



LIBERTAD DE ELEGIR PROFESIÓN U OFICIO – Evolución / LIBERTAD DE ELEGIR PROFESIÓN U OFICIO – Límites / LIBERTAD DE ELEGIR PROFESIÓN U OFICIO – Facultad de inspección y vigilancia del Estado

La Constitución de 1886 original consagró la libertad de escoger “ocupación u oficio” derecho a su ejercicio; previó su inspección en aras del orden público; y facultó al legislador para exigir títulos de idoneidad que habilitaran el ejercicio de la medicina y sus profesiones auxiliares. (...) El artículo 15 del Acto Legislativo No. 1 de 1936 - incorporado al cuerpo constitucional como artículo 39 - reiteró la libertad de escoger profesión u oficio, pero amplió a todas las profesiones la facultad del legislador para exigir títulos de idoneidad. (...) La libertad y el derecho comentados fueron recogidos en el artículo 26 de la Constitución de 1991: “Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.” Como puede observarse, la tradición constitucional incluye: (i) la libertad de las personas para escoger profesión u oficio; (ii) el derecho a ejercer la profesión u oficio escogido; (iii) las limitaciones al derecho, expresadas en la exigencia de títulos de idoneidad y en la inspección y vigilancia del Estado, tomando en consideración los riesgos que su ejercicio pueda acarrear a la sociedad; y (iv) la reserva legal para su regulación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991 – ARTICULO 26

FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA – Responsabilidad en el ejercicio de las profesiones

En cumplimiento de sus fines constitucionales, el Estado goza del ius puniendi o derecho a castigar o sancionar, que comprende: (i) el derecho penal, asignado a los jueces, y (ii) el derecho administrativo sancionador, atribuido a las autoridades en ejercicio de la función administrativa, para sancionar directamente el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley a los particulares y a los servidores públicos. (...) La facultad de la administración para imponer sanciones a sus propios funcionarios y a los particulares que ejercen funciones públicas se configura en el derecho disciplinario, que tiene la finalidad de garantizar la ética en el servicio público y la observancia y cabal realización de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que informan la función pública. (...) La responsabilidad en el ejercicio de las profesiones, prevista en el artículo 26 de la Constitución Política y en los términos que defina la ley, es objeto del derecho disciplinario. Como se explica a continuación, la potestad sancionatoria del Estado que el derecho disciplinario regula puede ser ejercida también por los particulares, quienes, en consecuencia, quedan sujetos a las condiciones y responsabilidades que rigen la función pública de que se trata.

EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES – Responsabilidades / EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES – Acción de repetición

El artículo 26 de la Constitución radica en cabeza de “las autoridades” las funciones de inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones u oficios. El término genérico, “las autoridades”, como también lo ordena el citado artículo 26, debe ser concretado, lo cual es de competencia exclusiva del legislador, que goza de una amplia potestad de configuración por cuanto el mencionado artículo 26 no establece restricciones o condicionamientos. En consecuencia, el legislador puede, como lo ha hecho, asignar las supra dichas funciones a los particulares, sin que estos trasmuten en servidores públicos. (...) Ejercer funciones públicas implica necesariamente la sujeción de las actuaciones del particular a los regímenes sustanciales y procesales que apliquen a la respectiva función y, por consiguiente, el deber de asumir también las responsabilidades correlacionadas, en los términos que haya fijado la ley, como lo señala la jurisprudencia constitucional. (...) El legislador se ha ocupado de incluir a los particulares que ejercen la función administrativa en la estructura y el funcionamiento de la administración pública, los ha asimilado a “autoridades”, ha previsto el control judicial de su actividad, y ha diseñado las normas que identifican y regulan el alcance de su responsabilidad en los ámbitos disciplinario, fiscal, penal y patrimonial. Los particulares, cuando están en ejercicio de la función administrativa, son sujetos “en lo pertinente” de las normas sobre organización y funcionamiento de la administración pública, contenidas en la Ley 489 de 1998 que reglamenta la organización y el funcionamiento de las autoridades nacionales que ejercen la función administrativa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991 – ARTICULO 116 / CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991 – ARTICULO 123 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 2

EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES – Profieren actos administrativos susceptibles de control judicial

Las actuaciones a través de las cuales se cumple la función administrativa, reguladas por normas especiales y, en su defecto, por la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, se expresan por regla general en actos administrativos. La jurisprudencia y la doctrina son coincidentes en definir el acto administrativo como la expresión de la voluntad unilateral de la autoridad administrativa, que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas. El artículo 43 de la Ley 1437 en cita define el acto administrativo definitivo: “Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.” Asimismo en el artículo 74 establece la procedencia de los recursos de reposición, apelación y queja, contra los actos definitivos, como regla general; y en el artículo 75 dispone la improcedencia de los mencionados recursos cuando se trate de actos generales, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo disposición legal en contrario. Los actos administrativos son objeto de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme lo prevé el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Parte Segunda, artículo 104(...). Con relación a los particulares que ejercen función administrativa, las disposiciones de la Segunda Parte del Código, sobre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al distribuir las competencias entre el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Jueces administrativos, hacen expresa referencia a la nulidad de los actos administrativos de las personas o entidades de derecho privado cuando cumplen funciones administrativas. Igualmente, en la nulidad con restablecimiento del derecho deben entenderse comprendidos los actos de los particulares en ejercicio de función administrativa puesto que las respectivas

reglas de competencia se refieren a los actos de las “autoridades” o de “cualquier autoridad”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 43 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 25

PARTICULARES EN EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS – Responsabilidad disciplinaria, fiscal, penal y patrimonial

La ley regula los distintos ámbitos de la responsabilidad que asumen los particulares cuando ejercen funciones públicas. Veamos: a) La responsabilidad disciplinaria: La conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas es objeto del control denominado disciplinario, regulado actualmente en el Código Único Disciplinario -Ley 734 de 2002-, con las adiciones de la Ley 1474 de 2011.

(...) b) La responsabilidad fiscal. La Constitución Política – artículo 267, inciso primero - ordena a la Contraloría General de la República vigilar la gestión fiscal de “los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación”. La Ley 42 de 1993, sobre organización y competencias para el ejercicio del control fiscal, se refiere de manera expresa a “los particulares que manejen fondos o bienes del Estado”, como sujetos pasivos del control fiscal en las administraciones nacional y territorial (artículos 2º y 3º). También los incluye en la definición del control fiscal (inciso primero del artículo 4º). (...) c) La responsabilidad penal. El Código Penal vigente, expedido por la Ley 599 de 2000, optó por considerar como servidores públicos a “los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria”, así como a las personas que administran los recursos fiscales y parafiscales de que trata el artículo 338 de la Constitución. Por consiguiente, cuando actúen en los supuestos de la norma serán responsables de las conductas tipificadas como delitos para los servidores públicos en la misma ley penal. De manera específica, en la actividad contractual con el Estado, la Ley 80 de 1993 consagra la responsabilidad penal de los servidores públicos por acción u omisión (artículo 51). En virtud de la asimilación hecha por el artículo 20 del Código Penal, los particulares que en ejercicio de la función administrativa celebren contratos estatales son responsables penalmente. La Ley 80 en cita también hace responsables penal y civilmente, a los consultores, interventores y asesores externos que incumplan sus obligaciones contractuales o que incurran en hechos u omisiones que causen daño a las entidades contratantes (artículo 53 modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011). d) La responsabilidad patrimonial. Con la Constitución de 1991 fue elevada a rango constitucional la responsabilidad patrimonial del Estado por actos u omisiones de las autoridades así como la facultad para el mismo Estado de repetir contra el agente que por dolo o culpa causó el daño. (...) Así, el ejercicio de la función pública también impone a los particulares la obligación de responder pecuniariamente por los perjuicios causados con su actuar doloso o gravemente culposos, para lo cual pueden ser llamados en garantía dentro del proceso en el que se debata la responsabilidad del Estado o bien pueden ser demandados por la respectiva entidad pública, en repetición, tal como se prevé respecto de los servidores o ex servidores públicos. De la repetición conocen en primera instancia los tribunales y los jueces administrativos, según la cuantía.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 43 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 25

CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La capacidad para ser parte no conlleva per se el derecho a intervenir en el proceso y a realizar válidamente los actos procesales. Este derecho, que es la capacidad procesal o capacidad para comparecer en el proceso, puede ejercerse en nombre propio cuando la ley expresamente lo prevé. Debe ejercerse a través de representante legal en el caso de las personas jurídicas o de los incapaces, por ejemplo. En todo caso, como regla general debe ejercerse a través de apoderado por razón del llamado derecho de postulación. Ahora bien, para que pueda proferirse sentencia de mérito es preciso que ambas partes estén “legitimadas en la causa”, lo cual significa que quienes concurren al proceso como parte demandante y como parte demandada, tienen relación “con el interés sustancial que se discute en el proceso”, es decir, que la parte demandante tiene el derecho de postular las pretensiones – legitimación por activa -, y la parte demandada es titular de las correlativas obligaciones – legitimación por pasiva -. (...) En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la capacidad y la representación se regulan en el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011. (...) En el CPACA la capacidad para ser parte, es decir, para comparecer en el proceso, no está determinada por la personalidad jurídica. Conforme al artículo 159 transcrito, las personas jurídicas y “los demás sujetos de derecho” a los que la ley confiera esa capacidad, como los órganos u organismos estatales, los órganos de control, las Ramas Legislativa y Judicial, pueden obrar como demandantes, demandados o intervinientes, “por medio de sus representantes debidamente autorizados”. La norma en comento, al habilitar la comparecencia en el proceso, lo hace en consideración a la función pública que ejercen los órganos, organismos, entidades y particulares que la misma enuncia. Y, además, se ocupa de su representación. Por consiguiente, las autoridades que el transcrito artículo 159 relaciona, comparecen en el proceso en representación de la persona jurídica pública que es, en últimas, la obligada como consecuencia de la acción u omisión de sus agentes, y será por consiguiente quien responda por el daño y la condena si tales son los resultados del proceso. Ha de agregarse que dicha representación debe ser ejercida a través de abogado inscrito, de acuerdo con el mandato del artículo 160 de la Ley 1437. (...) Advierte la Sala que el articulado del CPACA en materia de partes e intervinientes debe ser complementado, para su interpretación y aplicación, con los preceptos correspondientes del CGP. Asimismo, debe tenerse presente que de conformidad con los artículos citados y transcritos atrás, en el CPACA el “interés directo” para intervenir en el proceso puede derivar de (i) la demanda o (ii) “de las actuaciones acusadas”, punto este de especial interés para el asunto materia de la consulta. (...) En el escenario actual, la aproximación y el análisis de las distintas figuras y formas establecidas para la función pública de inspección, vigilancia y control del ejercicio de las profesiones son asuntos en extremo casuísticos, y su individualidad ha generado dificultades en lo que respecta a la capacidad y la obligación de intervención de tales organismos en los procesos judiciales en los cuales, precisamente, se discute la legalidad de sus decisiones y los efectos de las mismas. Dado que a pesar de la diversidad de formas y facultades, es lo cierto que las actuaciones y decisiones de estos organismos obligan a la persona jurídica Nación, el efecto en materia de intervención procesal es la obligación expresa e ineludible del ministro o su delegado, de intervenir en representación y defensa de los intereses públicos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 159 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 160 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 171 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 172

INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DEL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES

Reitera la Sala lo señalado en el concepto del 21 de octubre de 2010 acerca de “la naturaleza y régimen de las organizaciones encargadas de la función disciplinaria enmarcada dentro de la obligación constitucional de inspección, control y vigilancia de algunas profesiones, -a los que la ley ha denominado en términos generales Consejos Profesionales o tribunales de ética-.” En efecto resulta útil subrayar lo dicho en el mencionado Concepto acerca de “la diversidad de formas y figuras utilizadas por el legislador... [los] rasgos comunes a estos organismos, como la carencia de personería jurídica, la falta de definición legal de su naturaleza jurídica, su dependencia presupuestal de la Nación, la relación directa con un Ministerio, el ejercicio de una función pública, etc... [y] en general que tales consejos y tribunales constituyen un tipo especial y sui generis de organismos públicos, integrados a la Administración Pública a partir de una especial relación interadministrativa, de la cual se derivan diversas consecuencias jurídicas y prácticas en su organización y funcionamiento”. (...) Estima la Sala necesario destacar que los tribunales – nacionales y seccionales o departamentales - de ética médica, odontológica y de enfermería, fueron creados por la ley. En consecuencia deben considerarse como autoridades nacionales que ejercen de manera desconcentrada la función pública para la cual fueron creados. Además en sus leyes de creación se dispuso, en todos los casos, que la jurisdicción es nacional pues la función se confiere respecto del ejercicio profesional “en Colombia”; y la sede principal de los tribunales nacionales es la capital del país. Por consiguiente, son autoridades nacionales. Las leyes de creación de los tribunales nacionales contemplan la creación de los tribunales seccionales (de ética médica y odontológica) y departamentales (de enfermería), con lo cual consagró el ejercicio desconcentrado de la función pública asignada. (...) La financiación con cargo a los presupuestos departamentales, de los tribunales seccionales médicos y odontológicos, y departamentales de enfermería, prevista en la Ley 715 de 2002, no significa que tales tribunales se hayan incorporado al nivel territorial pues la Ley 715 en cita no contempló tal efecto y las leyes de creación, aún anteriores, son especiales y prevalecen en punto a la organización de la función disciplinaria.

TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA, ODONTOLÓGICA Y DE ENFERMERÍA – Pertenencia al Sector Administrativo de Salud y Protección Social / TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA, ODONTOLÓGICA Y DE ENFERMERÍA – Finalidad / MIEMBROS DE TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA, ODONTOLÓGICA Y DE ENFERMERÍA – Son particulares encargados del ejercicio de una función pública de naturaleza administrativa y profieren actos administrativos susceptibles de control judicial

Las leyes de creación de los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería no previeron su “adscripción” o su “vinculación” al Ministerio de Salud (para la época), de manera que en el sentido literal de la definición legal de “sector administrativo” contenida en el artículo 42 de la Ley 489 de 1998, no integran el actual Sector Administrativo de Salud y Protección Social. No obstante, en el concepto emitido por esta Sala el 21 de octubre de 2010, que da lugar a la consulta que ahora se absuelve, se hizo un exhaustivo repaso de la legislación y la línea jurisprudencial relativas a la naturaleza de los tribunales de ética y de las demás instituciones a través de las cuales el Estado ejerce sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre determinadas profesiones, y la vinculación que necesariamente tienen con la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, y que las lleva a ser consideradas parte del ámbito de un determinado sector administrativo. Respecto de los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, las leyes de creación, sin integrarlos a la estructura de la Rama Ejecutiva, estableció la intervención del Ministerio de Salud, hoy de Salud y Protección Social, en la

designación de sus miembros y en la revisión de una de las sanciones que pueden imponer. (...) Como los miembros de los tribunales seccionales son elegidos por el Tribunal Nacional, indirectamente hay una intervención del Ministerio de Salud y Protección Social. Corresponde también al Ministerio fijar las remuneraciones de los miembros de los tribunales y del personal de apoyo, como lo prevé el artículo 91 de la Ley 23. La Ley 23, en su artículo 89 establece el recurso de apelación ante el Ministerio de Salud de la sanción de suspensión por 5 años, prevista en el literal d) del artículo 83 ibidem. Disposiciones en el mismo sentido se encuentran en los artículos 60, 62, 85 y 87 de la Ley 35 de 1989, respecto de los tribunales de ética odontológica. (...) Las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y 266 de 1996, respectivamente, dispusieron la creación de los Tribunales de Ética Médica, Ética Odontológica y Enfermería, y les confirieron “autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio” de las disciplinas en mención. Los procesos disciplinarios ético-profesionales conllevan la potestad sancionatoria del Estado, dirigida en este caso a los profesionales de la medicina, la odontología y la enfermería, con el fin de garantizar la adecuación de su conducta a la ética de la profesión, y a los deberes funcionales a los que están sujetos. Los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería y quienes los integran ejercen una función pública, de naturaleza administrativa, y de carácter sancionatorio. (...) Las Leyes 23 de 1981 (artículos 64 y 68), 35 de 1989 (60 y 64) y 266 de 1996 (artículo 12) ordenan que los respectivos tribunales se integren con profesionales de la medicina, la odontología y la enfermería, esto es, con particulares. Las Leyes 23 y 35 agregaron también que los mencionados particulares no se consideran servidores públicos por la asignación de la función de naturaleza pública. Aclaración que no se contiene en la Ley 266 sin que por ello pueda interpretarse que los miembros de los tribunales éticos de enfermería sean empleados públicos. Se trata entonces de particulares encargados del ejercicio de una función pública de naturaleza administrativa. (...) Tratándose de particulares en ejercicio de una función pública de naturaleza administrativa, los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería y sus miembros, son autoridades (artículo 2º de la Ley 1437 de 2011); forman parte de la organización de la administración pública (Ley 489 de 1998, artículo 2º); y profieren actos administrativos susceptibles de control judicial (Ley 1437 de 2011).

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1981 – ARTICULO 64 / LEY 23 DE 1981 – ARTICULO 89 / LEY 35 DE 1989

DECISIONES DICTADAS POR TRIBUNALES DE ÉTICA MÉDICA, ODONTOLÓGICA Y DE ENFERMERÍA – Concurrencia del Ministerio con tales tribunales en los procesos judiciales iniciados contra tales actos administrativos

La naturaleza administrativa de la función pública asignada por el legislador a los tribunales fundamenta el control por la vía judicial, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de los actos definitivos que profieren los tribunales nacionales y seccionales o departamentales de ética médica, odontológica y de enfermería. Los actos definitivos así como los resultados de los procesos judiciales en los que se debate su legalidad, son fuente de obligaciones para la persona jurídica Nación. Por consiguiente: El Ministro de Salud y Protección Social o el funcionario en el que haya delegado la representación judicial de la Nación, por conducto de apoderado, tiene la obligación legal de intervenir en los procesos en mención, en ejercicio de dicha representación, y está habilitado en la causa para intervenir en el proceso. De acuerdo con el medio de control, las actuaciones adelantadas por los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería, configuran la fuente tanto de las pretensiones del demandante frente a la parte

demandada, como de una eventual condena a cargo de la Nación. En consecuencia, no cabe duda de la obligación y el derecho del ministerio de promover la intervención del tribunal de ética correspondiente en el proceso, por ejemplo a través del llamamiento en garantía. Por supuesto que las figuras procesales instituidas para la integración de las partes y la intervención de sujetos con interés en el proceso habrán de ser examinadas de acuerdo con las particularidades de cada proceso. Los tribunales de ética y sus miembros individualmente considerados, deben tener presente las responsabilidades institucionales y personales que implica el ejercicio de la función pública de inspección, vigilancia y control que el Estado les ha encomendado, así como la habilitación legal para intervenir en los procesos con la posibilidad de defensa de las actuaciones que proferieron y son el objeto del debate judicial. En todo caso, cuando “las actuaciones acusadas” provienen de los procesos disciplinarios y decisiones tomadas en el ejercicio de la función pública asignada a los Tribunales de Ética Médica, Odontológica o de Enfermería, es indiscutible el “interés directo en el resultado del proceso”, tanto para el Tribunal como órgano colegiado como para cada uno de sus integrantes, de acuerdo con las expresas previsiones del CPACA.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00079-00(2340)

Actor: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

El señor Ministro de Salud y Protección Social consulta a esta Sala sobre la legitimación en la causa por pasiva y la intervención de los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando se discute la legalidad de los actos administrados proferidos por los mencionados tribunales en ejercicio de la función pública que la ley les asignó.

I. ANTECEDENTES

El señor Ministro consultante manifiesta preocupación por la falta de claridad acerca de si el Ministerio de Salud y Protección Social está obligado, o no, a asumir la defensa judicial de los actos administrativos emanados de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, que, en efecto, no son actos proferidos por dicho ministerio.

Como antecedentes normativos, jurisprudenciales y fácticos que motivan la solicitud de concepto, relaciona los siguientes:

1. Antecedentes normativos

a) La Ley 23 de 1981¹. Creó el Tribunal Nacional de Ética Médica “*con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia*” (artículo 63); dispuso que en cada departamento – intendencia y comisaría-, se constituyera un tribunal seccional ético-profesional (artículo 67); señaló que aunque los tribunales de ética “*cumplen una función pública*”, sus integrantes “*no adquieren el carácter de funcionarios públicos*” (artículo 73); fijó en el Tribunal Nacional la competencia para imponer la sanción de suspensión hasta por cinco años y estableció el recurso de apelación ante el Ministerio de Salud (artículo 89); ordenó al mismo ministerio fijar las remuneraciones de los miembros de los Tribunales y del personal auxiliar oída la Federación Médica Colombiana, y al Gobierno Nacional apropiar en cada vigencia los recursos necesarios para el cumplimiento de la ley (artículos 91 y 92).

b) El Decreto 3380 de 1981², reglamentario de la Ley 23 de 1981. De su contenido, la consulta destaca: (i) la competencia del Tribunal Nacional para asignar el conocimiento de los procesos cuando sea imposible el funcionamiento de un tribunal seccional (artículo 2.7.2.2.1.2.4.) y (ii) la disponibilidad presupuestal de las entidades territoriales como condición para la creación de los tribunales seccionales (artículo 2.2.2.2.1.2.5.).

c) La Ley 35 de 1989³. Creó el Tribunal Nacional de Ética Odontológica, “*con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la odontología en Colombia*” (artículo 59); dispuso que en cada departamento – intendencia y comisaría-, se constituyera un tribunal seccional de ética odontológica (artículo 63); señaló que dichos tribunales “*cumplen una función pública*” pero sus integrantes “*no adquieren el carácter de funcionarios públicos*” (artículo 69); estableció que la sanción de suspensión hasta por cinco años solo la impone el Tribunal Nacional y que admite recurso de apelación ante el Ministerio de Salud (artículo 85); ordenó al mismo ministerio fijar las remuneraciones de los miembros de los Tribunales y del personal auxiliar oída la Federación Odontológica Colombiana, y al Gobierno Nacional apropiar en cada vigencia los recursos necesarios para el cumplimiento de la ley (artículos 87 y 88).

d) La Ley 715 de 2001⁴. Distribuyó las competencias y los recursos entre la Nación y las entidades territoriales, para la prestación de algunos servicios públicos. En materia de salud asignó:

- A la Nación: la competencia de dirigir el Sector Salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y entre sus funciones incluyó la de:

“Reglamentar el uso de los recursos destinados por las entidades territoriales para financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los

¹ Ley 23 de 1981 (febrero 18) “*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*”.

² Decreto 3380 de 1981 (noviembre 30) “*por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981*”. Compilado en el Decreto 780 de 2016 – Único reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

³ Ley 35 de 1989 (marzo 8), “*Sobre ética del odontólogo colombiano*.”

⁴ Ley 715 de 2001 (diciembre 21), “*Por la cual se dictan normas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros*.”

Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería.” (Artículo 42, numeral 42.18)⁵

- A los departamentos: las competencias de dirección, coordinación y vigilancia del Sector Salud y del Sistema General en Salud, dentro de su territorio, con la función, entre otras, de:

“Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería y vigilar la correcta utilización de los recursos.” (Artículo 43, numeral 43.1.8.)⁶

2. Antecedentes jurisprudenciales

Con relación a la naturaleza y las funciones de los Tribunales Nacional y Seccional de Ética Médica, la consulta cita:

a) La Sentencia C- 620-08 de la Corte Constitucional en la cual se señala que los artículos 26,123 y 210 de la Carta son los fundamentos constitucionales para la creación de los tribunales de ética médica con asignación de funciones públicas. En criterio de la Corte, se trata de instituciones de origen privado a las que el legislador puede conferir la función de adelantar procesos ético –profesionales contra quienes incurran en las conductas tipificadas como faltas por la Ley 23 de 1981, en ejercicio de la medicina.

La Sentencia C-620 también precisa que los mencionados tribunales no ejercen actividad judicial y es reiterativa en afirmar que la función asignada a los tribunales de ética médica es administrativa, de carácter disciplinario, y debe cumplirse con sujeción al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional.

b) El Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, del 21 de octubre de 2010⁷, del cual la consulta transcribe los siguientes apartes:

“... forzosamente debe concluirse que la representación de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica corresponde a quien represente a la Nación dado que ellos se integran de manera sui generis o atípica a esta persona jurídica. En el caso concreto le corresponde asumirla al Ministerio de la Protección Social conforme al artículo 149 del Código Contencioso Administrativo.

... en ejercicio de facultades extraordinarias de la Ley 790 de 2002, “se expidió el Decreto 205 de 2003 para definir el objeto del Ministerio de la Protección Social, su estructura y las funciones de cada cargo. En dicha codificación quedó establecido en el numeral 3 del artículo 8 que la representación judicial de este nuevo Ministerio le corresponde al Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo.

⁵ Texto original de la Ley 715 de 2001: Artículo 42 (...) “42.18. Reglamentar el uso de los recursos destinados por las entidades territoriales para financiar los tribunales seccionales de ética médica y odontológica.” Modificado por la Ley 1446 de 2011 (mayo 26), “Por la cual se introducen algunas modificaciones a los artículos 42.18. y 43.1.8 de la Ley 715 de 2001”: Artículo 1°. “El artículo 42.18 de la Ley 715 de 2001 quedará así: Artículo 42.18. Reglamentar el uso de los recursos destinados por las entidades territoriales para financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería.”

⁶ El texto original del artículo 43, numeral 43.18, que se refería los tribunales seccionales de ética médica y odontológica fue modificado por el artículo 2° de la Ley 1446 de 2011: “Artículo 2°. “El artículo 43.1.8 de la Ley 715 de 2001 quedará así: Artículo 43.1.8. Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería y vigilar la correcta utilización de los recursos.”

