de pensiones obligatorias; **ii)** recursos en efectivo no contabilizados en las cuentas 733, "Recaudos en proceso", 73305, "por verificar", 73315, "Con diferencias en proceso de verificación", 73320, "Pendiente de Planillas", y 73325, "por traslados no acreditados", de los fondos de pensiones obligatorias; **iii)** recursos en efectivo contabilizados en las cuentas 737 y 73705, "Aportes en exceso", de los fondos de pensiones obligatorias; **iv)** recursos en efectivo contabilizados en las cuentas 737, "Recaudos en proceso", 7305, "Por verificar", 73715, "Con diferencias en procesos de verificación", 73320, "Pendiente de Planilla", y 73325, "Por traslados no acreditados", de los fondos de pensiones voluntarias, y **v)** recursos en efectivo contabilizados en las cuentas 733, "Recaudos en proceso", 73305, "Por verificar", 73715, "Con diferencias en proceso de verificación", 7330, "Pendientes de planillas", y 73325, "por traslados no acreditados", de los fondos de Cesantías.



1. Competencia del Consejo de Estado:

El artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 2 de julio de 2012, prescribe que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y los litigios originados en los contratos “[...] sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas [...]”, e, igualmente, le corresponde conocer de los contratos “[...] cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

Partiendo de este punto, cabe advertir que los actos administrativos que se acusan de nulidad fueron proferidos por el ICBF, en el marco de la actuación administrativa iniciada con el fin de reconocer la calidad de denunciante de bienes mostrencos de la parte actora. Asimismo, el contrato de participación suscrito como génesis de ese reconocimiento, y cuya ejecución y cumplimiento se solicita por esta vía, fue celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la señora Sara Jassir Celfite.

Bajo estos términos, se precisa que la parte demandada es un establecimiento público del nivel nacional, y, en ese sentido, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, ostenta la naturaleza de entidad pública. Por las razones expuestas, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

Ahora bien, con fundamento en el numeral 5 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor (\$25.671'342.800³) resulta superior al monto equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes a la fecha de presentación de la demanda⁴, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

Frente a la determinación de la cuantía en relación con el presente asunto, se aclara que, aun cuando en el caso se formularon pretensiones encaminadas a obtener la nulidad de los actos que despojaron de sustento a un acto administrativo precontractual, es del caso acudir a la regla de competencia funcional prevista para el medio de control de controversias contractuales, debido a que en el *sub judice* se elevaron igualmente súplicas vinculadas al contrato de participación, que quedó sin

³ Al estimar la cuantía, la parte actora estableció que el monto de la misma ascendía a la suma de \$25.671'342.800, que equivale al 10% de los recursos que se le hubiesen adjudicado al ICBF de haberse continuado con el proceso de declaratoria de bien mostrenco ante el juez civil.

⁴ El 8 de marzo de 2013, fecha de presentación de la demanda, el salario mínimo ascendía a la suma de \$589.500, que, multiplicado por 500, arroja como resultado: \$294.750.000.



asiento jurídico por mérito de la expedición de los actos que se atacan a través de la pretensión de nulidad.

Como consecuencia, y de cara a las circunstancias que rodean el asunto, sobre las cuales se profundizará en el acápite siguiente, la Sala estima que deben prevalecer las reglas que, sobre la cuantía, consagra la normativa relativa al medio de control de controversias contractuales.

2. El medio de control precedente:

La parte actora impugnó la sentencia de primera instancia por considerar, entre otros argumentos, que en el presente caso se había configurado una anomalía procesal, en razón a que el *a quo* desató el trámite a través del medio de control de controversias contractuales, en lugar de hacerlo por medio del de nulidad y restablecimiento del derecho, como se había invocado en la demanda. Según el apelante, aun cuando existía un contrato de participación, lo cierto es que el daño tenía como fuente los actos administrativos demandados que revocaron la Resolución 1893. En orden a resolver la cuestión puesta de presente, la Sala observa que:

En el escrito de la demanda, la parte actora indicó que acudía a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A.

Una vez sometido a reparto, el asunto fue conocido, en principio, por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación que, en el Auto del 6 de mayo de 2013 (fls. 185 – 189, c1), y luego de revisar las pretensiones de la demanda, decidió remitir el asunto por competencia a la Sección Tercera de ese mismo cuerpo colegiado, con el siguiente argumento:

Observa la Sala que la controversia que se discute en este asunto es de naturaleza contractual, pues se trata de impugnar actos administrativos proferidos con ocasión del contrato de participación número 194 del 10 de junio de 2011, suscrito entre las partes, y del cual se solicita su plena vigencia, situación que se enmarca en el medio de control de controversia contractual, señalado en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 y que dieron lugar a la terminación anticipada el contrato.

Cumplido lo anterior, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el Auto del 9 de septiembre de 2013 (fl. 193, c1), inadmitió la demanda, por no haberse estimado razonadamente la cuantía y por no haberse



cancelado el respectivo arancel judicial. Este auto fue recurrido por la parte actora el día 12 de septiembre de 2013 (fls. 195 – 198, c1).

Posteriormente, en Auto del 21 de octubre de 2013 (fls. 201 – 203, c1), el a quo admitió la demanda, por considerar lo siguiente: “*De conformidad con el artículo 171 del CPACA, por reunir los requisitos de oportunidad y forma se ADMITE la demanda presentada, a través de apoderado judicial, por la señora SARA JASSIR CELIFTE [sic] contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF -, con el fin de que ‘(...) se declare la plena vigencia del contrato de participación No. 194 de 10 de junio de 2011, celebrado entre el ICBF y la señora SARA JASSIR CELIFTE [sic]’.*”.

Inconforme con la anterior decisión, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar interpuso el recurso de reposición en su contra (fls. 207 – 211, c1), el cual fue resuelto mediante el Auto del 25 de noviembre de 2013 (fls. 229 – 232, c1). En esa ocasión, se confirmó la admisión de la demanda y, además, se precisó:

Si bien se busca la nulidad de ciertos actos y el consecuente restablecimiento de derechos, la causa del medio de control ejercido es un contrato estatal y existiendo identidad sustancial en las pretensiones elevadas en una y otra sede, carecen de fundamento las aseveraciones del recurrente.

Debe recordarse al recurrente que las pretensiones de la demanda siguen siendo de nulidad y restablecimiento del derecho derivadas de un contrato estatal, pretensiones que se adelantan de acuerdo con su naturaleza, por el medio de control de controversias contractuales, el cual se encuentra previsto por la Ley 1437 de 2011(C.P.A.C.A.) [...]

Así pues, siendo procedentes por el medio de control de controversias contractuales las pretensiones de la demandante y encontrándose en consonancia lo pedido al momento de convocar la conciliación prejudicial con las pretensiones de la demanda, no hay lugar a reponer la decisión por falta de requisito de procedibilidad.

El 12 de agosto de 2014, se llevó a cabo la audiencia inicial (fls. 260 – 264, c1), en la cual se surtió la etapa de saneamiento del litigio, fase que se consumó sin que alguno de los extremos procesales alegara la configuración de algún vicio de nulidad. Si bien el Ministerio Público hizo mención sobre este asunto, el tribunal reiteró que, en su criterio, los actos demandados afectaron y fueron expedidos en vigencia de un contrato, al tiempo que las pretensiones de la demanda estaban relacionadas con el contrato de participación.



De lo expuesto hasta este punto, se colige:

(i) Desde el trámite inicial del proceso, el *a quo* consideró que el cauce que debía impartírsele al presente litigio correspondía al de controversias contractuales, cuestión frente a la cual la demandante no mostró reparo alguno.

(ii) Luego, a pesar de existir discrepancias por parte del ICBF frente al agotamiento de la conciliación extrajudicial respecto de las pretensiones relacionadas con el contrato de participación, el *a quo* mantuvo su posición de considerar que el asunto debía tramitarse a través de esa vía, decisión respecto de la cual la actora no manifestó inconformidad.

(iii) Finalmente, en la audiencia inicial, concedido el uso de la palabra a las partes, los extremos procesales guardaron silencio en torno a cualquier irregularidad que se hubiera presentado a lo largo del trámite procesal, anuencia que convalidó todo lo actuado, y que impide alegar en una oportunidad posterior circunstancias que, para entonces, ya estaban consentidas, tal como lo prescribe el artículo 207 del C.P.A.C.A.

Así, para la Sala es clara la improcedencia de admitir argumentos dirigidos a censurar una supuesta irregularidad que no se alegó en la oportunidad contemplada legalmente para ese propósito.

Sin perjuicio de lo expuesto, y con independencia de la convalidación otorgada por el silencio de la demandante en relación con este punto, la Sala estima que fue acertada la decisión del tribunal de origen, en cuanto consideró que el asunto debía ventilarse y resolverse a través del cauce del medio de control de controversias contractuales, según pasa a explicarse:

En virtud de la figura de la acumulación de pretensiones, a la cual alude el artículo 165 del C.P.A.C.A., en las demandas presentadas ante esta jurisdicción resulta procedente acumular diferentes clases de pretensiones, siempre que sean conexas entre sí, y se cumpla con los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.