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No. 11001-03-06-000-2010-00077-00 (2016)

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, el Ministerio de la Protección Social a través de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo, deberá concurrir en los casos en que se discuta la actividad de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica.

...

En síntesis, el referido Ministerio, además de tener a su cargo la representación judicial de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica, debe disponer de una partida presupuestal para asumir el pago de las condenas que a estos se les imponga, en razón de que es a través de estos Tribunales como el Estado y en particular el Ministerio de la Protección Social ejercen la función disciplinaria sobre los profesionales que ejercen la medicina y la odontología.

...”

3. La “situación fáctica” que da lugar a la consulta

a) El 6 de mayo de 2010, SALUD TOTAL S.A. EPS., – en adelante la EPS -, con base en el parágrafo del artículo 10 y los artículos 15, 40 y 44 de la Ley 23 de 1981, presentó queja contra un médico neurólogo por la emisión de un diagnóstico presuntamente erróneo.

El Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, en decisión interlocutoria del 22 de febrero de 2012, archivó el proceso porque no encontró mérito para elevar cargos al neurólogo.

La EPS apeló esa decisión pero el Tribunal Seccional no se pronunció.

El 26 de marzo de 2012 la EPS solicitó información y el Tribunal Seccional le contestó que sus peticiones y recursos no se tramitaban porque la EPS no era parte dentro del proceso y que este estaba ejecutoriado y archivado desde el 29 de febrero de 2012.

b) La EPS instauró acción de tutela contra el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, de la cual conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que, en providencia del 15 de mayo de 2012, dio al Tribunal Seccional de Ética Médica un plazo de 48 horas, siguientes a la notificación, para pronunciarse sobre el recurso de apelación.

El 23 de mayo de 2012, el Tribunal Seccional de Ética Médica resolvió abstenerse de dar trámite al recurso de apelación, reiterando que la EPS no era sujeto procesal.

Como la EPS también había propuesto un incidente de nulidad, el Tribunal Seccional manifestó que “quedaba subsanado” con el desarchivo del expediente para dar trámite a lo ordenado por el Tribunal Superior.

c) La EPS promovió una segunda tutela ante el mismo Tribunal Superior de Barranquilla para que el Tribunal Seccional de Ética Médica concediera el recurso de apelación.

El Tribunal Superior accedió a lo pedido y el Tribunal Seccional concedió la apelación y remitió el expediente al Tribunal Nacional de Ética Médica.

El Tribunal Nacional de Ética Médica profirió la resolución del 27 de agosto de 2013 en la cual se abstuvo de conocer del recurso, con el mismo argumento de que la EPS no era sujeto procesal; agregó que aceptar la apelación del pliego de

cargos o de la sentencia preclusoria constituiría “prejudicialidad” y, por lo tanto, no debía pronunciarse sobre lo fallado en primera instancia.

d) La EPS presentó una solicitud de conciliación prejudicial para lograr la revocatoria de los actos administrativos proferidos por los Tribunales Nacional y Seccional de Ética Médica.

El Ministerio de Salud y Protección Social fue citado por la Procuraduría 14 Judicial Delegada para Asuntos Administrativos de Barranquilla, a la audiencia prejudicial de conciliación.

También fueron citados los Tribunales Seccional de Ética Médica de Barranquilla y Nacional de Ética Médica, pero no asistieron con el argumento de su falta de legitimación en la causa por pasiva, al carecer de personería jurídica, basados en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de octubre de 2010.

4. Consideraciones adicionales de la consulta

Expresa el señor Ministro consultante que el concepto de esta Sala, del 21 de octubre de 2010, “genera confusión” porque el análisis primordial se refirió a la naturaleza jurídica de los tribunales de ética médica y a su carencia de personería jurídica, y “dejó de lado ahondar sobre la capacidad sustancial de que gozan estos organismos para concurrir a los diferentes procesos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, luego de haber generado las decisiones autónomas que pueden ser objeto de controversias judiciales.”

Sobre la aludida capacidad sustancial, el señor Ministro cita:

a) La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha agosto 29 de 2012, relativa a los Tribunales de Ética Médica, de la cual transcribe las siguientes consideraciones:

“... En cuanto a la naturaleza jurídica de los Tribunales de Ética Médica, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “el artículo 123 , inciso tercero de la Constitución Política prevé que el legislador determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio; además, el artículo 210, inciso segundo de la Carta establece que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley; es decir, tanto el artículo 26 como los artículos 123 y 210 superiores, sirven de fundamento para la creación del Tribunal Nacional de Ética Médica, al cual le son asignadas funciones públicas (...). El Tribunal Nacional de Ética Médica está integrado por particulares encargados de ejercer la función pública de ‘disciplinar’ a quienes ejercen la medicina, cuando incurran en las faltas previstas en la Ley 23 de 1981.

“Es decir, tanto al Tribunal Nacional como a los Tribunales Seccionales, el legislador les ha asignado la función pública de adelantar procesos ético-profesionales, precisando que por este hecho sus integrantes no pueden ser considerados funcionarios públicos, sino que deben ser tratados como particulares encargados de la función de adelantar procesos administrativos de carácter sancionatorio originados en el ejercicio de la medicina.” (Sentencia C-620 de 25 de junio de 2008).

“2. En ese orden de ideas, la vinculación del Ministerio de Protección Social, al trámite constitucional se torna aparente, como quiera que el reclamo constitucional no lo involucra, pues la queja se circunscribe a la negativa de conceder el recurso

de apelación formulado contra la decisión cuestionada por parte del Tribunal de Ética Médica del Atlántico. (...)⁸

b) La sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, de fecha 3 de octubre de 2012⁹, en la cual se reconoció legitimación en la causa por pasiva a la Superintendencia de Sociedades, cuando no tenía personería jurídica, y se consideró innecesaria su representación judicial por el ministerio al cual estaba adscrita, porque el debate judicial se refería a decisiones de la superintendencia.

La consulta transcribe los siguientes apartes de la sentencia:

“... Se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo. (...).

Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa, no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra.

(...)

De la falta de legitimación en la causa material

Se tiene que, evidentemente, la legitimación de hecho en la causa, por pasiva, concurre tanto en relación con el Ministerio de Desarrollo Económico como en relación con la Superintendencia de Sociedades (...) resulta incuestionable que la Superintendencia de Sociedades, en el momento cronológico descrito, no constituía una persona jurídica distinta de la Nación, no es menos verídico que se encontraba facultada para concurrir a los procesos judiciales en defensa de los intereses que gestionaba –legitimatío ad processum–, por intermedio de su representante. Dicho planteamiento, por lo demás, en modo alguno desconoce que el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil –C. de P. C.–, atribuye “... capacidad para comparecer por sí al proceso ...”, a las personas, naturales o jurídicas, que pueden disponer de sus derechos; sin embargo, se precisa que esa condición no se encuentra instituida en la norma como una exigencia absoluta, puesto que resulta claro que incluso la propia ley procesal civil consagra algunas excepciones, tal como ocurre con la herencia yacente o con los patrimonios

⁸ (i) La cita de la sentencia C-620-08 es de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia.// (ii) La subraya es del texto de la consulta.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Rad. No. 25000-23-26-000-1995-000936-01 (22984).

autónomos, los cuales, a pesar de no contar con personalidad jurídica propia, sí pueden ser sujetos procesales de lo cual se desprende que la circunstancia consistente en que a la Superintendencia de Sociedades, por carecer de personalidad jurídica independiente antes de la expedición del Decreto-ley 1080 de 1996, no podía ni puede negársele capacidad para ser sujeto, activo o pasivo, en un proceso judicial. (...) resulta todavía más claro e incontrovertible que la Superintendencia de Sociedades cuenta con capacidad para comparecer en cualesquiera procesos judiciales en los que se ventilen asuntos de su interés, como demandante, demandada o interviniente, sin que deba y/o pueda válidamente ser representada por el Ministerio al cual se encuentra adscrita (...) la Superintendencia de Sociedades tenía la capacidad jurídica suficiente para asumir la condición de sujeto procesal representando los intereses de la Nación, comoquiera que los hechos, actos y omisiones que se le endilgan acaecieron con ocasión del ejercicio de las funciones a su cargo, más allá de que el atributo de la personalidad jurídica le hubiere sido expresamente otorgado apenas con el Decreto-ley 1080 de 1996. Por consiguiente, el denominado en su momento Ministerio de Desarrollo Económico —en la actualidad el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con base en lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 790 de 2002—, en la medida en que no intervino en la adopción de las decisiones o en el despliegue de las actividades que el accionante cataloga como la fuente de los daños cuya reparación reclama en el sub lite y, además, careció en todo momento de la potestad normativamente atribuida de asumir la defensa en juicio de los intereses de la Superintendencia de Sociedades en el presente litigio, no cuenta con legitimación en la causa por pasiva dentro del mismo. En el anterior sentido, entonces, se efectuará el respectivo pronunciamiento en la parte resolutive de la presente decisión. (La subraya es del texto de la consulta).

(...).

Para concluir, la consulta manifiesta:

“... la legitimación material supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, o porque dieron lugar a la producción del daño...por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe , o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que esta formula o la defensa que aquella realiza...la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, en razón a que no afecta el procedimiento, más bien es la relación jurídico material que existe entre el demandante y quien debe ser demandado. Es pues un asunto sustancial.

La Doctrina y la Jurisprudencia han coincidido en señalar que la capacidad para ser parte es la aptitud legal que se tiene para ser sujeto de la relación jurídico procesal, es la capacidad que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones procesales, para realizar directamente o por intermedio de sus representantes actos procesales válidos y eficaces, así como para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso.”

Con base en los antecedentes expuestos, el señor Ministro formula las siguientes

PREGUNTAS:

1. ¿El Ministerio de Salud y Protección Social debe asumir la representación judicial del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, y si es el caso debe asumir el pago de condenas de carácter económico, teniendo en cuenta que esta entidad no ha manifestado su voluntad en los actos materia de controversia ante el Contencioso Administrativo?

2. De considerarse que este Ministerio debe asumir en todo caso la representación judicial del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, ¿cuál es la responsabilidad que recae sobre los tribunales referidos frente al pago de una eventual condena de índole económica o cuando simplemente se disponga declarar la nulidad del acto demandado?
3. ¿Carecen los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica de la capacidad procesal para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso?
4. ¿En el evento de que este Ministerio deba asumir la representación judicial de los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, estos organismos podrían concurrir, ser vinculados o hacerse parte en el proceso Contencioso Administrativo?
5. ¿En caso de que este Ministerio deba asumir el pago de condenas de carácter económico, la entidad estaría facultada para repetir contra los magistrados del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, que generaron el acto demandado y posteriormente anulado?
6. Si en el marco de lo dispuesto en el numeral 43.1.8., del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011, los Departamentos o Distritos deben asumir la financiación de los Tribunales Seccionales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, ¿le corresponderá a dichos entes territoriales asumir la representación judicial de los mencionados tribunales?

II. CONSIDERACIONES

A. El problema jurídico

Las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y 266 de 1996¹⁰ crearon, respectivamente, los Tribunales Nacionales y Seccionales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, y en idénticos términos expresaron el propósito del legislador de conferirles “autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales” relativos al ejercicio de cada una de las profesiones mencionadas.

Las Leyes 23 y 35 también hacen explícito que los tribunales creados por ellas ejercen una “función pública”, y a la par aclaran que los miembros de los tribunales no son funcionarios públicos. Aunque estas precisiones no están contenidas en la

¹⁰ Ley 23/81, artículo 63: “Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en la Capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.” // Ley 35 /89, artículo 59: “Créase el Tribunal Nacional de Ética Odontológica con sede en la capital de la República, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios Ético Profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la odontología en Colombia.”/ Ley 266 de 1996 (enero 25) “Por la cual se reglamenta la profesión de enfermería en Colombia y se dictan otras disposiciones”. Artículo 10. “Del Tribunal Nacional Ético de Enfermería. Créase el Tribunal Nacional Ético de Enfermería, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios, ético-profesionales que se presenten en la práctica de quienes ejercen la enfermería en Colombia. (...)” // Artículo 12. “Integración. El Tribunal Nacional Ético de Enfermería estará integrado por siete (7) miembros, profesionales de enfermería, de reconocida idoneidad profesional y solvencia ética y moral, con no menos de diez (10) años de ejercicio profesional.” Parágrafo 1º. (...) Parágrafo 2º. “Créanse los Tribunales Éticos Departamentales de Enfermería en las Capitales de los Departamentos, los que iniciarán sus funciones de acuerdo a la gradualidad, necesidad y asignación de recursos por los departamentos, de acuerdo a la Ley y la reglamentación que el Tribunal Nacional Ético de Enfermería haga al respecto.”

Ley 266 y su modificatoria, la Ley 911 de 2004, no hay lugar a duda en cuanto a que al Tribunal Nacional y a los tribunales departamentales de Enfermería, integrados por particulares, les fue asignada una función pública de naturaleza administrativa y carácter disciplinario.

Ahora bien, las leyes de creación no otorgaron personería jurídica a ninguno de los mencionados tribunales, por lo que se plantean dos grandes problemas:

El primero se refiere a si pueden o deben intervenir en los procesos judiciales en los que se debata la legalidad de las decisiones que profieren, y en qué calidad.

El segundo atañe a la responsabilidad de los tribunales y de sus miembros, cuando sus decisiones son simplemente anuladas o cuando además han causado perjuicios que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo declara y ordena resarcir.

Para resolverlos la Sala analizará los siguientes temas:

- La libertad de elegir profesión u oficio; el derecho a ejercer; los límites al ejercicio; y la función de inspección y vigilancia del Estado.
- La función administrativa disciplinaria.
- El ejercicio de funciones públicas por los particulares; responsabilidades inherentes y la acción de repetición.
- La capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la legitimación en la causa y la representación.
- Las partes y los terceros en los procesos judiciales.
- El ejercicio de la función pública atribuida a los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería.

B. Aclaración previa

El señor Ministro consultante hace especial mención del concepto emitido por esta Sala, de fecha 21 de octubre de 2010, porque fue invocado por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico para fundamentar su no concurrencia al proceso judicial de que trata el antecedente fáctico de la consulta.

Observa la Sala que en el citado concepto se estudió la representación legal y judicial de los Tribunales de Ética Médica y Odontológica con base en la línea jurisprudencial sobre los consejos profesionales¹¹, su origen legal, su relación con las estructuras nacional y territorial de la Rama Ejecutiva y, en general, se hizo un repaso de los argumentos con base en los cuales se han definido tales consejos como órganos sui generis o atípicos, con particulares relaciones de adscripción a la administración pública.

Siguiendo la línea jurisprudencial enunciada se concluyó que la representación legal y judicial de los tribunales de ética, por carecer de personería jurídica, radica en la Nación y en las entidades territoriales a través de sus respectivos representantes, como ocurre con los consejos profesionales.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 21 de octubre de 2010, Radicación No: 11001-03-06-000-2010-00077-00(2016), Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, Referencia: Tribunales de Ética Médica. La Sala hizo especial mención de los Conceptos 248 del 1º de diciembre de 1988; 487 del 14 de diciembre de 1992; 583 del 11 de febrero de 1994; 630 del 9 de septiembre de 1994; 1590 del 14 de octubre de 2004; 1730 del 4 mayo de 2006; 1772 del 7 de septiembre de 2006; 1730 del 4 mayo de 2006.

El señor Ministro destaca que la nueva consulta se enfoca en la función pública atribuida por las leyes de creación, a los Tribunales de Ética Médica y Odontológica. La Sala abordará integralmente el tema, sin perjuicio de centrar su análisis en la función.

C. Análisis de la Sala

1. La libertad de elegir profesión u oficio. El derecho a su ejercicio y los límites de este derecho. La inspección y la vigilancia del Estado.

La Constitución de 1886 original consagró la libertad de escoger “ocupación u oficio” derecho a su ejercicio; previó su inspección en aras del orden público; y facultó al legislador para exigir títulos de idoneidad que habilitaran el ejercicio de la medicina y sus profesiones auxiliares:

“Artículo 44.- Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremios de maestros o doctores.

Las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.

La ley podrá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares.”

El artículo 15 del Acto Legislativo No. 1 de 1936 - incorporado al cuerpo constitucional como artículo 39 - reiteró la libertad de escoger profesión u oficio, pero amplió a todas las profesiones la facultad del legislador para exigir títulos de idoneidad. Los incisos primero y segundo de la norma en cita dispusieron:

“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

(...)”¹²

Sobre la norma en comento, la Corte Suprema de Justicia había dicho¹³:

“... obteniendo un título académico, conforme a la ley, salvo las limitaciones que ella fije, el beneficiario adquiere un derecho perfecto y una vocación definida al ejercicio profesional respectivo, sin que las autoridades administrativas gocen de competencia alguna para establecer restricciones por su cuenta, señalando campos o ramas que no son de libre aplicación para todos sino sólo para aquellos a quienes ellas aprueben y califiquen”.

La libertad y el derecho comentados fueron recogidos en el artículo 26 de la Constitución de 1991:

“Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan

¹² El citado artículo 39 tenía dos incisos más: *“La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas. / También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos.”*

¹³ “Cfr. sentencia de noviembre 18 de 1969 Gaceta Judicial CXXXVII No. 2338. Cita tomada de la sentencia T-408-92 de la Corte Constitucional.

formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.”

Como puede observarse, la tradición constitucional incluye: (i) la libertad de las personas para escoger profesión u oficio; (ii) el derecho a ejercer la profesión u oficio escogido; (iii) las limitaciones al derecho, expresadas en la exigencia de títulos de idoneidad y en la inspección y vigilancia del Estado, tomando en consideración los riesgos que su ejercicio pueda acarrear a la sociedad; y (iv) la reserva legal para su regulación.

En cuanto a las limitaciones, la jurisprudencia constitucional ha destacado el mandato de la Constitución sobre la reserva legal en la materia, dado que se trata de derechos fundamentales¹⁴:

“... si bien la Constitución garantiza el derecho a escoger profesión u oficio, lo cierto es que tal derecho se vería lesionado si de él no se dedujera el derecho a ejercer la profesión u oficio escogido...”

Pero dadas las garantías de igualdad y libertad que protegen este derecho, las limitaciones establecidas por el legislador deben estar enmarcadas en parámetros concretos, so pena de vulnerar el llamado “límite de los límites”, vale decir, el contenido esencial del derecho que se estudia. En primer lugar en la Constitución vigente las limitaciones a este derecho tienen reserva de ley. Así, el legislador es el único competente para establecer los títulos de idoneidad que deben acompañar en cada caso el ejercicio de tareas que exijan formación académica. De otra parte, las normas respecto de las cuales las autoridades competentes vigilarán e inspeccionarán tal ejercicio, deben estar fijadas, bien expresamente por la ley, si se trata de reglamentaciones que toquen directamente con el derecho en cuestión, o bien por delegación legal, cuando se trata de reglamentaciones técnicas o administrativas que no hacen relación directa con el ejercicio del derecho fundamental...”

Dichas normas, en cuanto reglamentan el ejercicio de un derecho fundamental, tienen reserva de ley y deben respetar los principios constitucionales, en particular, los que corresponden al debido proceso (...).”

Específicamente sobre los títulos de idoneidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde sus inicios, ha explicado:¹⁵

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-606-92 (diciembre 14) - Radicación D-044 - Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2o. (parcial); 4o.; 8o. (parcial); 9o, 10o y 11 de la Ley 70 de 1979, “Por la cual se reglamenta la profesión de topógrafo y se dictan otras disposiciones sobre la materia.”// Sentencia C-568-10 (julio 14) - Referencia: expediente D-7956 - Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 2º, 4º y 8º de la Ley 22 de 1984, “Por la cual se reconoce la Biología como una profesión, se reglamenta su ejercicio en el país y se dictan otras disposiciones”: “3.2. Con fundamento en el indicado sistema de ordenación de principios y valores, la Constitución (art. 26) otorga al Congreso de la República la facultad de exigir títulos de idoneidad para el desarrollo de ciertas actividades y establece, como regla general, la inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones por parte de las autoridades competentes. (...) Así las cosas, observa esta Corte que el ejercicio de una profesión u oficio se funda en el respeto a la libertad individual de escogencia de una actividad laboral y en la protección de los riesgos sociales que, por su posible incidencia, exigen del legislador una regulación que, para que sea legítima, deberá ser razonable y proporcionada, de manera que no signifique una restricción arbitraria e inequitativa al ejercicio de tales actividades individuales.”

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-377-94 (25 de agosto) REF: D-486, Demanda de inconstitucionalidad del literal a), y parágrafos 1o. y 2o. del artículo 2o. de la ley 14 de 1962 “Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la Medicina y Cirugía.”

“Una cosa es escoger una determinada profesión, y dedicarse a su estudio, materia propia de la autonomía personal, en la cual el Estado no tiene intervención. Para ese escogimiento, la persona es libre, como lo dice el artículo 26, sin restricción. (...)En cuanto a su ejercicio, hay diferentes reglas. Para comenzar, “La ley podrá exigir títulos de idoneidad” (artículo 26). ¿Por qué? Porque el título, expedido de conformidad con la propia ley que lo exige, es la prueba, en principio, de la sapiencia de su dueño, o al menos, de que éste cursó unos estudios. Dicho en términos más sencillos: el título legalmente expedido, prueba la formación académica. Y la facultad del legislador para exigirlo no resulta de abstrusos razonamientos, sino del texto inequívoco de la norma constitucional.

Es claro que la exigencia de títulos de idoneidad, apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce.”

En cuanto a las funciones de inspección y vigilancia, en términos generales, pueden describirse como la verificación por la autoridad de que el sujeto vigilado en efecto ajusta su conducta a la regulación que lo obliga, y la adopción de las medidas correctivas o coercitivas a que haya lugar.

Esta Sala, en concepto del 16 de abril de 2015¹⁶, se refirió a la ausencia de una definición legal general sobre las funciones de inspección y vigilancia, que incorporan necesariamente la de control, y con base en “diversas disposiciones especiales que regulan su ejercicio en autoridades típicamente supervisoras” y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, afirmó:

“... puede señalarse que la función administrativa de inspección comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad¹⁷; la vigilancia, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige¹⁸; y, finalmente, el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo...”

Por tanto, las funciones de inspección, vigilancia y control de una actividad privada son por su naturaleza formas de intervención estatal que conllevan restricciones importantes al libre ejercicio de las actividades privadas (artículos 16 y 333 C.P.), al derecho de asociación (artículo 38 C.P.) y a la reserva de la información privada (artículo 15 C.P.), entre otros derechos fundamentales. Además, como tales funciones y, particularmente, la de control, normalmente van acompañadas de una

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de abril de 2015, Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). Con análisis y cita de las Leyes 222 de 1995 (Superintendencia de Sociedades), 1122 de 2007 (Superintendencia Nacional de Salud) y 1493 de 2011 (Dirección Nacional de Derechos de Autor), entre otras; y las Sentencias C-851-13, C-570-12, C-787-07, C-263-96 reiterada en la C-172-14, también entre otras.

[Las citas 18, 19 y 20 corresponden al concepto del 16 de abril de 2015]:

¹⁷ Por ejemplo la Ley 1122 de 2007 define la inspección de la siguiente manera: “La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia. Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.”

¹⁸ En este sentido, por ejemplo, Ley 222 de 1995: “La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.”

potestad sancionatoria que les asegura eficacia¹⁹, entran en juego también otras garantías constitucionales relacionadas con el debido proceso y el principio de legalidad sancionatoria (artículo 29 C.P.).

Todo lo anterior soporta, como pasa a revisarse, la exigencia constitucional de que sea el legislador, en atención a principios de soberanía popular, participación y deliberación democrática, quien defina los casos y condiciones en que proceden estas formas de intervención estatal.”

Tal exigencia, agregó la Sala:

“... se desprende directamente del artículo 150-8 de la misma Constitución, según el cual le corresponde al Congreso de la República “expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución”.”

2. La función administrativa sancionatoria

En cumplimiento de sus fines constitucionales²⁰, el Estado goza del *ius puniendi* o derecho a castigar o sancionar, que comprende: (i) el derecho penal, asignado a los jueces, y (ii) el derecho administrativo sancionador, atribuido a las autoridades en ejercicio de la función administrativa, para sancionar directamente el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley a los particulares y a los servidores públicos.

En términos de la jurisprudencia constitucional²¹:

“1. El poder del Estado, aun cuando concebido como un todo unitario, por la razón obvia de la división y especialización del trabajo se desdobra en una serie de atribuciones, facultades o competencias, institucionalizadas en el ordenamiento constitucional, que se radican en cada una de las ramas del poder público y traducen la existencia de unas funciones, las cuales constituyen los medios o instrumentos necesarios para el cumplimiento de los cometidos estatales.

La fracción de poder estatal radicada en cabeza de la administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas (de

¹⁹ Se ha explicado además que el control es la expresión más fuerte del poder de supervisión estatal de las actividades privadas, en la medida que permite sancionar e incidir directamente en las decisiones del ente vigilado: *“Mientras que la inspección y la vigilancia se consideran mecanismos leves o intermedios de control para detectar irregularidades en la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad, el control supone el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control.”* Sentencia C-570 de 2012, reiterada en Sentencia C-851 de 2013. Igualmente sentencia C-263 de 1996, reiterada en Sentencia C-172 de 2014, en cuanto a que el “control” comprende necesariamente las funciones de inspección y vigilancia: *“Referidas a las competencias asignadas a la Superintendencia, la función de control denota la idea de comprobación, fiscalización, inspección, intervención y vigilancia. Por lo tanto, dentro de ésta se comprende la función de inspección que da la idea de examen, revista o reconocimiento minucioso por quien ejerce la respectiva competencia, así como la función de vigilancia, que implica la actividad de cuidado, observación, atención, celo y diligencia que se debe desplegar en relación con las acciones que se desarrollan por las entidades encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios”.*

²⁰ Constitución Política, artículo 2º, inciso segundo: *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”* (Subraya la Sala).