2. *Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
3. *Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
4. *Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.*

El artículo 141 del C.P.A.C.A., que regula el medio de control de controversias contractuales, establece que las partes de un contrato del Estado pueden pedir que “[...] se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas”.

El inciso segundo del artículo en mención dispuso que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse a través de los medios de control de nulidad (artículo 137) o de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138).

Descendiendo el marco normativo al caso concreto, se evidencia, en primer lugar, que se formularon las siguientes pretensiones dirigidas a obtener:

- La declaratoria de nulidad de la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012, por la cual se revocó la Resolución 1893 del 23 de mayo de 2011.
- La declaratoria de nulidad de la Resolución 4194 del 1 de agosto de 2012, que resolvió el recurso de reposición en contra de la anterior decisión.
- Que, como consecuencia de las anteriores nulidades, se declarara la plena vigencia de la Resolución 1893, que había reconocido a la actora como denunciante de bien mostrenco.
- La declaratoria de nulidad del Oficio 10200 del 16 de mayo de 2012, a través del cual el ICBF informó a la actora su decisión de dar por terminado el Contrato de Participación No. 194 del 10 de junio de 2011.
- Que, como consecuencia de lo anterior, se declarara la plena vigencia del Contrato de Participación 194.
- Que se le ordenara al ICBF cumplir con las obligaciones derivadas de la Resolución 1893 y del Contrato de Participación 194.
- Que se ordenara al ICBF indemnizar a la señora Sara Jassir Celfite por los perjuicios que se le ocasionaron al haberle truncado una expectativa seria y legítima de obtener la retribución prevista en la ley, en virtud de su reconocimiento como denunciante de bien mostrenco y su calidad de contratista del ICBF.



Articulado lo anterior con los fundamentos fácticos que le sirven de apoyo a las pretensiones de la demanda, la Sala colige que, a partir de la expedición del acto contentivo del reconocimiento realizado por el ICBF en cabeza de la demandante como denunciante de bienes mostrencos, se dotó de fundamento la celebración posterior del contrato de participación suscrito con el objeto de adelantar las gestiones pertinentes ante la jurisdicción ordinaria para obtener la declaratoria judicial de que los bienes denunciados ostentaban la condición de mostrencos.

Ello implicaba que, al haber sido revocada dicha decisión a través de los actos administrativos que se acusan de nulidad, el negocio jurídico celebrado con sustento en la Resolución 1893 se tornó inejecutable, lo cual explica que se hubiesen elevado pretensiones encaminadas a lograr la ejecución de las prestaciones derivadas del mismo, con independencia de que estuviesen o no llamadas a prosperar.

Por lo tanto, es claro que las pretensiones de nulidad se orientaron a remover del orden jurídico las decisiones administrativas en virtud de las cuales no se pudo ejecutar el contrato de participación, en razón a que estas despojaron de fundamento la calidad de denunciante que sirvió de base para adquirir la condición de contratista en el referido acuerdo.

En suma, de todo lo expuesto hasta ahora, emerge con nitidez que todas las resoluciones impugnadas, según se vio, fueron proferidas con posterioridad al 10 de junio de 2011, fecha en que se celebró el Contrato de Participación No. 194, situación que impedía tramitar las pretensiones destinadas a lograr la nulidad de aquellas a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En otras palabras, al margen de que, con su nulidad, se buscara revestir de eficacia y vigor a un acto precontractual, lo cierto es que todas las decisiones atacadas fueron expedidas con posterioridad a la celebración del Contrato 194, circunstancia que excluye el supuesto fáctico previsto en el inciso segundo del artículo 141 del C.P.A.C.A., para viabilizar la procedencia de la nulidad y el restablecimiento del derecho en este asunto, pues ninguno de los actos acusados fueron proferidos antes de la celebración del contrato.

Despejado lo anterior, la Sala comparte la postura del tribunal *a quo*, en virtud de la cual se tramitó este asunto a través del medio de control de controversias contractuales.



3. Ejercicio oportuno del medio de control:

La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio.

Para establecer la caducidad del medio de control de controversias contractuales, resulta adecuado recurrir a lo dispuesto en el artículo 164 del C.P.A.C.A., respecto del límite temporal previsto para su ejercicio, de conformidad con el cual, cuando se eleven pretensiones relativas a contratos, el término para demandar será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento (inciso primero del literal j) del numeral 2).

De conformidad con lo anterior, la Sala procede a analizar la oportunidad en que fue interpuesta la presente demanda. Para ese propósito, ha de tenerse en cuenta que la Cláusula Quinta del Contrato de Participación 194, suscrito el 10 de junio de 2011, contemplaba un plazo de ejecución de dos años, contados a partir de la fecha de su celebración, término que vencía el 10 de junio de 2013. De este modo, es posible concluir que la demanda se interpuso en tiempo, habida cuenta de que fue presentada el día 8 de marzo de 2013, es decir, antes de vencer el plazo de ejecución del contrato en cuestión.

Por otro lado, de considerar que, para el cómputo de la caducidad, debe tenerse en consideración la Resolución 4194 del 1 de agosto de 2012, por la cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012, en la que se revocó la Resolución 1893 del 23 de mayo de 2011, se advierte que aquella fue notificada personalmente a la demandante el día 10 de agosto de 2012 (fl. 223, c2), según se desprende de la constancia que obra en el expediente.

En esa medida, en razón a que en dicha decisión se resolvió un recurso, el cómputo inicial de los dos años empezó a correr al día siguiente de haber sido notificada la Resolución 4194 de 2012, es decir, el 11 de agosto de 2012. De ahí que los dos años de caducidad se vencían, en principio, el 11 de agosto de 2014.

Así las cosas, al haberse interpuesto la demanda el 8 de marzo de 2013, se colige que, en cualquiera de los supuestos analizados, la acción se ejerció oportunamente.



Lo anterior, sin considerar la suspensión del término por virtud del trámite de la conciliación extrajudicial adelantado por la accionante.

4. Legitimación en la causa:

La Sala considera que le asiste legitimación en la causa por activa a la señora Sara Jassir Celfite, por cuanto fue la contratista del Contrato 194 de 2011. Asimismo, fue la persona afectada por los actos que revocaron directamente el reconocimiento de su calidad de denunciante de bienes mostrencos, que sirvieron como fundamento para la celebración del contrato referido.

En cuanto a la parte accionada, la Sala estima legitimado en la causa por pasiva al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dada su condición de entidad autora de la que emanaron las decisiones demandadas y de parte contratante del negocio jurídico génesis de la reclamación.

5. Hechos probados y material probatorio relevante:

En el *sub-lite* se aportó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio del caso. Es de aclarar que, para estos efectos, la Sala valorará las copias simples aportadas al proceso, toda vez que no fueron tachadas de falsas en el desarrollo del mismo. Lo anterior, en cumplimiento de la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera⁵.

5.1 El 26 de agosto de 2010, la demandante presentó, ante el ICBF, la denuncia de bien mostrenco con el radicado 029239 (fls. 48 – 51, c1), con la que denunció los recursos objeto de la demanda.

5.2 El ICBF expidió la Resolución 494 del 14 de marzo de 2011 (fls. 53 – 64, c1), con la que negó la calidad de denunciante de la señora Sara Jassir Celfite. Esta decisión fue recurrida el día 24 de marzo de 2011 (fls. 76 – 83, c2).

5.3 El ICBF profirió la Resolución 1893 del 23 de mayo de 2011 (fls. 66 – 70, c1), con la que revocó la anterior resolución y, en su lugar, reconoció a la accionante como denunciante de bien mostrenco. Asimismo, ordenó suscribir el contrato de participación correspondiente, con el fin de hacer efectiva la denuncia formulada.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022).



5.4 Las partes suscribieron el Contrato de Participación 194 del 10 de junio de 2011 (fls. 72 – 76, c1), que contemplaba entre su clausulado lo siguiente:

PRIMERA. OBJETO: EL CONTRATISTA / DENUNCIANTE se compromete a adelantar las gestiones judiciales y extrajudiciales necesarias para que los bienes objeto de la denuncia le sean adjudicados y entregados real y materialmente a EL [sic] ICBF de acuerdo a las condiciones establecidas en la cláusula segunda del presente contrato. [...] TERCERA. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONTRATISTA / DENUNCIANTE: EL CONTRATISTA / DENUNCIANTE se obliga para con EL ICBF, en general, a cumplir cabalmente con el objeto del presente contrato a la luz de las disposiciones legales vigentes, y en especial a: 1) Iniciar, adelantar y llevar hasta su terminación, con plena diligencia, los trámites judiciales, extrajudiciales, administrativos, notariales y demás que fueren necesarios para que le sean adjudicados y entregados en forma real y material (física) y en su totalidad a EL [sic] ICBF los bienes objeto de la denuncia, de conformidad con la cláusula primera de este contrato. [...] CUARTA. OBLIGACIONES ESPECIALES DE EL [sic] ICBF: [...] 2) Reconocer y pagar en dinero a EL [sic] CONTRATISTA / DENUNCIANTE, una vez que haya tenido lugar la enajenación o destinación de los bienes adjudicados, la participación económica de acuerdo a la normativa vigente a la firma del presente contrato, sobre el valor de venta de los bienes que ingresan real y materialmente a su patrimonio, a medida que éstos se vendan y su producto sea percibido por EL ICBF, o en el momento en que EL ICBF decida conservarlos para sus propios fines o efectúe su cesión a otro ente. [...] QUINTA. PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo del presente contrato será de dos (2) años contados a partir de la suscripción del mismo y será prorrogable en forma escrita por iguales términos [...] SEXTA. VALOR: El presente contrato es de cuantía indeterminada. [...] DECIMOSEGUNDA. TERMINACIÓN ANTICIPADA: EL ICBF podrá disponer de manera unilateral la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: 1. Cuando las condiciones contractuales o las circunstancias que dieron lugar al nacimiento del contrato hayan variado sustancialmente de tal manera que su ejecución resulte imposible, innecesaria y/o inconveniente a juicio de EL [sic] ICBF [...].