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-214-94 (28 de abril) Ref.: Expediente D-394, Norma demandada artículo 190 del Código Nacional de Tránsito Terrestre. [¹ Sentencia 51 de 14 de abril de 1983]. // Entre otras, también: Sentencia C-571-10 (14 de julio), Exp. D-7985, Demanda contra varias disposiciones del Estatuto Tributario, y contra el artículo 402 del Código Penal. / Sentencia C-818-05 (9 de agosto, Exp. D-5521. Norma demandada, artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002.

mando, ejecutiva o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquella cumplir con las finalidades que le son propias.

La Corte Suprema de Justicia en punto a la materia comprensiva del derecho punitivo del Estado ha señalado, que "es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment)".¹

...

2. La potestad sancionadora reconocida a la administración asume dos modalidades: la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.). La naturaleza jurídica de dicha potestad es indudablemente administrativa, y naturalmente difiere de la que le asigna la ley al juez para imponer la pena, con motivo de un ilícito penal.

...

Lo expresado permite concluir que la potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos."

La facultad de la administración para imponer sanciones a sus propios funcionarios y a los particulares que ejercen funciones públicas se configura en el derecho disciplinario, que tiene la finalidad de garantizar la ética en el servicio público y la observancia y cabal realización de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que informan la función pública.

Con relación al objeto de la consulta que ahora estudia la Sala, resulta pertinente la siguiente definición jurisprudencial del derecho disciplinario²²:

"...el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza."

Hace notar la Sala, en la transcrita definición, la relación del derecho disciplinario con quienes están sujetos a "deberes especiales" y pueden ser responsables por "infracción de deberes funcionales", previa aplicación del debido proceso y los elementos que lo caracterizan.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-252-03 (25 de marzo) Referencia: expediente D-4180 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 48, numeral 48, y 51, inciso 3°, de la Ley 734 de 2002.

Las enunciadas características permiten concluir que la responsabilidad en el ejercicio de las profesiones, prevista en el artículo 26 de la Constitución Política y en los términos que defina la ley, es objeto del derecho disciplinario.

Como se explica a continuación, la potestad sancionatoria del Estado que el derecho disciplinario regula puede ser ejercida también por los particulares, quienes, en consecuencia, quedan sujetos a las condiciones y responsabilidades que rigen la función pública de que se trata.

3. El ejercicio de funciones públicas por los particulares. Las responsabilidades inherentes. La acción de repetición

El artículo 26 de la Constitución radica en cabeza de “las autoridades” las funciones de inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones u oficios.

El término genérico, “las autoridades”, como también lo ordena el citado artículo 26, debe ser concretado, lo cual es de competencia exclusiva del legislador, que goza de una amplia potestad de configuración por cuanto el mencionado artículo 26 no establece restricciones o condicionamientos. En consecuencia, el legislador puede, como lo ha hecho, asignar las supra dichas funciones a los particulares, sin que estos trasmuten en servidores públicos.

El ejercicio de funciones públicas por los particulares está previsto en la Constitución Política, en los términos que establezca la ley:

(i) en relación con la función judicial, en el inciso cuarto del artículo 116:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

(ii) respecto de la función pública en general, en el inciso final del artículo 123:

“La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

En ambos casos, la norma constitucional indica que se trata de un ejercicio transitorio o temporal.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha concluido que otras disposiciones constitucionales permiten el ejercicio permanente de funciones públicas por los particulares²³:

“De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada.”

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-286/96 (27 de junio) - Referencia: Expediente D-1116 - Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 -parcial- de la Ley 200 de 1995. // También la Sentencia C-181-02 (12 de marzo), Referencia: expediente D-3676 - Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9° (total), 20, 25, 27, 29, 30, 44 (parciales), 65 (total), 116, 131, 146, 151 y 157 (parciales) de la Ley 200 de 1995: “...cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”.

Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica. (...)

Ejercer funciones públicas implica necesariamente la sujeción de las actuaciones del particular a los regímenes sustanciales y procesales que apliquen a la respectiva función y, por consiguiente, el deber de asumir también las responsabilidades correlacionadas, en los términos que haya fijado la ley, como lo señala la jurisprudencia constitucional²⁴:

“Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de la responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse – se repite – en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo.”

Como se explica a continuación, el legislador se ha ocupado de incluir a los particulares que ejercen la función administrativa en la estructura y el funcionamiento de la administración pública, los ha asimilado a “autoridades”, ha previsto el control judicial de su actividad, y ha diseñado las normas que identifican y regulan el alcance de su responsabilidad en los ámbitos disciplinario, fiscal, penal y patrimonial.

3.1. La función administrativa, su organización y funcionamiento

Los particulares, cuando están en ejercicio de la función administrativa, son sujetos “en lo pertinente” de las normas sobre organización y funcionamiento de la administración pública, contenidas en la Ley 489 de 1998²⁵ que reglamenta la organización y el funcionamiento de las autoridades nacionales que ejercen la función administrativa.

Así lo dispone la Ley 489 al definir su ámbito de aplicación en el artículo 2º:

“Artículo 2º.- Ámbito de aplicación. La presente Ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional

²⁴ Cfr. Sentencias Corte Constitucional enunciadas en la cita anterior.

²⁵ Ley 489 de 1998 (diciembre 29) “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.” / Artículo 1º.- “Objeto. La presente Ley regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública.”

*o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.*²⁶

El artículo 4º de la Ley 489 en cita, define la función administrativa en relación con sus finalidades:

“Artículo 4º.- Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.”

En el Capítulo XVI, “Ejercicio de funciones administrativas por particulares”, la Ley 489 regula de manera especial la posibilidad de que las autoridades administrativas atribuyan funciones administrativas a los particulares, para lo cual:

- (i) establece las condiciones para que las personas naturales y jurídicas privadas puedan ejercer funciones administrativas, “salvo disposición legal en contrario” (artículo 110);
- (ii) señala las modalidades de asignación de la función: acto administrativo o convenio (artículo 111);
- (iii) fija el régimen jurídico de los actos y contratos (artículo 112);
- (iv) consagra las inhabilidades e incompatibilidades (artículo 113);
- (v) asigna a la entidad pública que confiera la función al particular, el control sobre el ejercicio de la misma (artículo 114).

3.2. A los particulares que ejercen funciones administrativas se les denomina “autoridades” y les aplica la Ley 1437 de 2011

Para el ejercicio de la función administrativa y su control judicial, la Ley 1437 de 2011 adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La Parte Primera del código contiene el procedimiento que rige el ejercicio de la función administrativa; su campo de aplicación está fijado en el artículo 2º en los siguientes términos:

“Artículo 2o. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e

²⁶ El parágrafo del artículo 2º de la Ley 489/98 precisa su ámbito de aplicación en el nivel territorial: *“Parágrafo.- Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.”*

independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.”

Como se observa, en el inciso primero de la norma transcrita el legislador denomina “autoridades” a los particulares, junto con los órganos, organismos y entidades que integran las ramas del poder público y los órganos autónomos, con referencia al ejercicio de la función administrativa.

De acuerdo con el inciso tercero los particulares que ejercen la función administrativa deben ajustar sus actuaciones al procedimiento especial aplicable a la función administrativa conferida, y en lo no previsto en ella deberán aplicar el procedimiento administrativo general de la Parte Primera de la Ley 1437, quedando también sujetos al control judicial de sus actos, hechos, operaciones u omisiones, conforme a la Parte Segunda de la misma ley.

3.3. Los particulares en ejercicio de la función administrativa profieren actos administrativos susceptibles de control judicial

Las actuaciones a través de las cuales se cumple la función administrativa, reguladas por normas especiales y, en su defecto, por la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, se expresan por regla general en actos administrativos.

La jurisprudencia y la doctrina son coincidentes en definir el acto administrativo como la expresión de la voluntad unilateral de la autoridad administrativa, que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas.

El artículo 43 de la Ley 1437 en cita define el acto administrativo definitivo:

“Artículo 43. Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”

Asimismo en el artículo 74 establece la procedencia de los recursos de reposición, apelación y queja, contra los actos definitivos, como regla general; y en el artículo 75 dispone la improcedencia de los mencionados recursos cuando se trate de actos generales, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo disposición legal en contrario.

Los actos administrativos son objeto de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme lo prevé el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Parte Segunda, artículo 104:

“Artículo 104. Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al

*derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*²⁷

Con relación a los particulares que ejercen función administrativa, las disposiciones de la Segunda Parte del Código, sobre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al distribuir las competencias entre el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Jueces administrativos, hacen expresa referencia a la nulidad de los actos administrativos de las personas o entidades de derecho privado cuando cumplen funciones administrativas. Igualmente, en la nulidad con restablecimiento del derecho deben entenderse comprendidos los actos de los particulares en ejercicio de función administrativa puesto que las respectivas reglas de competencia se refieren a los actos de las “autoridades” o de “cualquier autoridad”.²⁸

3.4. La responsabilidad

Como se enunció antes, la ley regula los distintos ámbitos de la responsabilidad que asumen los particulares cuando ejercen funciones públicas. Veamos:

a) La responsabilidad disciplinaria:

La conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas es objeto del control denominado disciplinario, regulado actualmente en el Código Único Disciplinario -Ley 734 de 2002²⁹-, con las adiciones de la Ley 1474 de 2011.

Los particulares que desempeñan funciones públicas tienen en el Código Único Disciplinario un régimen especial que puede sintetizarse como sigue:

²⁷ El artículo 104 del CPACA, además del inciso primero que se transcribe, relaciona los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en armonía, el artículo 105 ibidem relaciona los asuntos de los que no conoce esta jurisdicción. En consecuencia, tratándose de las actuaciones de los particulares en ejercicio de función administrativa, ambas disposiciones deben ser valoradas.

²⁸ Ley 1437/11. – Conoce en única instancia el Consejo de Estado (artículo 149): “1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden. / 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional.” // - Conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos (artículo 152): “1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden departamental, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes. / 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. / 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...). / 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado (...).” // - Conocen los jueces administrativos en primera instancia (artículo 155): “1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas. / 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. / 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

²⁹ Ley 734 de 2002 (febrero 5) “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.” // Ley 1474 de 2011 (julio 12) “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”

El artículo 25 de la Ley 734 detalla los destinatarios de la ley disciplinaria, entre quienes incluye a “los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.”³⁰

En su texto original, el artículo 53³¹ de la Ley 734 especificaba que eran sujetos del régimen especial disciplinario los particulares que (i) fueran interventores de contratos estatales, (ii) ejercieran funciones públicas; (iii) prestaran los servicios públicos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable; (iv) administraran recursos del Estado. En el mismo artículo 53 se exceptúa a las “empresas de economía mixta” con régimen privado.

El artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 adicionó tres incisos al artículo 53 de la Ley 734, en los cuales se explican las hipótesis establecidas en el texto original para clarificar cuándo los particulares son sujetos disciplinables. El texto actual de la norma es el siguiente:

“Artículo 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.”

³⁰ Ley 734/02, Artículo 25: “Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. / Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código. / Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.”

³¹ Ley 734/02, artículo 53: “El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. / Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.” // Constitución Política, artículo 366: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. / Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.”

El régimen especial incorporado en el Código Disciplinario Único, en síntesis, comprende: (i) inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de interés, relacionados en el artículo 54 y ampliados en el parágrafo 2º del artículo 55 cuando se trata de árbitros y conciliadores; (ii) faltas gravísimas específicamente tipificadas para los particulares destinatarios de la ley disciplinaria, en el artículo 55, con la advertencia de que solo son sancionables a título de dolo o culpa; (iv) las sanciones y los criterios para su graduación, previstos en los artículos 56 y 57.

b) La responsabilidad fiscal

La Constitución Política – artículo 267, inciso primero - ordena a la Contraloría General de la República vigilar la gestión fiscal de “los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación”.

La Ley 42 de 1993³², sobre organización y competencias para el ejercicio del control fiscal, se refiere de manera expresa a “los particulares que manejen fondos o bienes del Estado”, como sujetos pasivos del control fiscal en las administraciones nacional y territorial (artículos 2º y 3º). También los incluye en la definición del control fiscal (inciso primero del artículo 4º).

Además, en el inciso final del artículo 8º fija el alcance del control en cuestión sobre los particulares:

“La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración.”

La responsabilidad fiscal en la cual pueden incurrir quienes administran o manejan bienes públicos, es el objeto de los procesos regulados en la Ley 610 de 2000³³, que en su artículo 1º incluye como sujetos responsables a los particulares:

³² Ley 42 de 1993 (enero 26), “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”. Artículo 2º.- “Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República. / Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente Ley, las entidades enumeradas en este artículo.” / Parágrafo. (...) // Artículo 3º.- “Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior. / Para efectos de la presente Ley se entiende por administración territorial las entidades a que hace referencia este artículo.” // Artículo 4º.- “El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.” // Artículo 8º.- La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. / Asimismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos. /” (sigue el inciso final transcrito arriba).

³³ Ley 610 de 2000 (agosto 15) “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.”

“Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”

c) La responsabilidad penal

El Código Penal vigente, expedido por la Ley 599 de 2000³⁴, optó por considerar como servidores públicos a “los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria”, así como a las personas que administran los recursos fiscales y parafiscales de que trata el artículo 338 de la Constitución. Por consiguiente, cuando actúen en los supuestos de la norma serán responsables de las conductas tipificadas como delitos para los servidores públicos en la misma ley penal.

De manera específica, en la actividad contractual con el Estado, la Ley 80 de 1993 consagra la responsabilidad penal de los servidores públicos por acción u omisión (artículo 51). En virtud de la asimilación hecha por el artículo 20 del Código Penal, los particulares que en ejercicio de la función administrativa celebren contratos estatales son responsables penalmente.

La Ley 80 en cita también hace responsables penal y civilmente, a los consultores, interventores y asesores externos que incumplan sus obligaciones contractuales o que incurran en hechos u omisiones que causen daño a las entidades contratantes (artículo 53 modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011).

d) La responsabilidad patrimonial

Con la Constitución de 1991 fue elevada a rango constitucional la responsabilidad patrimonial del Estado por actos u omisiones de las autoridades así como la facultad para el mismo Estado de repetir contra el agente que por dolo o culpa causó el daño:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

³⁴ Ley 599 de 2000 (julio 24) “Por la cual se expide el Código Penal”. Artículo 20. “Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios./ Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.” // Constitución Política, artículo 338: “En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos./ La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos./ Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.”

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

En su desarrollo fue expedida la Ley 678 de 2001³⁵. Al definir su objeto (artículo 1º) y la acción de repetición (artículo 2º), incluyó a los particulares que desempeñen o estén investidos de funciones públicas:

“Artículo 1o. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.”

“Artículo 2o. Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

Parágrafo 1o. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.
(...)”³⁶

La repetición fue incorporada en la Ley 1437 de 2011 como uno de los medios de control de la actividad de la administración y de los particulares que ejercen funciones públicas. El artículo 142 de la ley en cita la define:

“Artículo 142. Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

³⁵ Ley 678 de 2001 (agosto 3) “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.”

³⁶ Además del parágrafo primero transcrito arriba, el artículo 2º de la Ley 678 tiene los siguientes: “PARÁGRAFO 2º. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa. / PARÁGRAFO 3º. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. / PARÁGRAFO 4º. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.”

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

(...)³⁷

Así, el ejercicio de la función pública también impone a los particulares la obligación de responder pecuniariamente por los perjuicios causados con su actuar doloso o gravemente culposos, para lo cual pueden ser llamados en garantía dentro del proceso en el que se debata la responsabilidad del Estado o bien pueden ser demandados por la respectiva entidad pública, en repetición, tal como se prevé respecto de los servidores o ex servidores públicos.

De la repetición conocen en primera instancia los tribunales y los jueces administrativos, según la cuantía.³⁸

4. Capacidad jurídica, capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación en la causa. El artículo 159 del CPACA

El Código Civil en su artículo 73 clasifica a las personas en naturales y jurídicas y las define así:

“Artículo 74. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”

“Artículo 633. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

(...)³⁹

La capacidad es uno de los atributos de la personalidad que junto con el nombre, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio - y para las personas naturales, el estado civil – constituyen sus elementos esenciales con los efectos jurídicos que el ordenamiento determina.

Con fundamento en el artículo 1502 del Código Civil Colombiano⁴⁰, la jurisprudencia y la doctrina se refieren a la capacidad jurídica bajo dos aspectos:

³⁷ El inciso final del artículo 142 de la Ley 1437/11, dispone: “Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.”

³⁸ Cfr. Ley 1437/11, Artículo 152. “Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 11. De la repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.” // Artículo 155. “Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 8. De las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.”

³⁹ Código Civil, artículo 633, inciso segundo y tercero: “Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. / Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.”

⁴⁰ Código Civil, artículo 1502: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. / 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. / 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. /

como capacidad de goce, que es la aptitud jurídica para adquirir derechos, y como capacidad de ejercicio, que es la habilidad para obligarse por sí misma, sin intervención o autorización de otra persona.

Por lo demás, la capacidad jurídica se presume y la incapacidad es la excepción, de acuerdo con el artículo 1503 del código en cita.

La capacidad jurídica conlleva la capacidad para ser parte en los procesos judiciales, como demandante o como demandado, en tanto titular de derechos y con aptitud para adquirir obligaciones:

“La capacidad para ser parte como presupuesto procesal, exige que quienes son parte en el proceso judicial tengan la condición de personas ya sean naturales o jurídicas, ya que a partir de la titularidad de los derechos y obligaciones que ostentan, pueden asumir las responsabilidades que el fallador de instancia les impone, pues en caso contrario, esto es, que alguno de los extremos de la litis no sea sujeto de derechos, puede resultar un fallo inhibitorio.”

La regla en comento tiene las excepciones dispuestas por la ley, como ocurre, por ejemplo con los patrimonios autónomos en el Código General del Proceso⁴¹.

La capacidad para ser parte no conlleva *per se* el derecho a intervenir en el proceso y a realizar válidamente los actos procesales. Este derecho, que es la capacidad procesal o capacidad para comparecer en el proceso, puede ejercerse en nombre propio cuando la ley expresamente lo prevé. Debe ejercerse a través de representante legal en el caso de las personas jurídicas o de los incapaces, por ejemplo. En todo caso, como regla general debe ejercerse a través de apoderado por razón del llamado derecho de postulación.⁴²

Ahora bien, para que pueda proferirse sentencia de mérito es preciso que ambas partes estén “legitimadas en la causa”, lo cual significa que quienes concurren al

40.) que tenga una causa lícita. / La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.” // Artículo 1503. “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.”

⁴¹ Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, artículo 53. “Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso: 1. Las personas naturales y jurídicas. / 2. Los patrimonios autónomos. / 3. El concebido, para la defensa de sus derechos. / 4. Los demás que determine la ley.” // Ley 1437 de 2011, CPACA, artículo 159, inciso primero: “Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes...”

⁴² Código General del Proceso, artículo 54. “Comparecencia al proceso. Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales. / Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del hijo, o cuando hubiere varios guardadores de un mismo pupilo en desacuerdo, el juez designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio. / Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera. / Cuando la persona jurídica demandada tenga varios representantes o apoderados distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Las personas jurídicas también podrán comparecer a través de representantes legales para asuntos judiciales o apoderados generales debidamente inscritos. / Cuando la persona jurídica se encuentre en estado de liquidación deberá ser representada por su liquidador. / Los grupos de personas comparecerán al proceso conforme a las disposiciones de la ley que los regule. / Los concebidos comparecerán por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiesen nacido.”

proceso como parte demandante y como parte demandada, tienen relación “con el interés sustancial que se discute en el proceso”, es decir, que la parte demandante tiene el derecho de postular las pretensiones – legitimación por activa -, y la parte demandada es titular de las correlativas obligaciones – legitimación por pasiva -:

*“La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)”.*⁴³

La legitimación en la causa es “de hecho” cuando la relación entre las partes surge por razón de la demanda, y es “material” cuando surge de los hechos que dan origen a la formulación de la demanda:

*“Ahora bien, también ha sostenido la Sala que la legitimación en la causa puede ser de hecho cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir, de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquí es que si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo – no el procesal –; si la falta de legitimación en la causa es del demandado al demandante se le negarán las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto.(...)”*⁴⁴

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la capacidad y la representación se regulan en el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, así:

“Artículo 159. Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 14 de marzo de 2012, Radicación: 76001-23-25-000-1997-03056-01 (22.032).

⁴⁴ Ibídem, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 14 de marzo de 2012 (22.032).

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor.”

En el CPACA la capacidad para ser parte, es decir, para comparecer en el proceso, no está determinada por la personalidad jurídica. Conforme al artículo 159 transcrito, las personas jurídicas y “los demás sujetos de derecho” a los que la ley confiera esa capacidad, como los órganos u organismos estatales, los órganos de control, las Ramas Legislativa y Judicial, pueden obrar como demandantes, demandados o intervinientes, “por medio de sus representantes debidamente autorizados”.⁴⁵

La norma en comento, al habilitar la comparecencia en el proceso, lo hace en consideración a la función pública que ejercen los órganos, organismos, entidades y particulares que la misma enuncia. Y, además, se ocupa de su representación.

Por consiguiente, las autoridades que el transcrito artículo 159 relaciona, comparecen en el proceso en representación de la persona jurídica pública que es, en últimas, la obligada como consecuencia de la acción u omisión de sus agentes, y será por consiguiente quien responda por el daño y la condena si tales son las resultas del proceso.

Ha de agregarse que dicha representación debe ser ejercida a través de abogado inscrito, de acuerdo con el mandato del artículo 160 de la Ley 1437.⁴⁶

5. Las partes y los demás intervinientes en los procesos judiciales.

En la Ley 1437 de 2011, CPACA, Parte Segunda, Título V, relativo a la demanda y al trámite de los procesos, se regulan la intervención de los llamados “terceros” o personas distintas del demandante y el demandado, que tienen interés directo en los resultados del proceso.

En el Capítulo I, el artículo 159 – ya transcrito y que se ocupa de la capacidad para ser parte y la representación -, en su primer inciso enuncia de manera precisa que las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones

⁴⁵ El artículo 38 de la Ley 489 de 1998, se refiere a los “organismos” del sector central, que carecen de personería jurídica, y a las “entidades” del sector descentralizado que son personas jurídicas.

⁴⁶ Ley 1437/11, artículo 160. *Derecho de postulación. Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa. / Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contencioso administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo.”*

públicas y los demás sujetos de derecho habilitados por la ley para comparecer a los procesos, “podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos...”.

En el articulado referente a los requisitos de la demanda (artículo 162) y a su trámite (capítulos III y IV, Título V, Parte Segunda⁴⁷), se describen las actuaciones que identifican a las partes demandante y demandada.

El trámite de la demanda incluye disposiciones para la intervención de quienes “tengan interés directo en el proceso”, que comprenden (i) la notificación personal del auto admisorio de la demanda, (ii) el traslado de la demanda, (iii) la notificación personal de la primera decisión que se tome respecto de ellos, y (iv) su participación en la audiencia de juzgamiento. En efecto:

Al tratar el contenido del auto admisorio de la demanda, el artículo 171 ordena:

“Artículo 171. Admisión de la demanda. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, mediante auto en el que dispondrá:

...

3. Que se notifique personalmente a “los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso.” (Subraya la Sala).”

Con el traslado de la demanda, el artículo 172 también ordena:

“Artículo 172. Traslado de la demanda. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención.”(Subraya la Sala).

Entre las reglas para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, el artículo 182 señala el orden de intervención de las partes y de los “terceros”:

“Artículo 182. Audiencia de alegaciones y juzgamiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo anterior, esta audiencia deberá realizarse ante el juez, sala, sección o subsección correspondiente y en ella se observarán las siguientes reglas:

1. En la fecha y hora señalados se oirán los alegatos, primero al demandante, seguidamente a los terceros de la parte activa cuando los hubiere, luego al demandado y finalmente a los terceros de la parte pasiva si los hubiere, hasta por veinte (20) minutos a cada uno. También se oirá al Ministerio Público cuando este a bien lo tenga. El juez podrá interrogar a los intervinientes sobre lo planteado en los alegatos.

2...”

Y al definir las decisiones que requieren notificación personal el artículo 198 dispone:

⁴⁷ Ley 1437/11, Parte Segunda Organizaciones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones jurisdiccional y consultiva. Título V Demanda y Proceso Contencioso Administrativo. Capítulo III Requisitos de la demanda, Capítulo IV Trámite de la demanda.

“Artículo 198. Procedencia de la notificación personal. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

...

2. A los terceros, la primera providencia que se dicte respecto de ellos.

...”

Ahora bien, el Capítulo X del Título V, Parte Segunda, del CPACA, estatuye las reglas para la “intervención de terceros”, según se trate de coadyuvantes, litisconsortes facultativos o intervinientes *ad excludendum*, y atendiendo al medio de control.

Para los procesos de nulidad con restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, el artículo 224 consagra:

“Artículo 224. Coadyuvancia, litisconsorte facultativo e intervención ad excludendum en los procesos que se tramitan con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa. Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvancia o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum.

El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

En los litisconsorcios facultativos y en las intervenciones ad excludendum es requisito que no hubiere operado la caducidad. Igualmente, se requiere que la formulación de las pretensiones en demanda independiente hubiera dado lugar a la acumulación de procesos.

De la demanda del litisconsorte facultativo y el interviniente ad excludendum, se dará traslado al demandado por el término establecido en el artículo 172 de este Código”.

Sobre el llamamiento en garantía el inciso primero del artículo 225 define su propósito y fija las reglas para su ejercicio.

Dice el inciso primero del artículo 225 en cita:

“Artículo 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”

El artículo 226 se refiere a la “impugnación de las decisiones sobre intervención de terceros” y el artículo 228 es especial para los procesos electorales y de pérdida de investidura.