5.5 La accionante radicó ante la jurisdicción ordinaria civil una demanda (fls. 79 – 89, c1), en la que solicitó la declaratoria de bienes mostrencos de los recursos objeto de la denuncia y del contrato de participación. Este proceso fue repartido al Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, el 21 de noviembre de 2011 (fl. 78, c1). El juzgado admitió la demanda por medio del Auto del 12 de marzo de 2012 (fl. 91, c1). Es de aclarar que el numeral quinto de la parte resolutive de esta providencia ordenó “[...] el embargo de las cuentas, de la manera y forma solicitadas en la demanda [...]”.

5.6 El 9 de mayo de 2012, la Contraloría General de la República, en ejercicio de la función de advertencia, expidió el Concepto 2012EE28790 (fls. 93 – 98, c1), en el que señaló:

Con el reconocimiento de la calidad de denunciante de la señora Sara Jassir Celfite por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- mediante Resolución 1893 de 2011, se está desconociendo abiertamente lo dispuesto por la Constitución Política y la ley sobre la naturaleza de los recursos manejados por los administradores del régimen de ahorro individual y del sistema de Seguridad Social que reposan en las cuentas 73405 y 734, y máxime



cuando a través de la Resolución No. 494 del 14 de marzo de 2011 el ICBF, en primera instancia, ya había negado la calidad de denunciante como resultado de un completo análisis de las normas que rigen la materia y que permitió determinar que debido a la naturaleza de éstos [sic] recursos, no era posible su declaración como mostrencos.

De otra parte, según lo señalado por el artículo 48 de la Constitución Nacional, los recursos del sistema de Seguridad Social no pueden ser destinados a fines diferentes al Sistema, por lo tanto, con la aceptación de denunciante realizada por el ICBF, la calificación de estos bienes como mostrencos y su consecuente destinación al ICBF y al pago de la participación económica a la denunciante con cargo a estos recursos, claramente se estaría violando el artículo 48 superior, ya que los recursos del Sistema estarían siendo destinados para fines diferentes a los establecidos por la Constitución y la Ley. [...]

Esta advertencia fue complementada por medio del documento 2012EE30987 del 17 de mayo de 2012 (fl. 156, c2), en el que se resaltó que los bienes del sistema de seguridad social son inembargables.

5.7 El ICBF profirió la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012 (fls. 100 – 103, c1), con la que revocó, de manera oficiosa, la Resolución 1893 de 2011, y ordenó a la Oficina Asesora Jurídica iniciar los trámites necesarios para terminar el contrato de participación y el proceso judicial adelantado en desarrollo de la denuncia.

5.8 El 30 de mayo de 2012, la accionante interpuso el recurso de reposición (fls. 105 – 147, c1) en contra del anterior acto administrativo. Este recurso fue resuelto en la Resolución 4194 del 1 de agosto de 2012 (fls. 149 – 154, c1), que confirmó en su integridad la Resolución 1840, y que fue notificada el día 10 de agosto de 2012 (fl. 223, c2). En la parte motiva de este acto, se indicó:

El error subyace de la concepción provocada por la denunciante sobre los dineros objeto de la denuncia, pues la descripción presentada no coincide con la realidad del estado de los dineros en el interior de las cuentas, así, de haberse advertido este hecho; el ICBF no habría dado lugar a el [sic] reconocimiento de la señora SARA JASSIR CELFITE como denunciante, pues dichos dineros, como un todo; estaban sujetos a un proceso de identificación de su titular. [...]

Ante este escenario es que debía esta Dirección revocar el acto administrativo que le reconocía la calidad de denunciante a la señora SARA JASSIR CELFITE, teniendo en cuenta que de este deriva un contrato de participación que es en última causa un negocio jurídico, que se traduce en una expectativa de reconocimiento sobre el éxito de una gestión en cabeza del denunciante, que a su vez contiene elementos propios del contrato de mandato, que al advertirse las particulares circunstancias en curso de un posible abuso del derecho como legítimo [sic] reclamante para la declaración de bienes mostrencos, debía actuar de conformidad con las disposiciones Constitucionales y legales que gobiernan la Administración, empleando el mecanismo más expedito.

5.9 El 16 de mayo de 2012, el ICBF le envió a la demandante el Oficio 10200 (fls. 156 – 157, c1), con el que le manifestaba su interés de dar por terminado, de manera anticipada, el Contrato 194 de 2011. En la parte final de este documento,



se señaló: *“En conclusión, este Instituto reitera su decisión de dar por terminado el contrato de participación N°194 de 2011 y la invita a las instalaciones en la Avenida carrera 68 N° 64c – 75 piso dos con el fin de firmar y formalizar el acta de terminación anticipada del contrato N° 194 de 2011”.*

5.10 Por lo anterior, la demandante presentó la respuesta a la solicitud de terminación el día 22 de mayo de 2012 (fls. 147 – 155, c2), en la que precisó: *“Por todo lo anterior, se reitera que la suscrita NO comparte los argumentos de ese despacho para dar por terminado el contrato No. 194 de 2011, por lo tanto formalmente manifiesta que NO otorga su consentimiento para la terminación del mencionado contrato; y en ejercicio de los derechos legales y constitucionales que le asisten se niega a comparecer a ese despacho para suscribir el acta de terminación anticipada del contrato No. 194 de 2011”.*

5.11 El 16 de mayo de 2012, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF le envió al Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá el memorial 7554 (fl. 158, c1), en el que le informó la revocatoria de la Resolución 1893 de 2011, y le indicó el inicio de los trámites para dar por terminado el Contrato 194.

5.12 El Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá profirió el Auto del 16 de julio de 2012 (fls. 21 – 26, c2), por medio del cual se ordenó *“[...] PRESCINDIR de la medida cautelar decretada en el numeral cuarto [sic] del auto de 12 de marzo de 2012 [...]”.*

5.13 El 16 de octubre de 2012, el ICBF le envió a la apoderada del proceso adelantado ante el Juzgado 36 Civil del Circuito un memorando (fl. 18, c2), en el que le solicitaba *“[...] retirar la demanda del proceso judicial del asunto, teniendo en cuenta que en virtud de lo dispuesto en la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012, y en general por sus efectos, resulta pertinente esta conducta procesal atendiendo la clase de proceso y el estado del mismo”*⁶.

⁶ Una vez consultada la página de la Rama Judicial, se evidenció que el proceso de declaratoria de bienes mostrencos con radicado 11001-31-03-036-2011-00607-01, adelantado ante el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá D.C., terminó, a través del Auto del 13 de marzo de 2013, por desistimiento (consulta realizada por medio de los siguientes links: <https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/NumeroRadicacion> y <https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=kT6ek3qcv4NSzOycXv5EWXWv3RI%3d>).



6. Marco normativo en el que se surtieron los actos demandados y se celebró el contrato de participación:

La Sala considera conveniente referirse al marco normativo que rigió la expedición de los actos demandados y la celebración del Contrato de Participación 194 de 2011.

El Congreso de la República expidió la Ley 75 de 1968, en la cual se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cuyo artículo 66 se le otorgaron los derechos que anteriormente le correspondían a otras entidades, en relación con los bienes vacantes y mostrencos.

Posteriormente, se expidió la Ley 7 de 1979, por la cual se dictaron normas para la protección de la niñez, se estableció el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y, en el numeral 12 del artículo 39, se ratificó que el patrimonio de dicho organismo estaría conformado por: *“Los bienes vacantes y mostrencos conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 75 de 1968 [...]”*.

El Gobierno Nacional, por su parte, dictó el Decreto 2388 de 1979, mediante el cual se reglamentaron varias disposiciones, entre ellas, las precitadas leyes 75 de 1968 y 7 de 1979. Luego, se expidió el Decreto 3421 de 1986, por el cual se introdujeron algunas modificaciones al decreto anterior, en materia de bienes vacantes y mostrencos, y de vocaciones hereditarias.

En efecto, el artículo 1 del Decreto 3421, que modificó el artículo 99 del Decreto 2388, consagró el trámite administrativo que debía seguirse para denunciar la existencia de bienes mostrencos ante el ICBF:

Toda persona que descubra la existencia de un bien vacante o mostrenco, o de vocación hereditaria, deberá hacer su denuncia por escrito, ante la Dirección General o Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, según la ubicación del bien o el lugar de tramitación del respectivo juicio.

En el escrito de denuncia se incluirá la afirmación de que el denunciante procede de buena fe. Esta afirmación se hará bajo la gravedad del juramento que se considerará prestado por la presentación personal del escrito. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hará la estimación del valor comercial del bien denunciado.

En el mismo documento el denunciante manifestará su propósito de celebrar el respectivo contrato para obtener la declaración judicial, que los bienes son vacantes o mostrencos y su adjudicación al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En el texto del contrato se estipulará la participación que corresponda al denunciante, de acuerdo con la escala establecida en el artículo 107 del



presente Decreto”.

PARÁGRAFO. No se entenderá como descubrimiento el de aquellos bienes cuya existencia haya sido divulgada por cualquier medio de comunicación masiva o denunciada para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por cualquiera de sus funcionarios, con anterioridad a la pretensión del particular interesado.

A su turno, el artículo 102 del Decreto 2388 de 1979 consagró los eventos en los cuales el ICBF podría abstenerse de reconocer la condición de denunciante o de pagar la participación en caso de haberse celebrado el contrato:

Una vez presentado el denuncia, se exigirá al denunciante los documentos necesarios para comprobar su veracidad, la naturaleza, descripción, ubicación, etc., del bien.

Cuando el denunciante sin causa justificada, dentro de los 30 días siguientes a la denuncia, no adjuntare los documentos exigidos, se hará efectiva la garantía si la hubiere y el ICBF podrá adelantar el proceso, sin que el denunciante tenga derecho a participación alguna.

De igual modo se procederá cuando suscrito el contrato por el ICBF, el denunciante no hiciere lo mismo, o por su culpa no se perfeccionare dentro de los treinta (30) días siguientes.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 3421 de 1986, que modificó el artículo 103 del Decreto 2388 de 1979, determinó el trámite a seguir, bajo el siguiente tenor:

La Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la Dirección Regional respectiva, previa verificación de las condiciones a que se refiere el artículo 99 del presente Decreto, decidirá si hay o no lugar al reconocimiento del denunciante, mediante resolución motivada. Si hubiere varias denuncias sobre el mismo bien, y que reúnan las condiciones del artículo 99 de este Decreto, se reconocerá al que hubiere presentado la denuncia en primer término.

Seguidamente, el artículo 104 del Decreto 2388 de 1979 estableció que el contrato que suscribieran el ICBF y el denunciante debía reunir los requerimientos de todo contrato administrativo. Asimismo, el artículo 106 prescribió que el denunciante se obligaba a adelantar las diligencias y el juicio objeto del contrato hasta su terminación.

Finalmente, a título de retribución por la gestión realizada en calidad de denunciante de los bienes, el artículo 107 del Decreto 2388 de 1979, modificado por el artículo 4 del Decreto 3421 de 1986, prescribió que:

Los denunciantes de bienes vacantes, mostrencos y vocaciones hereditarias, una vez los respectivos bienes ingresen real y materialmente al patrimonio del Instituto, tienen derecho al pago de una participación económica, sobre el valor efectivamente percibido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de



acuerdo a la siguiente escala: Sobre los primeros veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00) el treinta por ciento (30%); sobre el excedente de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00) hasta cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000.00) el veinte por ciento (20%); y sobre el excedente de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.00) el diez por ciento (10%).

Frente a la competencia que le asiste al ICBF para emitir el acto administrativo contentivo del reconocimiento de la condición de denunciante de bienes mostrencos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido: “*Para la Sala, la sentencia apelada deberá ser confirmada, dado que una cosa es no reconocer la calidad de denunciante, lo cual en el presente caso ocurrió por existir la denuncia previa a la de los actores, y otra muy distinta a la declaratoria de bien mostrenco, cuestión esta última que corresponde a la jurisdicción civil ordinaria*”⁷.

De igual manera, la Sección Primera de esta Corporación ha indicado:

Reiterando lo arriba transcrito, la Sala concluye que el hecho de que la decisión del Consejo de Estado se haya proferido con posterioridad a la denuncia del señor Sintura Arévalo no era motivo de impedimento para denunciar en cualquier momento como bienes mostrencos los dineros recaudados a partir del 1o. de julio de 1992 por concepto del IVA sobre nuevos servicios creados por la Ley 6a. de 1992, ya que dicha providencia es solamente un elemento de juicio para ser tenido en cuenta por el juez civil ante quien se proponga el proceso para la declaratoria de bien mostrenco, sin que sea en manera alguna el fallo del Consejo de Estado tantas veces referido, el que otorga la calidad de mostrencos a los citados bienes, ya que no corresponde a esta jurisdicción pronunciarse sobre el titular de los dineros en cuestión, pues, se reitera, la jurisdicción ordinaria será la llamada a determinar si los mismos tenían o no dueño y, por lo tanto, quien los declarará o no mostrencos.

La afirmación de que no se necesita ser juez de la República para descartar que los bienes denunciados por Sintura no eran todavía mostrencos, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 706 del C.C. y 1o. de la Ley 27 de 1935, que definen qué se entiende por bien mostrenco no es de recibo para la Sala, ya que al ICBF le corresponde verificar que la denuncia cumpla con los requisitos a los cuales se contrae el artículo 1o. del Decreto 3421 de 1986, dado que, insiste la Sala, es a la justicia civil a quien le incumbe calificar si determinado bien es o no mostrenco. [...]

Al respecto, considera la Sala que, tal y como lo sostuvo la entidad demandada en la Resolución núm. 2804 de 13 de diciembre de 1993, “la denuncia instaurada por el señor Sintura, cumple las condiciones que se exigen; circunstancia que limita al ICBF a solamente tener la posibilidad de reconocerle a éste en calidad de denunciante por haberle presentado conforme a ley y en primer término, si eventualmente hay lugar a ello; de no ser así, en aplicación del artículo 102, Decreto 2388, el Instituto podrá adelantar directamente el proceso. Por lo indicado con el solo hecho de que la primera denuncia haya acatado los elementos del artículo 99, es condición suficiente para negar la calidad de denunciantes a quienes las instauraron con posterioridad”⁸.

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 6 de junio de 1996, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa. Exp.: 3663.

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 11 de septiembre de 1997, C.P.: Libardo Rodríguez Rodríguez. Exp.: 2884.



De lo anterior, puede colegirse:

(i) La actuación administrativa tendiente a obtener la declaratoria de bien mostrenco se inicia con la presentación del escrito de denuncia que así lo manifiesta ante el ICBF por parte del interesado, quien, entre otros aspectos, señalará -de forma expresa- su intención de celebrar el respectivo contrato para obtener la declaración judicial consistente en que los bienes son vacantes o mostrencos, y su adjudicación al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

(ii) Luego de recibir la denuncia, el ICBF deberá verificar que el escrito contentivo de la misma cumpla con los requisitos exigidos por los decretos reglamentarios, esto es: a) que el denunciante hubiera prestado juramento de obrar de buena fe; b) que hubiera expresado que estaba dispuesto a suscribir el contrato para iniciar el proceso de declaratoria de bienes mostrencos ante la jurisdicción ordinaria; c) que la existencia del bien mostrenco no hubiera sido divulgada por los medios de comunicación, y d) que no existieran denuncias anteriores sobre el descubrimiento de los mismos.

(iii) Una vez constatado lo anterior, el ICBF, a través de resolución motivada, reconocerá la calidad de denunciante de bienes mostrencos, cuestión que dará fundamento a la posterior celebración del respectivo contrato de participación, el cual se regirá por las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

(iv) El objeto del contrato de participación que se celebre, predeterminado por la legislación analizada, consistirá en que el denunciante deberá adelantar las gestiones procesales pertinentes para obtener la declaración judicial de la jurisdicción ordinaria de que los bienes denunciados son vacantes o mostrencos.

(v) Solo en caso de que la jurisdicción ordinaria determine que el bien denunciado ostenta la calidad de mostrenco, y ordene su incorporación al patrimonio del ICBF, surgirá la condición prevista legalmente para que el denunciante contratista tenga derecho a percibir el porcentaje de participación respecto de los bienes denunciados, remuneración que igualmente se encuentra reglada por la normativa examinada. En su defecto, no se materializará esa expectativa.

7. Análisis de la apelación:

La Sala procederá a pronunciarse sobre los cargos de la apelación presentada por la parte actora, que, en síntesis, se relacionan con la invalidez del acto que revocó



directamente la decisión que la reconoció como denunciante; la ilegalidad del acto que confirmó la anterior decisión; la invalidez del oficio mediante el cual el ICBF le informó acerca de su intención de dar por terminado el Contrato No. 194 de 2011; la nulidad absoluta del Contrato 194 de 2011, declarada de oficio por la primera instancia, y el reconocimiento de los perjuicios solicitados.

7.1) De la validez de la Resolución 1893 del 23 de mayo de 2011, por la cual el ICBF reconoció la calidad de denunciante de bien mostrenco a la señora Sara Jassir Celfite, y ordenó la suscripción del contrato de participación:

El tribunal de primera instancia negó la pretensión de nulidad en contra de la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012, por la cual el ICBF revocó el acto administrativo que reconoció la calidad de denunciante de bien mostrenco a la señora Sara Jassir Celfite, y ordenó la suscripción del contrato de participación, por considerar que no se habían vulnerado los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo. Por su parte, la demandante -en su recurso- señaló que el tribunal no analizó, en estricto rigor, si se habían cumplido los requisitos de los artículos 69 y 73 del C.C.A.

Para resolver este cargo de la apelación, la Sala considera necesario referirse a las normas que regulan la revocatoria directa, para luego analizar la naturaleza del acto acusado, al cabo de lo cual se indagará si, para revocarlo, resultaba imperativo contar con la autorización expresa de la hoy demandante.

Sea lo primero indicar que el mecanismo de la revocatoria directa, a través del cual una entidad, de forma autónoma y unilateral -es decir, sin que medie recurso en su contra-, deja sin efectos un acto administrativo, se caracteriza en su finalidad por ser una herramienta instituida para evitar la potencial lesividad que pueden desencadenar los efectos del acto removido, en tanto resulte contrario a la Constitución o a la ley, contravenga el interés público, o cause un agravio injustificado.

Se suma que su aplicación se restringe a los supuestos contemplados por el ordenamiento. El Código Contencioso Administrativo, en cuya vigencia se tramitó la actuación administrativa que dio origen al Contrato 194 de 2011, estableció, en el artículo 69, como causales de revocatoria de los actos administrativos, las siguientes:

Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:



1. *Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
2. *Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
3. *Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.*

Por otro lado, el artículo 73 *ibídem* distinguió los eventos en los cuales los actos de carácter particular y concreto podían ser revocados unilateralmente, sin necesidad de obtener el consentimiento expreso y escrito del particular, así:

Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

La ley considera que el ente público tiene la facultad de revocar directamente un acto administrativo de contenido particular y concreto, sin la autorización expresa y escrita del administrado, en los siguientes eventos: primero, cuando es fruto del silencio administrativo positivo, si se da alguna de las causales del artículo 69 del C.C.A., y, segundo, cuando es evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Igualmente, la jurisprudencia ha interpretado que la obtención del acto por medios ilegales no se presenta necesariamente cuando la decisión es contraria a la Constitución y a la ley; si bien esta última circunstancia constituye una causal autónoma de revocatoria del acto, su configuración no conduce automáticamente a concluir, a partir de la constatación de ese supuesto, que el acto se obtuvo por medios ilegales.

Siguiendo este esquema de pensamiento, para proceder a la revocatoria, debe verificarse que el acto se produjo por medios ilegales, lo cual, a título ilustrativo, puede ocurrir cuando se suministre información contraria a la realidad o documentación fraudulenta.



En relación con este tema, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha indicado:

Lo cierto entonces es que tal como quedó redactada la norma del artículo 73, son dos las circunstancias bajo las cuales procede la revocatoria de un acto que tiene efectos particulares, sin que medie el consentimiento del afectado: Una, que tiene que ver con la aplicación del silencio administrativo y otra, relativa a que el acto hubiere ocurrido por medios ilegales.

Sobre este punto de la revocación de los actos administrativos, es relevante señalar que el acto administrativo a que se refiere la parte final del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso administrativo, es al acto ilícito, en el cual la expresión de voluntad del Estado nace viciada bien por violencia, por error o por dolo, no al acto inconstitucional e ilegal de que trata el artículo 69 del C.C.A., que habiéndose formado sin vicios en la manifestación de voluntad de la administración, pugna contra la Constitución o la ley.

La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica porqué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.

Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero, pues en eso la ley no hace diferencia. Pero además, el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.⁹.

Por su parte, la Corte Constitucional ha afirmado que: “[...] no es suficiente acreditar que el acto administrativo que se pretende revocar sin consentimiento del titular sea contrario a la constitución o a la Ley (numeral 1 del artículo 69 del CCA) pues tendrá que demostrarse que dicho acto se obtuvo por algún medio ilegal o fraudulento (inciso segundo del artículo 73 del CCA) que vició la voluntad de la autoridad pública”¹⁰.

Igualmente, sobre la revocatoria directa sin que medie autorización escrita del interesado, la precitada providencia precisó:

Aunque por regla general, las autoridades públicas no pueden revocar actos administrativos de contenido particular y concreto sin el consentimiento expreso del titular, el legislador previó, tanto en el código contencioso administrativo anterior como en el actual, la posibilidad de omitir dicha autorización, en dos

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de julio de 2002, C.P.: Ana Margarita Olaya Forero. Rad.: 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029).

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-050 de 2017, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.



eventos: (i) cuando se trata de un acto ficto o presunto y (ii) cuando el mismo fue obtenido a través de medios ilegales o fraudulentos. [...]

Es importante aclarar, que en principio la Corte Constitucional apoyaba la tesis de que solo procedía la revocatoria directa de actos administrativos de contenido particular y concreto sin autorización expresa del titular, cuando su expedición era fruto de la aplicación del silencio administrativo positivo y cuando además de ello, su expedición se había dado por medios ilegales o fraudulentos. Sin embargo, en pronunciamientos posteriores, ha admitido que también pueden revocarse actos obtenidos a través de medios ilegales aunque no se trate de actos fictos o presuntos. [...]

Desde ahora, la Sala considera pertinente señalar que en ambas Corporaciones se ha consolidado un precedente uniforme relativo a los presupuestos que tiene que acreditar la Administración para revocar de manera directa un acto administrativo particular cuando se aduce que el mismo fue obtenido por medios ilegales. Tales condiciones se pueden resumir de la siguiente manera:

(i) La Administración debe adelantar el procedimiento establecido en el artículo 74 del CCA.

(ii) La ilegalidad debe ser evidente.

(iii) Debe existir una relación de causalidad entre la conducta ilegal y la expedición del acto administrativo que se pretende revocar. [...]

En resumen, en situaciones reguladas por el anterior código (Decreto 01 de 1984), la Administración puede revocar aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto que han creado situaciones jurídicas particulares y reconocido derechos de igual categoría, sin consentimiento del titular, cuando además de presentarse las causales generales de revocatoria (artículo 69 del CCA) también se comprueba que el mismo fue obtenido por medios ilegales o fraudulentos.

Para tal efecto, en caso de revocar de manera directa un acto administrativo de contenido particular y concreto aduciendo que el mismo fue expedido por medios ilegales la entidad pública deberá acreditar la eficacia del medio ilegal para la producción del acto que se pretende revocar. Ello supone, como mínimo, que la causa en la que se sustenta la ilegalidad del acto administrativo sea anterior a la expedición del acto administrativo.

Asimismo, la Administración deberá adelantar el procedimiento establecido en los artículos 28 y 74 del CCA. De acuerdo con ello, deberá comunicar a los particulares que puedan resultar afectados por la decisión de revocar un acto administrativo el inicio de la actuación administrativa que será adelantada con el fin de determinar las causas de la ilegalidad del acto y de encontrarlo necesario practicar las pruebas de oficio o a petición de parte que resulten pertinentes¹¹.

De las citas jurisprudenciales se desprende que, tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional, han coincidido en advertir que, con independencia de que el acto se pueda revocar directamente por reunirse alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A., y concurrir uno de los eventos de excepción para proceder sin el consentimiento del afectado, en cualquier caso, la

¹¹ *Ibidem.*



entidad, en aras de salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa, deberá observar el procedimiento previsto en los artículos 28 y 74 del C.C.A.

7.1.1) Del contenido particular y concreto de la Resolución 1893 de 2011:

Para determinar si la revocatoria de la Resolución 1893 requería del consentimiento de la demandante, es necesario identificar si este era un acto de contenido particular y concreto. Ciertamente, el acto administrativo en mención creó una situación jurídica de carácter particular y concreto, consistente en el reconocimiento que se hizo de la actora como denunciante de los bienes mostrencos, acontecimiento que sirvió de fundamento para suscribir el contrato de participación.

A partir de esto, resulta indiscutible que el derecho a suscribir el respectivo contrato de participación surgió como consecuencia directa del reconocimiento de la calidad de denunciante de bienes mostrencos que el ICBF produjo en cabeza de la señora Sara Jassir Celfite, reconocimiento que debía sustentarse, como en efecto se hizo, en el cumplimiento previo de los requisitos previstos por el ordenamiento.

Tanto es así que las disposiciones planteaban que, en el evento de existir una denuncia previa sobre los mismos bienes, el derecho a adquirir la calidad de denunciante y, consecuentemente, de contratista para iniciar las gestiones judiciales tendientes a obtener de la jurisdicción civil la declaratoria de mostrenco de esos recursos y, con ello, para recibir el porcentaje de participación derivado de la incorporación de esos dineros al patrimonio del ICBF, lo obtendría el primero en el tiempo; nótese cómo se perfiló la solución, en caso de existir un escenario de contienda en el que se discutiera quién saldría beneficiado con el reconocimiento de la condición de denunciante de los bienes en el evento de existir varias personas en esa situación.

Las ideas que anteceden no se distorsionan por el hecho de que el contrato de participación que habría de celebrarse como producto de ese reconocimiento y, que al cabo se perfeccionó en el *sub-lite*, hubiera contenido una prestación de naturaleza aleatoria en favor del denunciante, esto es, que pendiera de una condición atinente a la declaratoria judicial de que los bienes denunciados eran mostrencos.

Bajo estos términos, la Sala encuentra que, al contener un reconocimiento expreso de la condición de denunciante de bienes mostrencos a favor de la demandante, y al margen de que luego se concretara o no la expectativa de utilidad económica derivada de la suscripción del contrato de participación, la resolución revocada sí



creó una situación jurídica en favor de la ahora accionante, circunstancia que, al haber sido desconocida por cuenta de su posterior revocatoria, generó un efecto nocivo en su expectativa, al punto de que imposibilitó la ejecución del contrato de participación suscrito sobre la base de ese previo reconocimiento.

Ante estas condiciones, y con miras a proferir el acto que dispuso la revocatoria directa sin contar con el consentimiento expreso y escrito de la titular del reconocimiento que se removía, además de constatar que se reunían las causales legales contempladas para obrar en esa dirección, correspondía al ICBF verificar que concurría alguno de los supuestos de excepción que, de conformidad con el artículo 73 del C.C.A., así lo autorizaba.

7.1.2) De la improcedencia de expedir el acto de revocatoria directa de la Resolución 1893, sin contar con el consentimiento expreso de la accionante:

En apartes anteriores se explicó que, para revocar directamente un acto de contenido particular y concreto, como el analizado en esta oportunidad, sin obtener el consentimiento expreso y escrito del administrado, se requería: (i) que fuera una decisión resultante de la aplicación del silencio administrativo positivo, en la que se hubiese dado alguna de las causales del artículo 69 del C.C.A., o (ii) la demostración de que el acto que se pretendía revocar habría sido obtenido por medios ilegales o fraudulentos, que viciaron la voluntad de la autoridad pública.

No obstante, ninguno de los supuestos de exclusión tuvo ocurrencia en el *sub examine*. Al respecto, se evidencia que las razones en que el ICBF fundamentó la revocatoria de su acto, sin contar con el consentimiento de la accionante, radicaron en que:

(i) Existía una vulneración directa del artículo 48 de la Constitución Política, el cual contempla que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de seguridad social para fines diferentes a ella. Igualmente, que se presentó una transgresión a las normas del sistema de seguridad social, específicamente, al literal m) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, según el cual “*Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran*”.

Asimismo, que se desconocieron los artículos 8, 9 y 10 del Decreto 1161 de 1994, relativos al proceso de verificación, a los excesos en las consignaciones y a las consignaciones de personas no vinculadas y, de la misma manera, el artículo 5 del



Decreto 3995 de 2008, en el cual se reguló el procedimiento que debía seguirse en los eventos en que en las cuentas resultaran valores diferentes a los que legalmente corresponden. Como cimiento argumentativo de su decisión, el ICBF sostuvo (fl. 101, c1):

La normativa del Sistema de Seguridad Social colombiana es clara en señalar que los aportes que se realizan al Sistema que hacen parte de los Fondos de Pensiones son de propiedad de los afiliados identificados o por identificar y esa propiedad no se ve comprometida por procesos operativos como el de la acreditación de aportes de personas no vinculadas o de aportes cotizados erróneamente. Mientras que los recursos no sean acreditados en las cuentas de ahorros pensional individual de los afiliados no identificados al momento, las sumas permanecerán en las cuentas designadas arriba, [sic] Por su naturaleza se entienden propias del Sistema General de Seguridad Social, bajo la responsabilidad de una Sociedad Administradora, y no se puede entender que carecen de dueño aparente o conocido porque se encuentran en proceso de determinación.

Sobre el anterior argumento, que sirvió de apoyo a la expedición del acto acusado, la Sala considera que, al margen de concebir que, eventualmente, pueda asistirle razón al ICBF al alegar que las disposiciones mencionadas podrían resultar vulneradas con la decisión que se revisa, lo cierto es que, no obstante que la constatación acerca de la posible transgresión de las normas superiores constituye una causal de revocatoria del acto, claro es que su verificación, por sí sola, no faculta a la administración para que elimine su decisión sin la anuencia que, en ese sentido, le corresponde prestar al beneficiario en la forma dispuesta por la ley.

En acopio de la jurisprudencia anteriormente reseñada, se recuerda que la discordancia entre el contenido del acto que se pretende revocar y las normas superiores en que debe fundarse no lleva mecánicamente a afirmar que esa circunstancia se traduce en que el acto fue obtenido por medios ilegales, siendo esta última una situación autónoma que indefectiblemente debe ser acreditada.

Sin perjuicio de lo señalado, para la Sala es claro que la determinación relativa a la naturaleza de los bienes denunciados constituía un asunto cuyo esclarecimiento se hallaba reservado a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual el legislador predeterminó que el objeto del contrato de participación consistía en adelantar los trámites procesales pertinentes para que dicha jurisdicción hiciera la declaratoria de bienes mostrencos y los adjudicara al ICBF.

En síntesis, la aparente pugna que habría de presentarse entre las referidas normas constitucionales y legales y la Resolución 1893 de 2011, si bien podría constituir una causal de revocatoria del acto, no por ello guardaba correspondencia con el



supuesto normativo previsto para proceder a su remoción, sin obtener el consentimiento expreso y escrito de la denunciante, como en efecto se hizo.

(ii) Para el ICBF, la Resolución 1893 podía revocarse directamente, dado que en este caso la misma se obtuvo por medios ilegales, situación que, en su criterio, se materializó por el hecho de que su consentimiento se encontraba viciado por el error al que lo indujo la denunciante respecto de la naturaleza de los bienes, porque, según lo entendió inicialmente el instituto, los recursos denunciados eran saldos sin titulares identificables, cuando en realidad eran saldos que se encontraban en proceso de identificación (fl. 102, c1).

La Sala considera que el anterior argumento no está llamado a prosperar. Revisado el contenido del acto, para la Sala resulta evidente que, más allá de confluir un error en el convencimiento del ICBF acerca de la supuesta titularidad de los bienes denunciados, y de si los mismos se hallaban en proceso de identificación, lo que subyace en realidad es la divergencia sobrevenida entre la apreciación inicial del instituto -en todo caso, provisional- frente a la naturaleza de los recursos descubiertos, y la que posteriormente dispuso a las disposiciones constitucionales y legales que regulaban la destinación de los recursos del sistema de seguridad social.

Ciertamente, se observa que el supuesto error se configuró como consecuencia de la posterior exégesis que, con fundamento en las advertencias de la Contraloría General de la República, realizó el ICBF de las disposiciones que gobiernan el sistema de seguridad social, tales como las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y los decretos 1161 de 1994 y 3995 de 2008, los que, en conjunto, según afirmó, permitían suponer que los recursos objeto de la denuncia estaban solo transitoriamente en las cuentas denominadas “no identificados”, mientras se lograba la identificación real de los titulares.

De este modo, el error al que hace referencia el ICBF no se relacionó con que la denunciante hubiera ocultado información acerca del proceso de identificación de los titulares de las cuentas, o que se hubieran obtenido con posterioridad a la producción del acto pruebas fehacientes que dieran cuenta de una realidad desconocida y hasta entonces sin develar respecto de la identificación de los recursos denunciados.

Se agrega a lo anotado que, revisado el escrito de denuncia (fls. 48 – 51, c1), no se evidencia que allí se hubiera afirmado que los recursos depositados en las cuentas



se hallaban sin titular identificable, de manera que no se puede convalidar el dicho del instituto referente a la supuesta inducción a error de la que fue víctima por causa de la manifestación de la denunciante. Sencillamente, en ese documento se indicó el número de las cuentas, su denominación y el valor consignado.

Así, es evidente que el ICBF pretendió alegar como sustento del vicio del consentimiento una verdad revelada gracias a la posterior hermenéutica de esas disposiciones o, en términos del ICBF, derivado de una “[...] *laguna axiológica de orden interpretativo*” (fl. 101, reverso, c1), que al proferir el acto primigenio no fue tomada en consideración y que, al parecer, fue orientada por la Contraloría General de la República al ejercer su función de advertencia, cuestión que, a lo sumo, configuraría un error de derecho que, en manera alguna, tiene la virtualidad de viciar el consentimiento, y menos aún permite sostener que el acto revocado se obtuvo por medios ilegales.

Con apoyo en lo expuesto, la Sala no encuentra una justificación que hubiera habilitado al ICBF para revocar directamente la Resolución 1893 de 2011, sin obtener previamente el consentimiento de la interesada, toda vez que no se presentaron los supuestos de excepción contemplados en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo para amparar esa conducta.

No era suficiente alegar la oposición entre la resolución y la Constitución o la ley, pues debía demostrarse que el acto se obtuvo por medios ilegales, actividad probatoria que la defensa no desplegó.

Con base en lo explicado, la Sala encuentra que la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012 transgredió las normas en que debió fundarse, específicamente, el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, por haber revocado directamente un acto administrativo de contenido particular y concreto sin haber obtenido el consentimiento expreso y escrito del beneficiario para ese propósito, y sin que se configurara un supuesto de excepción que admitiera prescindir de esa exigencia.

7.1.3) De la vulneración al debido proceso a raíz de la expedición de la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012:

La parte actora alegó, en el transcurso del proceso, que la resolución contentiva de la revocatoria directa transgredió el derecho al debido proceso. La primera instancia no emitió pronunciamiento expreso sobre este cargo de nulidad.



Así, aunque el análisis realizado con anterioridad sería suficiente para declarar la nulidad del acto atacado, la Sala estima pertinente resolver el presente cargo de ilegalidad, en consideración a que el *a quo* no dijo nada sobre el particular.

El artículo 74 del Decreto 01 de 1984, al amparo del cual se adelantó la actuación administrativa en la que se expidieron los actos materia de controversia, dispuso el procedimiento que debía seguirse para la revocatoria directa de las decisiones de contenido particular y concreto:

Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código. En el acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo se ordenará la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo 42 y se ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes.

El beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca.

En concordancia con lo anterior, el artículo 28 *ibídem* prescribe que: “Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma. En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35”.

A su turno, los artículos 14, 34 y 35 del C.C.A., que, por remisión del anterior precepto deben aplicarse, contemplan:

ARTÍCULO 14. CITACIÓN DE TERCEROS. Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente. [...]

ARTÍCULO 34. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.

ARTÍCULO 35. ADOPCIÓN DE DECISIONES. 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 al menos en forma sumaria si afecta a particulares [...].



Establecido lo anterior, resulta pertinente anotar que el supuesto de la revocatoria directa frente al acto obtenido por medios fraudulentos, aun en el evento hipotético de considerarse que así hubiese sido, no implica -en modo alguno- la imposición sorpresiva de la decisión ni la violación del derecho a ser oído que tiene el particular afectado en forma previa a la decisión de la administración. La no exigencia del consentimiento no se opone al imperativo de observar el debido proceso en relación con aquel particular en cuyo favor el acto ha creado una situación jurídica.

Dicho esto, la Sala no encuentra evidencias en el expediente, como tampoco referencias a las mismas en la motivación del acto acusado, que den cuenta de la observancia de las disposiciones en comento, falencia que, sin mayor análisis, conduce a colegir que en el presente caso la entidad no respetó el debido proceso.

Esta transgresión de los artículos 28 y 74 del C.C.A. constituye una razón adicional para considerar que la Resolución 1840 se encuentra viciada de nulidad, por lo que así será declarado en esta providencia, sin que resulte necesario proveer sobre los demás cargos de invalidez planteados en la demanda.

7.1.4) De la nulidad de la Resolución 4194 del 1 de agosto de 2012:

La Sala considera que la Resolución 4194 del 1 de agosto de 2012, en cuanto resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora en contra la Resolución 1840, debe correr la misma suerte de esta última, consistente en su declaratoria de nulidad, en la medida en que juntas conforman una unidad jurídica que impide predicar la independencia del acto inicial respecto de aquel que posteriormente definió la impugnación interpuesta en su contra.

Es claro que uno y otro constituyen decisiones inescindibles, en tanto su contenido se encuentra directamente vinculado, por manera que de esta condición se derivaba el deber de desvirtuar su presunción de legalidad de manera conjunta.

Como resultado de todo lo expuesto, la Sala declarará la nulidad de la Resolución 4194 del 1 de agosto de 2012, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte actora en contra de la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012.



7.2) De la nulidad del Oficio No. 10200 del 16 de mayo de 2012:

La señora Sara Jassir Celfite señaló que el oficio de la referencia contenía la decisión ilegal de dar por terminado unilateralmente el Contrato de Participación 194, por cuanto el ICBF carecía de competencia para adoptar esa decisión.

Sobre el particular, el tribunal de primera instancia resolvió que el oficio acusado de ilegalidad no constituía un acto administrativo susceptible de ser demandado, en atención a que correspondía a una mera comunicación en la cual la entidad informó a la demandante su intención de dar por terminado anticipadamente el negocio jurídico.

En relación con este punto, la Sala comparte el razonamiento del tribunal *a quo*, pues de la literalidad del oficio emanado del ICBF, la única interpretación que puede ofrecerse a su contenido alude a aquella según la cual la entidad, a través de su remisión, intentó promover un acercamiento con la denunciante contratista para que, de mutuo acuerdo, dieran por terminado el acuerdo negocial.

En ese orden de ideas, se concluye que el Oficio 10200 no originó el efecto jurídico adverso que se pretendió atacar en la demanda, dado que su objeto fue netamente propositivo.

Se desprende de lo enunciado, que el escrito contentivo del oficio en cuestión no gozó de la naturaleza de un acto administrativo, en razón a que no se identificó con una manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad, expedida en ejercicio de una función administrativa, y encaminada a producir efectos dirigidos a crear, modificar o extinguir una situación jurídica de carácter general o particular.

Se añade que no reposan en el expediente elementos de convicción que brinden información acerca de si la terminación de mutuo acuerdo propuesta se materializó, como tampoco existe evidencia demostrativa de que la entidad hubiera dispuesto su finalización de manera unilateral¹².

En esa medida, la Sala debe acoger las consideraciones del *a quo*, con arreglo a las cuales indicó que no podía emitirse pronunciamiento de fondo atinente al oficio del 16 de mayo de 2012, por no constituir un acto administrativo susceptible de demanda.

¹² Incluso, en la audiencia inicial, del 12 de agosto de 2014, el apoderado de la parte demandada manifestó que el Contrato 194 de 2011 no se había terminado (fl. 263, c1).



7.3) De la improcedencia de declarar la nulidad absoluta del Contrato 194 de 2011

La Sala recuerda que en la sentencia apelada se declaró la nulidad absoluta del Contrato 194 de 2011, por considerar que su celebración se hallaba viciada de objeto ilícito, tras haberse perfeccionado en contra de expresa prohibición constitucional, contenida en el artículo 48 de la Carta Política.

La recurrente, por otro lado, alegó que la determinación sobre si los bienes eran o no mostrencos le correspondía exclusivamente al juez civil, y que los recursos objeto de la denuncia no pertenecían al sistema general de pensiones, por lo que su declaratoria como mostrencos no desconocía el artículo 48 superior.

Para desatar este asunto, la Sala reitera que el objeto del Contrato de Participación 194 de 2011 consistió en que el contratista se obligaba a adelantar las gestiones judiciales y extrajudiciales necesarias para que los bienes objeto de la denuncia le fueran adjudicados y entregados real y materialmente al ICBF.

Igualmente, en el numeral 4) del apartado denominado “*CONSIDERACIONES*” del texto contractual, se indicó que se debía suscribir el “[...] *contrato de participación con la denunciante conforme al artículo 99 del Decreto 2388 de 1979 con el fin de obtener la declaración judicial de los bienes como vacantes o mostrencos o de la vocación hereditaria del Instituto y su adjudicación a EL [sic] ICBF*” (fls. 72 – 76, c1).

Se resalta de estos apartes que el objeto del Contrato de Participación 194 de 2011 no fue una materia reservada a la libre disposición de las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, en consideración a que la prestación convenida en cabeza de ambos extremos fue previamente determinada por el ordenamiento al contemplar, por un lado, que en el escrito de denuncia se “[...] *manifestará su propósito de celebrar el respectivo contrato para obtener la declaración judicial de que los bienes son vacantes o mostrencos y su adjudicación al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [...]*” (artículo 1 del Decreto 3421 de 1986), y, de otra parte, que “*Los denunciantes de bienes [...] mostrencos [...], una vez los respectivos bienes ingresen real y materialmente al patrimonio del Instituto, tienen derecho al pago de una participación económica, sobre el valor efectivamente percibido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo a la siguiente escala [...]*” (artículo 107 del Decreto 2388 de 1979, modificado por el artículo 4 del Decreto 3421 de 1986).



En consonancia, resulta útil precisar que el Decreto 1400 de 1970, por el cual se expidió el Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en que se celebró el Contrato de Participación 194 de 2011, en el artículo 7, previó que: *“La administración de justicia en el ramo civil, se ejerce permanentemente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, las salas civiles de los tribunales superiores de distrito judicial, los jueces de circuito, municipales, territoriales y de menores [...]”*.

Por su parte, el artículo 12 *ibídem* dispuso que *“Corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por la ley a otras jurisdicciones”*. En armonía con lo anotado, y con arreglo a lo dispuesto en el numeral 10) del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los asuntos asignados a la jurisdicción civil se enlistaron los siguientes: *“En los procesos divisorios, de deslinde y amojonamiento, de expropiación, de servidumbres, posesorios de cualquier naturaleza, de restitución de tenencia, de declaración de pertenencia y de bienes vacantes y mostrencos, será competente de modo privativo el juez del lugar donde se hallen ubicados los bienes, y si éstos comprenden distintas jurisdicciones territoriales, el de cualquiera de ellas a elección del demandante”*.

A su turno, el artículo 422 *ibídem* establece:

La demanda para que se declaren vacantes o mostrencos determinados bienes, sólo podrá instaurarse por la entidad a la cual deban adjudicarse conforme a la ley. Siempre que en la oficina de registro de instrumentos públicos figure alguna persona como titular de un derecho real principal sobre el bien objeto de la demanda, éste deberá dirigirse contra ella. De la misma manera se procederá cuando existan personas conocidas como poseedoras de dicho bien. En los demás casos no será necesario señalar como demandado a persona determinada.

En el auto admisorio de la demanda se ordenará notificar personalmente a quien figure como demandado, emplazar a las personas que puedan alegar derechos sobre el bien, se decretará el secuestro de éste, se señalará fecha y hora para la diligencia y se hará la designación de secuestro.

Si al practicarse el secuestro, los bienes se hallan en poder de persona que alegue y demuestre algún derecho sobre ellos o que los tenga a nombre de otra, se prescindirá del secuestro y se prevendrá a dicha persona para que comparezca al proceso.

Para que proceda la declaración de que un inmueble rural es vacante, se requiere que el demandante haya demostrado que aquél salió legalmente del patrimonio de la Nación.

Es aplicable a este proceso lo dispuesto en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 407.

En este proceso no se aplicará el artículo 101.



La Sala aprecia con nitidez que el objeto del Contrato de Participación 194 de 2011 se circunscribió a que la denunciante llevara el asunto a debate ante la instancia competente de la jurisdicción civil, con el fin de que esa autoridad judicial, en ejercicio de sus competencias privativas, esclareciera la naturaleza de los bienes denunciados como mostrencos y, de convenir acerca de la misma, procediera a su declaratoria y consecuentemente ordenara su adjudicación al ICBF. Se sigue de lo anotado que la retribución acordada en favor del denunciante se sujetaba a la condición de que los dos supuestos anteriores se materializaran.

De lo dicho también se deriva la ausencia de discusión en relación con el hecho de que la competencia para emitir la declaratoria sobre la naturaleza de mostrencos de los bienes denunciados, o en defecto para negarla, radica en la jurisdicción civil.

Con apoyo en las dos premisas sentadas, la Sala considera que este escenario procesal no puede convertirse en un espacio o medio de habilitación para arrogarse competencias que se encuentran atribuidas por la legislación interna al juez civil, en cuanto a la declaración de la naturaleza de los bienes mostrencos.

En esas condiciones, la Sala estima que convalidar la declaratoria de nulidad del contrato, con sustento en el hecho de que los recursos denunciados no ostentaban la naturaleza de bienes mostrencos, por cuanto, al pertenecer al sistema de seguridad social, contaban con destinación específica como lo puntualizó el *a quo* equivaldría a: (i) emitir, sin el mínimo análisis normativo y probatorio, una declaración anticipada acerca de la falta de correspondencia de aquellos con esa categoría de bienes, y (ii) arrogarse una atribución para proferir una decisión respecto de una materia que, por completo, escapa a la esfera de competencia de esta jurisdicción.

Además, no resulta ajustado prohijar la confusión que parece subyacer en el argumento que dio lugar a la declaratoria oficiosa de nulidad del contrato, y sobre cuya base se entendió que el mismo fue celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal.

Con el propósito de esclarecerla, debe acotarse que una cosa es afirmar que el objeto del contrato recayó sobre bienes mostrencos, sin que ellos se hallaran revestidos de esa naturaleza, y otra muy distinta es advertir que la prestación envuelta en la celebración de ese acuerdo comercial se encaminó a realizar las gestiones para determinar la naturaleza de esos bienes, siendo esta última la



comprensión que merece dispensarse al clausulado contractual que integró el negocio jurídico.

Siguiendo el lineamiento trazado, la Sala revocará la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta que pesó sobre el Contrato 194 de 2011. En su lugar, en consideración a que, por virtud de esta providencia, desaparecerá el acto que revocó el reconocimiento como denunciante de la actora, y que dotó de fundamento jurídico al mencionado convenio, se recobrarán la vigencia de dicho acuerdo, siendo posible que las partes determinen si continúan con su ejecución o si lo terminan de mutuo acuerdo.

Si bien la actora solicitó que se le ordenara a la entidad demandada cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato 194, lo cierto es que la Sala no puede acceder a dichas pretensiones, en tanto el juez de lo contencioso administrativo no se encuentra habilitado para ordenarle a la administración el cumplimiento de sus negocios jurídicos, ya que esto derivaría en una coadministración.

La competencia de esta jurisdicción, a la luz de la normativa vigente, se limita a declarar el incumplimiento del contrato y, de ser el caso, a ordenar la indemnización de perjuicios. Sin embargo, en esta oportunidad, y como se explicará de mejor manera en el título siguiente, no es procedente ordenar el pago de perjuicios, dado que la actora solo gozaba de una expectativa, que se condicionaba a que el juez civil reconociera la calidad de mostrenco de los bienes y ordenara su adjudicación al ICBF. Bajo este panorama, y como se dijo anteriormente, las partes serán quienes deberán determinar si ejecutan el contrato o si lo dan por terminado.

7.4) De los perjuicios solicitados por la actora:

Como argumento final de la impugnación, la demandante insistió en el reconocimiento de los perjuicios materiales que se le causaron al habersele privado de recibir el 10% del valor de los recursos denunciados, como retribución pactada en el acuerdo de participación.

En relación con este tópico, para la Sala resulta conveniente hacer extensivas a esta cuestión las reflexiones expuestas en acápites precedentes, relacionadas con la naturaleza condicional y aleatoria de la remuneración estipulada a favor de la denunciante por la gestión encomendada, y que habría de consistir en adelantar las actuaciones procesales conducentes para obtener la declaración judicial por parte de la jurisdicción ordinaria de que los bienes denunciados son mostrencos.



Cabe reiterar que únicamente en el evento de que la jurisdicción ordinaria establezca que el bien denunciado ostenta la calidad de mostrenco, y ordene su incorporación al patrimonio del ICBF, se habría de cumplir la condición prescrita por las disposiciones que regulan este trámite para que la demandante, en calidad de denunciante contratista, concrete su expectativa a percibir el porcentaje de participación respecto de los bienes denunciados. De lo contrario, no se concretará esa expectativa.

Ahora bien, para la Subsección es importante, además, dejar claro que no se ha configurado una indemnización derivada de un daño por pérdida de oportunidad, el cual se explica como un menoscabo con identidad propia que surge cuando se ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un detrimento, circunstancia que, a la postre, no acaeció en este caso¹³.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación¹⁴ ha reconocido pacífica y reiteradamente que la pérdida de oportunidad, como fuente indemnizatoria, debe reunir los siguientes requisitos: (i) la certeza de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque esta involucre un componente aleatorio; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar un detrimento, y (iii) que la víctima se encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado¹⁵.

En ese orden de ideas, es claro que la anulación de la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012 no le da el carácter de cierto al daño por pérdida de oportunidad, porque la actora no perdió definitivamente la posibilidad de obtener las sumas pactadas en el contrato de participación, en la medida en que aquello supone, como ya se dijo, el trámite de un proceso judicial previo. Tampoco se encuentra en una situación potencialmente apta para haber sido beneficiada con aquel monto, dado que este depende del *alea* propia de un sumario que puede o no decretar el bien como mostrenco. Con todo, aún tiene la posibilidad de obtener el porcentaje esperado, ya que, de conformidad con las decisiones aquí tomadas respecto a la ejecución del negocio jurídico, es claro que todavía puede obtener dichos rubros.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de agosto de 2019. Exp.: 43.826.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de enero de 2013, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp.: 23.769. Reiterada por esta misma Subsección en la Sentencia del 8 de febrero de 2017, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Exp.: 41.073.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp.: 18.593.



Por estas razones, ante la ausencia del segundo y tercer elemento de la pérdida de oportunidad, el daño se torna, bajo esta hipótesis, en incierto¹⁶.

De esta forma, los perjuicios reclamados, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, no tienen el carácter de ser ciertos y actuales, dado que su existencia depende aún de una condición que no ha ocurrido. Lo advertido se opone a que, en esta oportunidad, se emita algún tipo de reconocimiento económico a favor de la accionante.

Tampoco reposan en el expediente elementos de prueba que permitan concluir la afectación patrimonial sufrida por la demandante por la expedición de los actos administrativos que serán anulados. Como consecuencia, no prospera el reconocimiento de los perjuicios solicitados.

8) Costas:

La entidad demandada adhirió al recurso de apelación interpuesto por la actora, con el fin de que se condenara en costas a la demandante; sin embargo, atendiendo al resultado del proceso, la Sala no estima de recibo su solicitud.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. consagra que “[...] *la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*”.

De esta manera, con independencia de la buena fe con que las partes hubiesen obrado en el presente recurso, por regla general, debe ser condenado en costas el extremo vencido o al que se le resuelve desfavorablemente el recurso, con apego a los dictados del artículo 365 del Código General del Proceso.

Como consecuencia, en la medida en que el recurso de apelación prosperó parcialmente a favor del extremo demandante, la Sala se abstendrá de condenar en costas por la segunda instancia¹⁷.

¹⁶ Al respecto, consultar, por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 16 de mayo de 2019, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.: 49.252.

¹⁷ De conformidad con el numeral 5) del artículo 365 del C.G.P., que prescribe: “[...] 5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*”.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCAR la Sentencia del 9 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012, mediante la cual el ICBF revocó directamente la Resolución 1893 del 23 de mayo de 2011, atendiendo a las consideraciones plasmadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 4194 del 1 de agosto de 2012, por medio del cual el ICBF resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte actora en contra de la Resolución 1840 del 11 de mayo de 2012.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