El artículo 227 remite al Código de Procedimiento Civil - léase Código General del Proceso⁴⁸:

⁴⁸ Ley 1564 de 2012 (julio 12) “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

“Artículo 227. Trámite y alcances de la intervención de terceros. En lo no regulado en este Código sobre la intervención de terceros se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Acerca de las partes y los intervinientes, encuentra la Sala de utilidad citar los siguientes comentarios del Profesor Hernán Fabio López Blanco⁴⁹:

“El libro segundo del Código General del Proceso, en adelante CGP, se destina a regular “los sujetos del proceso” y la sección segunda del mismo se ocupa de “partes, terceros y apoderados”, para en el capítulo segundo regular lo que concierne con “litisconsortes y otras partes”, de ahí que sea menester, antes de emprender el estudio de la regulación del concepto de parte, dejar sentadas las precisiones pertinentes acerca del alcance de nueva terminología que se emplea en el CGP.

En efecto, en el CGP bajo la denominación de “litisconsortes y otras partes”, el capítulo II que precede los artículos 60 a 70, se ocupa de las tres clases de litisconsorcio, de la intervención excluyente, el llamamiento en garantía, y el llamamiento al poseedor, mientras que bajo el título “terceros” que precede los artículos 71 y 72 regula exclusivamente la coadyuvancia y el llamamiento de oficio.”

Explica el Profesor López Blanco que en el CPC, las partes son la demandante y la demandada y quienes intervienen en calidad de litisconsortes, en cualquiera de sus formas porque todas “necesariamente convergen a integrar una de las dos partes.”

Agrega que, también en el CPC, es considerado tercero

“... todo sujeto de derecho que sin estar mencionado como parte demandante o parte demandada en la demanda, ingresa al proceso por reconocérsele una calidad diversa de la de litisconsorte necesario, facultativo o cuasinecesario y que de acuerdo con la índole de su intervención pueden quedar o no vinculados por la sentencia. ...”

Entonces, destaca así las diferencias con el CGP:

“Lo que hace el CGP es ubicar bajo el concepto de “otras partes” a los que en el CPC se denominan terceros vinculados por la sentencia y dejar el calificativo de terceros exclusivamente para los terceros no vinculados por la sentencia.”

Vale decir que en el CGP se acogió el sentido amplio de parte

“... noción que cobija por igual a litisconsortes, otras partes y terceros, de ahí que se afirme que tienen esa aptitud jurídica, que se denomina capacidad para ser parte, todos los sujetos de derecho y es así como el artículo 53 del CGP, se encarga de precisarlos al disponer: “Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso: 1. Las personas naturales y jurídicas. 2. Los patrimonios autónomos. 3. El concebido, para la defensa de sus derechos. 4. Los demás que determine la ley.”, norma que con acierto recoge todas las posibilidades que pueden darse para efectos de saber quién tiene la aptitud de intervenir en un proceso, en cualquier calidad.”

⁴⁹ López Blanco, XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal – Memorias, Medellín, septiembre de 2013. // *Código General del Proceso. Parte General*. DUPRE Editores, Bogotá, D.C., 2016.

Para concluir este acápite, advierte la Sala que el articulado del CPACA en materia de partes e intervinientes debe ser complementado, para su interpretación y aplicación, con los preceptos correspondientes del CGP.

Asimismo, debe tenerse presente que de conformidad con los artículos citados y transcritos atrás, en el CPACA el “interés directo” para intervenir en el proceso puede derivar de (i) la demanda o (ii) “de las actuaciones acusadas”, punto este de especial interés para el asunto materia de la consulta.

6. El ejercicio de la función administrativa sancionatoria por los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, en sus leyes de creación. Las responsabilidades. La intervención en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Consideración previa:

Reitera la Sala lo señalado en el concepto del 21 de octubre de 2010 acerca de “la naturaleza y régimen de las organizaciones encargadas de la función disciplinaria enmarcada dentro de la obligación constitucional de inspección, control y vigilancia de algunas profesiones, -a los que la ley ha denominado en términos generales Consejos Profesionales o tribunales de ética-.” En efecto resulta útil subrayar lo dicho en el mencionado Concepto acerca de “la diversidad de formas y figuras utilizadas por el legislador... [los] rasgos comunes a estos organismos, como la carencia de personería jurídica, la falta de definición legal de su naturaleza jurídica, su dependencia presupuestal de la Nación, la relación directa con un Ministerio, el ejercicio de una función pública, etc... [y] en general que tales consejos y tribunales constituyen un tipo especial y sui generis de organismos públicos, integrados a la Administración Pública a partir de una especial relación interadministrativa, de la cual se derivan diversas consecuencias jurídicas y prácticas en su organización y funcionamiento”.

En esta ocasión la Sala considera menester llamar la atención del gobierno nacional en punto a la evidente necesidad de revisar la dimensión organizacional del ejercicio de la función disciplinaria aludida, en tanto y en cuanto la historia de agregaciones sucesivas de figuras heterogéneas ha terminado por dibujar un cuadro que se resiente de no ser sistemático ni racional.

Este cuadro conlleva la confusión entre los actores privados encargados de funciones administrativas, y entre los actores públicos a ellos ligados, lo que se evidencia en las múltiples consultas que sobre el tema se hacen a la Sala, y naturalmente no resulta halagüeño en relación con la obligación del Estado de promover la participación de los particulares en el ejercicio de las funciones públicas, ni con el aseguramiento del derecho fundamental a la igualdad, amén del sinnúmero de dificultades administrativas y judiciales que de su abigarramiento e imprecisión emergen.

En el escenario actual, la aproximación y el análisis de las distintas figuras y formas establecidas para la función pública de inspección, vigilancia y control del ejercicio de las profesiones son asuntos en extremo casuísticos, y su individualidad ha generado dificultades en lo que respecta a la capacidad y la obligación de intervención de tales organismos en los procesos judiciales en los cuales, precisamente, se discute la legalidad de sus decisiones y los efectos de las mismas.

Dado que a pesar de la diversidad de formas y facultades, es lo cierto que las actuaciones y decisiones de estos organismos obligan a la persona jurídica Nación, el efecto en materia de intervención procesal es la obligación expresa e ineludible del ministro o su delegado⁵⁰, de intervenir en representación y defensa de los intereses públicos.

A continuación, el estudio de la normatividad particular de los tribunales objeto de la consulta.

6.1. La pertenencia al nivel nacional

Estima la Sala necesario destacar que los tribunales – nacionales y seccionales o departamentales - de ética médica, odontológica y de enfermería, fueron creados por la ley. En consecuencia deben considerarse como autoridades nacionales que ejercen de manera desconcentrada la función pública para la cual fueron creados.

Además en sus leyes de creación se dispuso, en todos los casos, que la jurisdicción es nacional pues la función se confiere respecto del ejercicio profesional “en Colombia”; y la sede principal de los tribunales nacionales es la capital del país.⁵¹

Por consiguiente, son autoridades nacionales. Las leyes de creación de los tribunales nacionales contemplan la creación de los tribunales seccionales (de ética médica y odontológica) y departamentales (de enfermería), con lo cual consagró el ejercicio desconcentrado de la función pública asignada.⁵²

La Ley 489 de 1998, define así la desconcentración administrativa:

“Artículo 8º.- Desconcentración administrativa. La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

Parágrafo.- En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento.”

⁵⁰ Ley 489 de 1998, artículo 60, parágrafo, y artículo 159 CPACA.

⁵¹ Ley 23/81, artículos 63 y 67. // Ley 35/89, artículos 59 y 63. // Ley 266/96, artículo 12, Parágrafo 2º.

⁵² La Sala ya se había pronunciado en el sentido expresado en concepto del 22 de junio de 1990, Radicación número: 362, Actor: MINISTERIO DE SALUD, Referencia: Consulta Tribunal de ética médica ámbito de su competencia Ley 23 de 1981, artículo 46. “1. Los Tribunales de Ética Médica son organismos creados por la Ley 23 de 1981, que tienen una naturaleza especial por cuanto cumplen una función pública, sin formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, sin embargo, cuentan con la participación del Estado, a través del Ministerio de Salud, respecto de su presupuesto, de la designación de sus miembros y de la revisión de algunas de sus decisiones disciplinarias. (...) 4. La mencionada Ley 23 de 1981, creó el Tribunal Nacional de Ética Médica, con sede en la capital de la República y jurisdicción en todo el territorio nacional para decidir en los procesos disciplinarios adelantados contra las faltas a la ética médica, en los cuales proceda aplicar la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años y resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones proferidas por los Tribunales de Ética profesional (artículos 85 y 88, Ley 23 de 1981). / Según el artículo 84 ibidem, a los Tribunales Seccionales Ético Profesionales con sede en cada uno de los departamentos, intendencias o comisarías les corresponde aplicar las sanciones de amonestación privada, censura y suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses, en los procesos disciplinarios que adelanten por infracción del reglamento de ética médica.(...)”

La financiación con cargo a los presupuestos departamentales, de los tribunales seccionales médicos y odontológicos, y departamentales de enfermería, prevista en la Ley 715 de 2002, no significa que tales tribunales se hayan incorporado al nivel territorial pues la Ley 715 en cita no contempló tal efecto y las leyes de creación, aún anteriores, son especiales y prevalecen en punto a la organización de la función disciplinaria.

6.2. La pertenencia al Sector Administrativo de Salud y Protección Social

Sea lo primero advertir que las leyes de creación de los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería no previeron su “adscripción” o su “vinculación” al Ministerio de Salud (para la época), de manera que en el sentido literal de la definición legal de “sector administrativo” contenida en el artículo 42 de la Ley 489 de 1998, no integran el actual Sector Administrativo de Salud y Protección Social.

No obstante, en el concepto emitido por esta Sala el 21 de octubre de 2010, que da lugar a la consulta que ahora se absuelve, se hizo un exhaustivo repaso de la legislación y la línea jurisprudencial relativas a la naturaleza de los tribunales de ética y de las demás instituciones a través de las cuales el Estado ejerce sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre determinadas profesiones, y la vinculación que necesariamente tienen con la Rama Ejecutiva en el nivel nacional, y que las lleva a ser consideradas parte del ámbito de un determinado sector administrativo.

Respecto de los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, las leyes de creación, sin integrarlos a la estructura de la Rama Ejecutiva, estableció la intervención del Ministerio de Salud, hoy de Salud y Protección Social, en la designación de sus miembros y en la revisión de una de las sanciones que pueden imponer. En efecto:

Respecto del Tribunal de Ética Médica, el artículo 64 de la Ley 23 de 1981 dispuso:

Artículo 64. El Tribunal Nacional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez candidatos, de los cuales cuatro serán propuestos por la Federación Médica Colombiana, tres por la Academia Nacional de Medicina y tres representantes de las Facultades de Medicina legalmente aprobadas, propuestos por éstas.

Parágrafo. El Ministerio de Salud, cuando lo considere conveniente, podrá solicitar a la Federación Médica Colombiana, a la Academia Nacional de Medicina y a las Facultades de Medicina el envío de nuevas listas.

A lo cual agregó el artículo 66, que los miembros del Tribunal Nacional de Ética Médica “tomarán posesión de sus cargos ante el Ministro de Salud.”

Como los miembros de los tribunales seccionales son elegidos por el Tribunal Nacional, indirectamente hay una intervención del Ministerio de Salud y Protección Social.⁵³

⁵³ Ley 23 de 1981, artículo 68. “El Tribunal Seccional de Ética Médica estará integrado por cinco profesionales de la medicina, elegidos por el Tribunal Nacional de Ética Médica, de conformidad con lo establecido en el artículo 73, escogidos de listas presentadas por los Colegios Médicos correspondientes, cuyo número en cada caso no podrá ser inferior a diez profesionales, salvo cuando en el respectivo territorio no existiere este número, con el lleno de las calidades que más adelante se señalan.”

Corresponde también al Ministerio fijar las remuneraciones de los miembros de los tribunales y del personal de apoyo, como lo prevé el artículo 91 de la Ley 23.⁵⁴

La Ley 23, en su artículo 89 establece el recurso de apelación ante el Ministerio de Salud de la sanción de suspensión por 5 años, prevista en el literal d) del artículo 83 *ibidem*.⁵⁵

Disposiciones en el mismo sentido se encuentran en los artículos 60, 62, 85 y 87 de la Ley 35 de 1989, respecto de los tribunales de ética odontológica.⁵⁶

La Ley 266 de 1996⁵⁷, relativa a la Enfermería, prevé la ratificación por el Ministerio de Salud de la designación de los integrantes del Tribunal de Ética, que compete al Consejo Técnico Nacional de Enfermería.

En virtud de las disposiciones legales en comento, los tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería deben ubicarse en el ámbito de las competencias del Ministerio de Salud y Protección Social y del sector administrativo a cargo del ministro correspondiente.

6.3. El propósito del legislador para su creación

Dentro del marco constitucional del artículo 39 de la Constitución de 1886 y sus reformas, y del artículo 26 de la Constitución de 1991, como se analizó atrás, el legislador ha gozado de una amplia potestad para estructurar el régimen de inspección y vigilancia sobre el ejercicio de las profesiones en razón al interés social que pueden afectar.

Las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y 266 de 1996, respectivamente, dispusieron la creación de los Tribunales de Ética Médica, Ética Odontológica y Enfermería, y les confirieron “autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-

⁵⁴ Ley 23/81, artículo 91. “El Ministerio de Salud, oído el concepto de la Federación Médica colombiana, señalará la remuneración que corresponda a los miembros de los Tribunales Ético Profesionales y demás personal auxiliar.”

⁵⁵ Ley 23/81, artículo 89. “La sanción consistente en la suspensión de que trata el literal d) del artículo 83, sólo podrá ser impuesta por el Tribunal Nacional Ético Profesional y en su contra son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de modificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud, dentro del mismo término.”

⁵⁶ Ley 35/89, artículo 60. “El Tribunal Nacional de Ética Odontológica estará integrado por cinco profesionales de la odontología elegidos por el Ministerio de Salud de una lista de diez (10) candidatos, de los cuales cinco (5) serán propuestos por la Federación Odontológica Colombiana y cinco (5) por la Asociación Colombiana de Facultades de Odontología (ACFO).” // Artículo 62. “Los miembros del Tribunal Nacional de Ética Odontológica serán nombrados para un periodo de dos años, pudiendo ser reelegidos y tomarán posesión de sus cargos ante el Ministerio de Salud.” // Artículo 85. “La sanción consistente en la suspensión de que trata el literal d) del artículo 79 sólo podrá ser impuesta por el Tribunal Nacional Ético Profesional y en su contra son procedentes los recursos de reposición para ante el mismo Tribunal, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la sanción, o el subsidiario de apelación para ante el Ministerio de Salud dentro del mismo término”. // Artículo 87. “El Ministerio de Salud, oído el concepto de la Federación Odontológica Colombiana, señalará la remuneración que corresponda a los miembros de los Tribunales Ético Profesionales y demás personal auxiliar.”

⁵⁷ Ley 266/96, artículo 12. “El Tribunal Nacional Ético de Enfermería estará integrado por siete (7) miembros, profesionales de enfermería, de reconocida idoneidad profesional y solvencia ética y moral, con no menos de diez (10) años de ejercicio profesional. Parágrafo. 1o. El Consejo Técnico Nacional de Enfermería elegirá a los miembros del Tribunal Nacional Ético de Enfermería y los presentará al Ministerio de Salud para su ratificación en un tiempo no mayor de 30 días, y para la asignación de recursos e iniciar su funcionamiento, en el año fiscal siguiente a la sanción de la presente Ley.”

profesionales que se presenten por razón del ejercicio” de las disciplinas en mención.

Los procesos disciplinarios ético-profesionales conllevan la potestad sancionatoria del Estado, dirigida en este caso a los profesionales de la medicina, la odontología y la enfermería, con el fin de garantizar la adecuación de su conducta a la ética de la profesión, y a los deberes funcionales a los que están sujetos.

Los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería y quienes los integran ejercen una función pública, de naturaleza administrativa, y de carácter sancionatorio.

Así lo analizaron las sentencias C-620-08 y C-762-09, respecto de la Ley 23 de 1981 y la sentencia C-213-07 en cuanto a la Ley 35 de 1989, que reiteraron el carácter administrativo disciplinario de la función asignada a los tribunales de ética que tales leyes crearon.⁵⁸ E igualmente lo ha concluido esta Sala tanto en función consultiva como al decidir conflictos de competencia administrativa; y también la Sala de lo Contencioso Administrativo.⁵⁹

6.4. La integración de los tribunales

Las Leyes 23 de 1981 (artículos 64 y 68), 35 de 1989 (60 y 64) y 266 de 1996 (artículo 12) ordenan que los respectivos tribunales se integren con profesionales de la medicina, la odontología y la enfermería, esto es, con particulares.

Las Leyes 23 y 35 agregaron también que los mencionados particulares no se consideran servidores públicos por la asignación de la función de naturaleza pública. Aclaración que no se contiene en la Ley 266 sin que por ello pueda interpretarse que los miembros de los tribunales éticos de enfermería sean empleados públicos.

Se trata entonces de particulares encargados del ejercicio de una función pública de naturaleza administrativa.

6.5. Los miembros de los tribunales en la organización y el funcionamiento de la administración pública y sus responsabilidades.

Tratándose de particulares en ejercicio de una función pública de naturaleza administrativa, los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería y sus miembros, son autoridades (artículo 2º de la Ley 1437 de 2011); forman parte de la organización de la administración pública (Ley 489 de 1998, artículo 2º); y profieren actos administrativos susceptibles de control judicial (Ley 1437 de 2011).

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-620-08 (junio 25) - Referencia: expediente D-6996 y D-6997 / Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 63, 67, 73 y 87 (parcial) de la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica./ Sentencia C-762-09 (29 de octubre) Referencia: expediente D- 7607 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 80 y 81 de la Ley 23 de 1981.// Sentencia 213-07 (21 de marzo) Referencia: expediente D-6445 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 83 de la Ley 35 de 1989.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1756 de 2006; Decisión del 5 de mayo de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00036-00 (C); Decisión del 10 de septiembre de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00116-00(C); y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 2 de septiembre de 2014, Expediente 2014-00541 (AC).

En virtud de la función y del nivel nacional correspondiente a su norma de creación, los tribunales en mención obligan con sus actuaciones a la Nación, dado que es esta la persona jurídica con capacidad para adquirir derechos y obligaciones que en consecuencia deberá responder por los daños que eventualmente deriven de las acciones u omisiones de los tribunales y sus miembros.

La responsabilidad de los miembros de los tribunales en comento, ya no es la que se predica de los particulares en los términos del artículo 6º de la Constitución. El ejercicio de la función pública los hace destinatarios de las normas que regulan las responsabilidades disciplinaria, fiscal, penal y patrimonial, especialmente adoptadas por el legislador para los particulares que ejercen funciones públicas, conforme se reseñó en el punto 3.4 de este concepto.

6.6. La concurrencia del Ministerio y de los tribunales para la defensa judicial de las decisiones dictadas en ejercicio de la función de inspección y vigilancia conferida por el legislador a los tribunales

La naturaleza administrativa de la función pública asignada por el legislador a los tribunales fundamenta el control por la vía judicial, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de los actos definitivos que profieren los tribunales nacionales y seccionales o departamentales de ética médica, odontológica y de enfermería.

Los actos definitivos así como los resultados de los procesos judiciales en los que se debate su legalidad, son fuente de obligaciones para la persona jurídica Nación.

Por consiguiente:

- El Ministro de Salud y Protección Social o el funcionario en el que haya delegado la representación judicial de la Nación, por conducto de apoderado, tiene la obligación legal de intervenir en los procesos en mención, en ejercicio de dicha representación, y está habilitado en la causa para intervenir en el proceso.
- De acuerdo con el medio de control, las actuaciones adelantadas por los tribunales de ética médica, odontológica y de enfermería, configuran la fuente tanto de las pretensiones del demandante frente a la parte demandada, como de una eventual condena a cargo de la Nación.

En consecuencia, no cabe duda de la obligación y el derecho del ministerio de promover la intervención del tribunal de ética correspondiente en el proceso, por ejemplo a través del llamamiento en garantía.

Por supuesto que las figuras procesales instituidas para la integración de las partes y la intervención de sujetos con interés en el proceso habrán de ser examinadas de acuerdo con las particularidades de cada proceso.

- Los tribunales de ética y sus miembros individualmente considerados, deben tener presente las responsabilidades institucionales y personales que implica el ejercicio de la función pública de inspección, vigilancia y control que el Estado les ha encomendado, así como la habilitación legal para intervenir en los procesos con la posibilidad de defensa de las actuaciones que profirieron y son el objeto del debate judicial.

- En todo caso, cuando “las actuaciones acusadas” provienen de los procesos disciplinarios y decisiones tomadas en el ejercicio de la función pública asignada a los Tribunales de Ética Médica, Odontológica o de Enfermería, es indiscutible el “interés directo en el resultado del proceso”, tanto para el Tribunal como órgano colegiado como para cada uno de sus integrantes, de acuerdo con las expresas previsiones del CPACA relacionadas atrás.

III. La Sala RESPONDE

1. *¿El Ministerio de Salud y Protección Social debe asumir la representación judicial del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, y si es el caso debe asumir el pago de condenas de carácter económico, teniendo en cuenta que esta entidad no ha manifestado su voluntad en los actos materia de controversia ante el Contencioso Administrativo?*

El Ministerio de Salud y Protección Social, y en particular el Ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con el inciso primero del artículo 159 del CPACA, tienen el deber de representar a la Nación en los procesos judiciales en los que se discutan decisiones proferidas por los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería.

Los tribunales, y sus miembros individualmente considerados, son sujetos con interés directo en el resultado del proceso en el cual se acusan las actuaciones y decisiones adelantadas en ejercicio de la “autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales”, asignada en sus leyes de creación. De esta manera, están habilitados para comparecer en los procesos bajo las figuras de intervención reguladas en el CPACA, en armonía con el CGP.

El pago de la eventual condena, salvo decisión judicial en contrario, debe cumplirse con cargo al presupuesto del Ministerio de Salud y Protección Social, dada la relación *sui generis* de los tribunales con ese ministerio.

2. *De considerarse que este Ministerio debe asumir en todo caso la representación judicial del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, ¿cuál es la responsabilidad que recae sobre los tribunales referidos frente al pago de una eventual condena de índole económica o cuando simplemente se disponga declarar la nulidad del acto demandado?*
5. *¿En caso de que este Ministerio deba asumir el pago de condenas de carácter económico, la entidad estaría facultada para repetir contra los magistrados del Tribunal Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, que generaron el acto demandado y posteriormente anulado?*

Se reitera la respuesta a la pregunta 1, en cuanto a la obligación del Ministerio y del Ministro de Salud y Protección Social de comparecer en los procesos en los que se debatan actuaciones de los Tribunales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, en representación de la Nación.

En caso de fallo adverso a la Nación, la eventual responsabilidad de los tribunales de ética en mención y de sus miembros, está vinculada a las consideraciones que sustenten las correspondientes decisiones judiciales, expuestas en la sentencia de anulación simple, o de anulación y restablecimiento del derecho, en favor de la parte demandante. Dicha responsabilidad se sujetará a las disposiciones legales que la regulan en los ámbitos disciplinario, penal, fiscal y patrimonial, según se explicó en este concepto, y estará sujeta a que se la derive con base en los ordenamientos procedimentales correspondientes.

El Ministerio está facultado por la Constitución y por la ley para ejercer la acción de repetición contra los miembros del tribunal de que se trate, bajo el entendido de que es requisito esencial para la prosperidad de la mencionada acción el que las actuaciones y decisiones que dan lugar al pago de condenas hayan sido realizadas con culpa grave o dolo.

3. *¿Carecen los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica de la capacidad procesal para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso?*
4. *¿En el evento de que este Ministerio deba asumir la representación judicial de los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica, estos organismos podrían concurrir, ser vinculados o hacerse parte en el proceso Contencioso Administrativo?*

Por las razones específicas que se derivan de la figura que los estatuye como particulares en ejercicio de función pública, en los términos explicados en este concepto, y de conformidad con los artículos 171 y 172 del CPACA, que han de armonizarse en cuanto corresponda con el CGP, los Tribunales Nacional y Seccionales de Ética Médica y Odontológica son sujetos con interés directo en los resultados de los procesos y, con el traslado de la demanda, si fuere el caso, quedan facultados para responderla, proponer excepciones, solicitar pruebas y en general para ejercer los derechos y asumir las cargas y responsabilidades procesales correspondientes.

El Ministerio siempre deberá considerar la posibilidad de hacer efectiva la intervención de los tribunales en los procesos, a través de las figuras procesales instituidas para el efecto, entre otros medios a través del llamamiento en garantía.

Los tribunales y sus miembros individualmente considerados, en atención al interés directo que les asiste en los resultados del proceso, podrán esgrimir el derecho que les asiste a defender sus actuaciones, mediante las formas legales que les permiten intervenir en calidad de terceros, en particular la de la impugnación.

6. *Si en el marco de lo dispuesto en el numeral 43.1.8., del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011, los Departamentos o Distritos deben asumir la financiación de los Tribunales Seccionales de Ética Médica, Odontológica y de Enfermería, ¿le corresponderá a dichos entes territoriales asumir la representación judicial de los mencionados tribunales?*

La financiación de los tribunales departamentales y seccionales, que el legislador radicó en la respectiva entidad territorial, no tiene como consecuencia que tales tribunales sean autoridades del nivel territorial, pues su origen es y continúa siendo legal, y por lo mismo son dependencias que ejercen de manera desconcentrada la inspección y vigilancia del ejercicio de la medicina, la odontología y la enfermería en el territorio nacional.

Remítase al señor Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala