



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA-SGC

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL N° 01 DE 2024
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
ENERO 2024

Municipio de Villanueva, forma parte de la provincia Guanentá. El 01 de marzo de 1948 se materializó la fundación del municipio tras la fuerte ola de violencia partidista entre los pobladores de Barichara (liberales) y los ahora villanuevas (conservadores).



Municipio de Barichara, fundado el 29 de enero de 1705 está ubicado en la provincia de Guanentá. La población es reconocida por sus construcciones de finales del siglo XVIII; el sector antiguo de la población fue declarado patrimonio cultural del país mediante decreto 1654 de 1978. Es conocido popularmente por ser "el pueblo más lindo de Colombia", por lo cual ha sido merecedor del título de Monumento Nacional.





HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER



MAGISTRADOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Dr. Iván Fernando Prada Macías- Presidente -
Dra. Francy del Pilar Pinilla Pedraza - Vicepresidente -
Dra. Claudia Ximena Ardila Pérez
Dra. Carolina Arias Ferreira
Dra. Luisa Fernanda Flórez Reyes
Dr. Iván Mauricio Mendoza Saavedra
Dra. Claudia Patricia Peñuela Arce
Dr. Julio Edisson Ramos Salazar

Relatora. Angela María Alaix Rugeles



PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER QUE FUERON OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO POR EL ÓRGANO DE CIERRE DE LA JURISDICCIÓN

- 1. NULIDAD ELECTORAL / ELECCION ALCALDE. Inhabilidades. Elección alcalde de San Gil periodo 2024-2027. Medida cautelar de suspensión provisional. Requisitos de procedencia de la medida. Causal de inhabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto de 25 de enero de 2024. Radicado 680012333000-2023-00727-01. C.P. Dr. OMAR JOAQUÍN BARRETO SUÁREZ.**

[Radicado 680012333000-2023-00727-01.](#)

EL / DRA. CPPA. Confirma auto que admite la demanda y niega la medida cautelar.

Recuerda la ponencia que en el Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se consagró la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro de todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, sin que dicho acto implique prejuzgamiento alguno.

Ahora bien, de manera concreta, en materia de nulidad electoral el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 estableció que la solicitud de suspensión provisional debe elevarse en la demanda y que aquella debe resolverse en el auto admisorio. Sin embargo, la misma Sala de Decisión que hoy se pronuncia, ha aceptado que no necesariamente la medida cautelar debe presentarse en el texto mismo de la demanda, sino que, tal y como se permite en los procesos ordinarios puede ser presentada en escrito anexo a esta, pero siempre y cuando se haga dentro del término de caducidad.

Puntualmente en lo que tiene que ver con la procedencia de la cautela, se tiene de la interpretación armónica de las normas que rigen la figura, que para que se pueda decretar la suspensión provisional de un acto en materia electoral debe realizarse un análisis del acto demandado frente a las normas superiores invocadas como vulneradas en la demanda o en la solicitud, según corresponda, para así verificar si



hay una violación de aquellas con apoyo en el material probatorio con el que se cuenta.

No obstante, resulta del caso precisar que no cualquier desconocimiento normativo implica per se la suspensión provisional del acto acusado, por cuanto es claro que debe analizarse en cada caso concreto la implicación del mismo con el fin de determinar si tiene o no la entidad suficiente para afectar la aplicabilidad del acto y en últimas su legalidad.

Además, se hace necesario reiterar que el pronunciamiento que se emita con ocasión de una solicitud de medida cautelar en manera alguna implica prejuzgamiento, por lo que nada obsta para que la decisión adoptada varíe en el curso del proceso y para que incluso, la decisión definitiva sea diferente.

Así las cosas, y para el caso concreto, tal y como lo expuso el a quo, la conducta inhabilitante por la administración de recursos del régimen subsidiado de salud se encuentra configurada cuando concurren los siguientes presupuestos: (i) un elemento material, referido a que el candidato tenga una relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con quien haya ejercido la representación legal de la entidad a la que se refiere la norma, (ii) un elemento orgánico, relativo a que dicha entidad tenga a su cargo la prestación de servicios de seguridad social en salud en el régimen subsidiado, (iii) un elemento temporal, consistente en que la representación legal se haya ejercido en el período inhabilitante y (iv) un elemento espacial, según el cual esa representación se haya efectuado en el territorio donde se produjo la elección.

Si bien es cierto, la parte actora aportó como prueba documental copia del Acta 42 de la Asamblea Ordinaria del 17 de marzo de 2022, en la que consta que el señor Edgar Orlando Pinzón Rojas y su cónyuge, la señora Ligia Vargas Chaparro, ostentan la calidad de socios de COOSALUD IPS; asimismo, en dicho documento se destaca que la esposa del demandado fue designada como miembro principal del Consejo de Administración de la cooperativa para la vigencia 2022-2024.

De lo anterior, la Sala no evidencia la configuración del elemento material a que hace referencia el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, en la medida en que del acta en mención no se desprende que la cónyuge del demandado haya ostentado la condición de representante legal de COOSALUD IPS, pues



únicamente se hace referencia a su designación como integrante del Consejo de Administración de dicho ente.

En efecto, la causal de inhabilidad prevista en la norma se enmarca en la relación de parentesco entre el candidato y los representantes legales de entidades que, entre otras, presten el servicio público de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio, calidad que no tiene la esposa del señor Pinzón Rojas, o que por lo menos no está debidamente probada en este estado del proceso.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, aunque el propósito de las inhabilidades consiste en salvaguardar la igualdad de la contienda electoral y evitar el acceso a la función pública de personas cuya situación pueda prestarse para conductas lesivas de valores superiores, no se debe perder de vista que su interpretación debe ser restrictiva, esto es, sin contemplaciones más allá de las previstas en el texto legal, tal como lo precisó esta Sala; tal y como se explica en sentencia de unificación reciente, la que determinó que el criterio de interpretación restrictiva busca la aplicación de la norma a casos concretos, razón por la cual los operadores jurídicos al momento de determinar la ocurrencia de una inhabilidad respecto de quien pretende ocupar un cargo público, deben limitarse i) al alcance de los verbos rectores incluidos por el constituyente o el legislador, ii) a las situaciones de orden jurídico que la originan y su prueba plena, así como a los límites de orden temporal y/o espacial y iii) las calidades específicas de las personas respecto de las cuales se predicen.

2. **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELACION LABORAL ENCUBIERTA. Contratos de prestación de servicios-Instructor Sena.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A. Sentencia de 25 de enero de 2024. Radicación 680012333000-2018-00840-01. C.P. Dr. JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ.

[Radicación 680012333000-2018-00840-01](#)

NR / DRA. LFFR. Confirma sentencia que niega las pretensiones de la demanda.



Recuerda la decisión que, en los contratos de prestación de servicios, se requiere que la prueba de la relación contractual sea palmaria, es decir, que se pueda determinar con claridad si entre el actor y la entidad demandada existía un verdadero contrato de prestación de servicios, o por el contrario una relación de tipo laboral, que es la que procede a analizarse.

La relación laboral comprende los siguientes elementos: la actividad humana que debe ser realizada personal, libre y conscientemente, la relación de dependencia o subordinación de una persona física a otra natural o jurídica y, a su vez, el elemento de la remuneración.

Este tema, de diferenciar el contrato de prestación de servicios y la relación laboral, ha sido objeto de constantes controversias, por ello se trae a colación la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional, que expresa claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, dice al respecto:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.

...

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

De acuerdo con lo anterior, se colige que es la subordinación o dependencia el



elemento que diferencia al contrato de prestación de servicios del contrato de trabajo o de la relación laboral, por esto, desvirtuar un contrato de prestación de servicios, demostrando la subordinación dará vía libre al nacimiento del derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la unificación del sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 tenemos que, la Sala unifica el sentido y alcance del término como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.”.

Así mismo, corresponde precisar que la jurisprudencia del Consejo de Estado en varias oportunidades ha indicado que por regla general corresponde a la parte actora demostrar, que en la ejecución del contrato se configuraron los elementos propios de una relación laboral como son: una actividad personal, un salario y la subordinación.

De tal suerte, tal y como lo precisó el órgano de cierre en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, cuando se reconoce la existencia de una relación laboral, al accionante le asiste el derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la administración, pero no es posible que por ello se le dé la categoría de empleado público al contratista sin que concurran los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

- 3. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECURSO DE QUEJA. Recurso de apelación contra el auto que niega una solicitud probatoria en el trámite de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Procedencia, normatividad aplicable.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 11 de enero de



2024. Radicación: 680012333000-2017-00652-01. C.P. Dr.: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Radicación: 680012333000-2017-00652-01.

NR/ DRA. LFFR. La sala estima bien denegado el recurso

Recuerda la providencia que la Sección Primera del órgano de cierre ha considerado que el recurso de apelación, cuando se interpone contra decisiones proferidas por los tribunales administrativos, en primera instancia, procede contra: i) los autos previstos en los primeros cuatro numerales del artículo 243 de la Ley 1437; y ii) los autos respecto de los cuales una norma especial disponga expresamente la procedencia de este recurso, por las siguientes razones:

"[...] En efecto, mientras que el legislador consagró en el precitado artículo 243 que los autos allí enumerados, que hayan sido proferidos por los Jueces Administrativos, son susceptibles del recurso de apelación, en tratándose de decisiones adoptadas por los Tribunales Administrativos únicamente serán objeto de alzada las contenidas en los numerales 1º, 2º, 3º y 4º de dicha disposición, es decir, aquellos que pongan fin al proceso, los que rechacen la demanda, los que decreten una medida cautelar y los que aprueben una conciliación prejudicial o judicial.

Como se observa, lo que hizo el legislador, en el marco de los principios de celeridad y eficacia que rigen toda actuación dentro de la administración de justicia, fue limitar las decisiones interlocutorias que pueden ser objeto del recurso de apelación, de tal forma que tan sólo lo serán las contenidas en los numerales 1º a 4º del artículo 243, cuando se trate de asuntos tramitados, se repite, en tribunales administrativos u órganos colegiados.

Lo anterior tiene sentido, en la medida que guarda armonía y coherencia con lo establecido en el artículo 125 del C.P.A.C.A., norma que consagra lo referente a la competencia para la expedición de providencias dentro de los procesos tramitados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en la cual se dispuso que "en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 243 del Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia".

De esta manera, es dable colegir que si bien es cierto que, cuando se trata



de jueces colegiados, los autos señalados en los primeros cuatro numerales del artículo 243 plurimencionado deben ser proferidos por la Sala y, por ende, son susceptibles del recurso de apelación, también lo es que los autos interlocutorios a que hacen referencia los numerales 5º a 9º ejusdem, por tratarse de decisiones expedidas por el ponente, dada la expresa voluntad del legislador, escapan del control a través del recurso de alzada, a menos que cualquier otra disposición del C.P.A.C.A. les otorgue el carácter de auto apelable, como ocurre en los eventos consagrados en los artículos 180.6, 193, 226, 232, 240, 241, entre otros [...]"

De conformidad con el marco normativo y el criterio jurisprudencial indicados, la Sala de decisión consideró que el auto proferido en la audiencia inicial realizada el 8 de julio de 2019, por medio del cual se negó el interrogatorio de parte solicitado por la parte demandada, no es susceptible del recurso de apelación, por cuanto la providencia que niega una solicitud probatoria no está prevista dentro de los cuatro primeros numerales del artículo 243 de la Ley 1437 ni en ninguna otra norma especial que así lo disponga expresamente.



PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO

- 1. CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS / Autoridad competente para continuar con proceso de responsabilidad fiscal, por el no cobro de multas de tránsito.** Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil. Decisión de 25 de enero de 2024. Radicación: 110010306000-2023-00687-00 C.P. Dr. ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Radicación: 110010306000-2023-00687-00

En cuanto al control prevalente (ahora preferente) de la Contraloría General de la República, recuerda la decisión que el Acto Legislativo 04 de 2019, modificó el artículo 267 constitucional, el cual radicó en la Contraloría General de la República la vigilancia y el control fiscal de quienes manejen «fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos»; previó que la ley debía reglamentar el ejercicio de las competencias entre las contralorías «con observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad»; y ordenó que el control que ejerce la Contraloría General de la República «será preferente en los términos que defina la ley»

De acuerdo con el contenido del artículo 3 del Decreto 403 de 2020, la prevalencia significa primacía de las competencias de la Contraloría General de la República sobre las competencias de las contralorías territoriales, en dos hipótesis: i) el inicio por la Contraloría General de un ejercicio de control fiscal, caso en el cual la contraloría territorial tiene el deber de abstenerse de ejercer sus funciones; y ii) cuando la territorial ha iniciado un ejercicio de control fiscal, será desplazada si la Contraloría General de la República decide intervenir.

Ahora bien, el ejercicio de las competencias de las contralorías General y territoriales está regulado en el Título II del Decreto Ley 403 de 2020, artículo 4, en los siguientes términos:

“Artículo 4o. Ámbito de competencia de las contralorías territoriales. Las contralorías territoriales vigilan y controlan la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y demás entidades del orden territorial,



así como a los demás sujetos de control dentro de su respectiva jurisdicción, en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales según el orden al que pertenezcan, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley; en forma concurrente con la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto ley y en las disposiciones que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

En todo caso, corresponde a la Contraloría General de la República, de manera prevalente, la vigilancia y control fiscal de los recursos de la Nación transferidos a cualquier título a entidades territoriales, así como las rentas cedidas a estas por la Nación, competencia que ejercerá de conformidad con lo dispuesto en normas especiales, en el presente decreto ley en lo que corresponda, bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.”

En ese orden de ideas, hace notar la Sala la expresa referencia de la norma legal a los recursos de la Nación transferidos a cualquier título a la entidad territorial, como ámbito de aplicación de la competencia prevalente de la Contraloría General de la República. Así como las competencias de las contralorías territoriales referidas a los recursos endógenos, en concurrencia con la Contraloría General de la República, pero de acuerdo con las disposiciones del mismo decreto ley.

Puntualmente respecto de los recursos por concepto de multas de tránsito; esta Sala en el Concepto núm. 2433 de 1 de julio de 2020 señaló lo siguiente:

“[...] el legislador creó una renta propia a favor de las entidades territoriales que, como lo ha precisado la Corte Constitucional, es de fuente endógena, porque el producto recaudado dentro de su respectiva jurisdicción entra directamente a su presupuesto y no al Presupuesto General de la Nación. Como lo precisó esta Sala en otra oportunidad, «los dineros que ingresan a los entes territoriales por pago de multas por infracciones de tránsito constituyen un ingreso corriente no tributario de destinación específica, al estar dirigidos, por mandato legal, a un fin determinado». “

Conforme lo expuesto, para la Sala resulta dable concluir que los recursos por concepto de multas de tránsito son de propiedad de las autoridades territoriales, por tanto, se trata de fuentes endógenas de financiación; lo que claramente conduce a determinar que la autoridad competente en el subexamine para continuar con el



proceso de responsabilidad fiscal será la Contraloría Departamental de Cundinamarca.

2. REPARACION DIRECTA / ACTIO IN REM VERSO. Requisitos de procedencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Sentencia de 24 de enero de 2024. Radicación 150012331000-2001-01220-01. C.P. Dr. WILLIAM BARRERA MUÑOZ.

Radicación 150012331000-2001-01220-01.

La Sala toma como punto de partida que, por regla general, el enriquecimiento sin justa causa y, en consecuencia, la actio in rem verso, entendida bajo la comprensión: “nadie podrá enriquecerse a expensas de otro”, no puede ser invocado como fuente de responsabilidad del Estado para reclamar el pago de obras, entrega de bienes, servicios prestados o cualquier otro tipo de prestación, sin la mediación de un contrato estatal o al margen de éste, por cuanto tal figura no está llamada a emplearse con la finalidad de desconocer o contrariar una norma imperativa que deriva de la solemnidad del contrato estatal y de los procedimientos para celebrarlo.

Igualmente, recuerda que con criterios de unificación, esa Sección clarificó que emergen hipótesis que tornan procedente la aplicación de la actio in rem verso con efectos indemnizatorios frente a prestaciones en favor de las entidades estatales sin que medie contrato alguno, las cuales deben ser aplicadas con carácter excepcional y, por consiguiente, son de interpretación y aplicación restrictivas, de allí que no cualquier evento pueda encuadrar dentro de esos casos excepcionales o al amparo de ellos, en tanto que la regla general es que no resulta admisible prestación sin contrato estatal.

Así, los casos en los que de manera excepcional y por razones de interés público o general, la Sala consideró procedente dar cabida a la actio in rem verso, comprenden los siguientes: i) cuando se acredite de manera fehaciente y evidente que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular, la que, en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium, constrañó al particular a la ejecución de prestaciones o al suministro de bienes o servicios para



su beneficio, por fuera o con prescindencia de contrato estatal; ii) cuando es urgente o necesario adquirir bienes, solicitar servicios o suministros u ordenar obras para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas y la celebración de los correspondientes contratos; y, iii) cuando, debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno

Así mismo agrega que, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, el ordenamiento jurídico contempla, a título de excepción, la posibilidad de ejecución prestacional sin el amparo de un contrato estatal, en aquellas situaciones de urgencia en las que, por razones inculpables, las entidades de derecho público no están en condiciones de acudir a los procedimientos de selección en situaciones relacionadas con: estados de excepción, hechos de calamidad constitutivos de fuerza mayor o desastres.

Como conclusión de lo expuesto hasta aquí, se tiene que la actio in rem verso ejercida a través de la acción de reparación directa, no es procedente para obtener el reconocimiento y pago de servicios de salud prestados de urgencias por la ESE demandante a los afiliados del ISS, por existir un procedimiento administrativo especial y reglado para ello en la Ley 100 de 1993 y Ley 715 de 2001.

De otra parte, en lo que tiene que ver con las facturas representativas de la prestación de servicios médicos diferentes a urgencias, esto es, las facturas por concepto de prestación de servicios de hospitalización, ambulatorios, médicos hospitalarios, patología, consulta externa, consulta médica especializada, entre otros, en el proceso no se acreditó la situación excepcional que pretende introducir como fuente del enriquecimiento sin causa, puesto que no precisó, ni acreditó las situaciones de necesidad y su origen. Adviértase que las facturas solo mencionan el concepto del servicio médico hospitalario prestado, mención que resulta palmariamente insuficiente para dar cuenta de situaciones urgentes o necesarias para evitar una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud de los afiliados a la EPS ISS y el dictamen pericial practicado en el proceso nada conceptúa sobre los supuestos alegados por la actora para la procedencia de la actio in rem verso.



De tal suerte, en los casos en los que el argumento y el material probatorio allegado no encuadre dentro de las excepciones contempladas por la sentencia de unificación citada para dar cabida a la actio in rem verso, toda vez que no se acredita de manera objetiva la urgencia y necesidad de la prestación del servicio, que impidieron adelantar un proceso de selección de contratistas y la celebración de un contrato de prestación de servicios de salud entre la EPS ISS y la ESE, no es dable al juez de lo contencioso administrativo colegir de las simples afirmaciones, y menos aún, considerar que medió una circunstancia que implicara la imposibilidad de acudir a los procedimientos reglados para la selección y celebración de contratos de naturaleza estatal, como tampoco que mediara una situación ajena a las actividades de planeación en la contratación estatal, dado que la parte demandante no acreditó con suficiencia la excepción prevista en la jurisprudencia unificadora.

- 3. REPETICIÓN / Régimen legal aplicable. Presupuesto para la procedencia del medio de control de repetición - existencia de una condena judicial resarcitoria a cargo del Estado.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Sentencia de 24 de enero de 2024. Radicación 110010326000-2016-00041-01 C.P. Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS.

[Radicación 110010326000-2016-00041-01](#)

La Ley 678 de 2001, en su artículo 2º, define el medio de control de repetición como un mecanismo judicial civil, de carácter patrimonial, que debe 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 (...)”.

Itera la decisión que la estimación de las pretensiones de repetición pende de la constatación de la concurrencia de cuatro (4) presupuestos, a saber: (i) la obligación resarcitoria a cargo del Estado; (ii) la condición de servidor o exservidor público de la persona contra la que se repite; (iii) el pago efectivo de la obligación reparatoria; y (iv) la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o exservidor público. Siendo los primeros tres elementos de carácter objetivo y el último de carácter subjetivo



De tal suerte, la normatividad aludida revela que la finalidad del medio de control o la acción de repetición consiste en garantizar la protección del patrimonio público, en el sentido de procurar que el Estado obtenga el reintegro o el reembolso del valor de la condena que aquel tuvo que pagar como consecuencia del daño antijurídico causado a la víctima, por cuenta de una conducta gravemente culposa y dolosa cometida por uno de sus agentes. Lo anterior implica que, en este tipo de controversias, al juez administrativo le asiste el deber de constatar que la sentencia fundamento de la demanda de repetición genera un detrimento patrimonial a la entidad pública, por la carga que a esta última se le endilga de pagar una suma de dinero constitutiva de una condena judicial. Las órdenes de las autoridades judiciales que escapen al anterior escenario jurídico, como, por ejemplo, las que aluden a un restablecimiento de derechos sin afectación económica alguna o impongan una devolución o restitución de carácter económico, descartan la prosperidad de las pretensiones en sede de repetición, por un lado, en la medida en que solo se reduce al supuesto en el que el Estado reintegra a su legítimo titular unos recursos que, por virtud de una decisión judicial, no tiene derecho a retener; y, por el otro, porque de no ser así, el juez podría generar un enriquecimiento sin justa causa en favor del Estado, que desnaturalizaría el alcance constitucional del mecanismo judicial de la repetición.

En otras palabras, solamente las decisiones condenatorias que impongan a cargo del erario público el cumplimiento de pretensiones resarcitorias darán lugar a repetir, porque, en tales casos, el patrimonio de la entidad obligada se ve menguado en proporción al valor que tiene que sacrificar para indemnizar o compensar el perjuicio irrogado, mientras que aquellas decisiones que, aun siendo condenatorias, acojan una pretensión meramente restitutoria no serán pasibles de repetición, dado que, conforme a la definición del diccionario de la Real Academia Española, restituir es apenas el acto de “volver algo a quien lo tenía antes”, situación en la que la afectación patrimonial de quien devuelve lo que había percibido es meramente aparente.

Para el caso concreto la Sala de decisión encuentra que las órdenes judiciales del Juzgado Cuarto Administrativo de Bucaramanga y del Tribunal Administrativo de Santander no constituyen, en sí mismas, una condena de índole resarcitorio, en virtud de la cual unos jueces administrativos hayan generado una lesión o afectación patrimonial a la CDMB, por haber causado un daño antijurídico a una víctima, sino que obedece a una carga de restituir, es decir, de devolver una suma de dinero que



le fue pagada a la parte actora, por concepto de un tributo que fue objeto de anulación, ante la falta de competencia para ordenar dicho cobro; lo que, por ende, conduce a que resulte improcedente exigir a los hoy demandados algún tipo de reembolso, si a la entidad demandante no le correspondía retener esos montos económicos.

Ahora, si bien es cierto que la orden de devolución implicó el ajuste del importe de la fallida contribución, traída a valor presente al momento de dictarse la sentencia (indexación), diferencial que constituyó el eje de la fijación del litigio, debe indicarse que esa fracción dineraria no corresponde a nada distinto que a la acción de devolver la cantidad líquida en el mismo estado adquisitivo que tenía para el momento en que se causó y pagó la exacción anulada, por tanto, esa porción inflacionaria se compadece con el tiempo en que la entidad tuvo a disposición un dinero que jurídicamente no estaba llamada a retener o tomar para sí y, por lo mismo, sigue siendo parte inescindible de la obligación restitutoria, por la cual, el patrimonio de la entidad pública, pese al fallo condenatorio, no se decrece, sino que se recompone.

En consecuencia, al no encontrarse satisfecho el presupuesto relacionado con la existencia de una condena judicial resarcitoria a cargo del Estado, y, por ende, no ser procedente acudir el estudio de los demás requisitos del juicio de repetición, la Subsección niega las pretensiones de la demanda promovida por la CDMB.



**PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL HONORABLE
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**

- 1. REPARACIÓN DIRECTA.** Sentencia de 25 de enero de 2024. **Radicado:** 680013333015-2019-00192-01. **ACCIONANTE:** RUTH SANTAMARIA, HUMBERTO PARDO LOPEZ Y PEDRO EMILIO BREGULLA MUÑOZ. **ACCIONADO:** NACIÓN, RAMA JUDICIAL, FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN. M.P. DRA. CAROLINA ARIAS FERREIRA.

[Radicado: 680013333015-2019-00192-01](#)

DESCRIPTOR

DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

RESTRICTOR

Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Mora judicial y pérdida de oportunidad.

DECISIÓN

Revoca sentencia que accede y en su lugar niega las pretensiones de la demanda.

TESIS

Anuncia la ponencia que la Ley 270 de 1996, estableció que el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es una fuente de responsabilidad estatal ligada a la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política; lo que implica para el fallador decidir los daños antijurídicos que eventualmente se causen en desarrollo de la actividad jurisdiccional que no constituyan un error judicial o privación de la libertad y que no deviene de una decisión judicial.

Conforme la jurisprudencia, se entiende que las actuaciones de la Administración de Justicia, diferentes al error judicial o a la privación de libertad generan también responsabilidad del Estado porque corresponde al operador jurídico analizar los elementos constitutivos en cada caso particular, a efectos de determinar si se causa o no daños a los administrados, que no estén en la obligación jurídica de soportar.



Ahora bien, respecto a la mora o retardo judicial en el cumplimiento de términos procesales por parte del operador judicial, el H. Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha precisado que dado que el artículo 29 de la Constitución de 1991 estableció como garantía del debido proceso, el trámite sin dilaciones injustificadas y el 228 ibidem consagró los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial, al disponer que «los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado.», para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas en la administración de justicia derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en La ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un estado ideal sino desde la propia realidad de una administración de justicia con problemas de congestión, derivados de una demanda que supera la limitación de recursos humanos y materiales disponibles para atenderla.

Al respecto, se tiene que uno de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del estado es la configuración de un daño, el cual, a su vez, reviste las características de ser cierto, concreto o determinado, actual o futuro y personal, conforme ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado.

Respecto de la mora judicial, recuerda la Sala que el Consejo de Estado ha señalado que la misma se constituye como un título de imputación, en consecuencia de una injustificada falta de decisión judicial en un plazo razonable, indicando también que el bien jurídico se ve vulnerado a menos que existan «factores que ameriten sobrepasar los términos fijados en la ley, dentro de los cuales se pueden encontrar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora;».

En el presente caso, si bien se evidencia la actuación tardía del ente acusador, el mismo centra su argumento de apelación en la rectitud de su actuar y en alegar que



no puede tenerse de manera literal la norma penal precitada, pues afirma que si la gestión de indagación no arroja un nivel de persuasión como en este caso, la misma podrá prolongarse hasta que se verifique el vencimiento del término de prescripción de la acción penal, toda vez que a diferencia de lo que ocurre con la fase de investigación, el legislador procesal penal no indicó un término concreto para la fase de indagación, y de tomarse literalmente el término establecido por la norma, la mayoría de los procesos penales correrían la misma suerte y derivarían en la configuración de un daño antijurídico.

Además de lo anterior, aduce que la entidad demandada presenta unas condiciones estructurales que le impiden cumplir con los términos legales oportunamente, como lo es la alta congestión judicial de los despachos, lo que deriva en que la mayoría de los términos judiciales no pueden cumplirse en su debida oportunidad, en virtud a la congestión señalada sumado a la carga laboral, la falta de personal, y la falta de medios tecnológicos, entre otros.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado «que el paso del tiempo no es suficiente para concluir que se presentó una mora judicial injustificada, de ahí que deban analizarse las condiciones particulares del servicio de Administración de Justicia, en concreto, de la jurisdicción a cargo del respectivo proceso, de los despachos encargados de su trámite, del tipo de proceso que se invoca como fundamento del petitum y de la conducta de las partes, con el fin de constatar si la tardanza constituye o no un defectuoso funcionamiento del servicio»

Conforme lo expuesto, encuentra la Sala que en el sub lite, más allá del tiempo que transcurrió en el trámite de la investigación penal, no se configura el daño alegado por la parte demandante como antijurídico, toda vez que el mismo no puede tenerse por cierto dado el carácter incierto de las resultas del proceso penal, porque si bien el proceso penal se encontraba en fase de indagación, lo cierto es que faltaba el desarrollo de la fase preparatoria y el juicio oral, siendo estas oportunidades procesales que una vez surtidas, podían arrojar un resultado sobre el cual no es posible tener certeza, pues en este sentido el carácter incierto del daño se deriva de la posible ocurrencia de las etapas normales de toda actuación judicial y particularmente de los procesos penales, los cuales pueden variar ampliamente en su resolución.



De lo expuesto, entiende la ponencia que no es posible tener como cierto que, de no haberse archivado la investigación penal, se hubiera emitido condena en contra de los indiciados por el delito de fraude procesal, abuso de confianza o falsedad en documento privado, pues solo puede existir certeza frente a la responsabilidad penal a partir de la firmeza de una sentencia condenatoria que ponga fin al proceso. De tal modo, la falta de seguridad frente a la condena en la investigación penal impide en consecuencia tener certeza frente a los resultados de los perjuicios que son reclamados por los demandantes.

- 2. REPARACIÓN DIRECTA.** Sentencia de 23 de enero de 2024. **Radicado:** 680013333004-2018-00411-02. **ACCIONANTE:** NATALY MAYORGA CERDAS Y OTROS. **ACCIONADO:** INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF". M.P. DR. JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

[Radicado: 680013333004-2018-00411-02](#)

DESCRIPTOR

FALLA DEL SERVICIO – POSICIÓN DE GARANTE

RESTRICTOR

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Falla del servicio. Lesión a menor de edad en condición de discapacidad que se encontraba al cuidado de hogar comunitario. Posición de garante del estado. Fractura de fémur.

DECISIÓN

Confirma sentencia que accede parcialmente a las pretensiones de la demanda.

TESIS

Acota la ponencia que en sentencia de 5 de octubre de 2017 la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado recordó que para que opere la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, debe acreditarse la causación de un daño antijurídico que el administrado no está en deber de soportar y que sea imputable al Estado, a efectos que el operador jurídico realice el juicio de valoración que le permita encontrar un título jurídico diferente a la simple causación material que legitime una decisión de responsabilidad. Eso implica que la imputación que



realice el afectado debe ir más allá de la simple causalidad, por lo que se debe probar el fundamento o la razón de la obligación de indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización del daño antijurídico, entendido esto como la acreditación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurre el hecho dañoso, explicando claramente los motivos por los cuales este es atribuible a la Administración.

Así mismo corresponde a la parte demandante acreditar la existencia de un nexo de causalidad entre el daño que se alega y que debe ser probado con una acción y omisión del Estado, como elementos de declaratoria de responsabilidad Estatal, por ende, solo cuando se encuentren acreditados dichos elementos es procedente en sede judicial ordenar la indemnización de perjuicios a que haya lugar.

Ahora bien, atendiendo que la parte demandada pretende desligar la responsabilidad que le endilgó el a quo por el daño acaecido a la parte demandante, bajo el argumento de mediar un contrato de aportes, se trae a colación la sentencia del H. Consejo de Estado que en un caso similar abordó la responsabilidad del ICBF sobre la prestación del servicio público y esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez.

Siguiendo los lineamientos del órgano de cierre de la jurisdicción, advierte la Sala que el daño es imputable al ICBF porque encontrándose a cargo del servicio público de bienestar social se irrogó una lesión a partir de la prestación de esa actividad de protección; afectación que es anormal y especial respecto a los demandantes y que resquebraja el principio de igualdad ante las cargas públicas, sin que en la configuración de la atribución del daño importe que el hogar comunitario estuviere administrado por un particular porque, se insiste, la responsabilidad de la administración pública amén de ser directa está relacionada en el caso concreto con la prestación de un servicio público que se encuentra a cargo del Estado, y en cuyo desarrollo se pueden generar o desencadenar afectaciones que rompan la igualdad respecto de las cargas públicas.

No es de recibo entonces el argumento del demandando en cuanto a que existe una cláusula de indemnidad, pues la imputación se da, porque el daño se presentó cuando la pasiva se encontraba desarrollando el servicio público de bienestar familiar, y por consiguiente, no hay rompimiento del nexo causal.



3. ACCIÓN POPULAR. Sentencia de 19 de enero de 2024. **Radicado:** 680013333012-2021-00160-01. **ACCIONANTE:** LUÍS EMILIO COBOS MANTILLA. **ACCIONADO:** MUNICIPIO DE MÁLAGA. M.P. DRA. CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

[Radicado: 680013333012-2021-00160-01](#)

DESCRIPTOR

PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES

RESTRICTOR

Municipio de Málaga. Derechos al goce del ambiente sano y los recursos hídricos en el territorio, como consecuencia de la inexistencia de una planta de tratamiento de aguas residuales en el municipio. Contaminación de fuentes hídricas. Entidades responsables.

DECISIÓN

Confirma sentencia que concede el amparo de los derechos colectivos.

TESIS

Refiere la decisión que con relación a la legitimación material en la causa por pasiva que esgrime la ESANT S.A. E.S.P., se evidencia que esta empresa de carácter departamental actúa como gestora dentro del Plan Departamental de Santander para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento-PDA.

En consecuencia, atendiendo lo dispuesto en el artículo 2.3.3.1.2.2. del Decreto 1425 de 2019, el cual establece que el Gestor es el responsable de la gestión, planeación, implementación, ejecución de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA) y los asuntos relacionados con agua potable y saneamiento básico en el departamento.

Lo anterior, permite deducir que en este caso sería la empresa ESANT S.A. E.S.P., la encargada de cumplir con la gestión e implementación de un plan de manejo de aguas residuales en el Municipio de Málaga al ejercer dichas competencias en el Departamento de Santander.



Ahora bien, dentro de las funciones que ostenta la empresa departamental en calidad de gestora, encontramos, las siguientes:

“ARTÍCULO 2.3.3.1.2.3. Funciones del Gestor. Son funciones del Gestor:

1. Desarrollar las acciones necesarias para alcanzar el cumplimiento de los objetivos de la política del sector de agua potable y saneamiento básico: la observancia de los principios y el cumplimiento de los objetivos y las metas de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA).

2. Gestionar a nivel departamental los asuntos relacionados con el sector de agua potable y saneamiento básico como representante del Gobernador cuando el departamento lo requiera, así como, prestar asistencia a los municipios y distritos del departamento, vinculados a los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA), en los temas relacionados con el acceso sostenible a agua potable y saneamiento básico en la zona urbana y rural.

[...]

7. Promover, estructurar y adelantar las acciones necesarias para apoyar a los municipios y distritos en su competencia de asegurar la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento básico, entre otras:

7.1. La asistencia administrativa, financiera, comercial, técnica, operativa, social y jurídica para la implementación por parte de los municipios y distritos de los esquemas que permitan el aseguramiento en la prestación de los servicios en un municipio o grupo de municipios o distritos del departamento, de acuerdo con lo aprobado por el Comité Directivo del que trata el artículo 2.3.3.1.2.4. del presente capítulo.

[...]

9. Gestionar e implementar directamente o en conjunto con los participantes, alternativas de financiación de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA).

10. En concordancia con la naturaleza jurídica de los instrumentos de financiación, estructurar e implementar instrumentos financieros para el apalancamiento de recursos, o gestionar y tomar créditos para la ejecución e implementación de los Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento (PDA) con cargo a los recursos comprometidos por los participantes.

[...].”

En ese sentido, se considera que la ESANT S.A. E.S.P debe concurrir desde sus competencias en el financiamiento y gestión de la Planta de Tratamiento de Aguas



Residuales- PTARD en el Municipio de Málaga; por lo tanto, corresponde confirmar la decisión de primera instancia, que desestimó la excepción de falta de legitimación en la causa material por pasiva, al evidenciar que sí le asiste responsabilidad frente a la orden impartida para el restablecimiento de los derechos colectivos afectados.

Con relación a los argumentos planteados por el Municipio de Málaga, se considera que también le asiste responsabilidad, porque junto con la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Málaga, son los responsables directos del servicio de alcantarillado y manejo de vertimientos en dicho territorio.

De tal suerte, aunque en el territorio opera una empresa de servicios públicos creada con el fin de prestar el servicio de acueducto y alcantarillado, ello no muta la responsabilidad que tiene el ente territorial de asegurar la prestación eficiente y oportuna de dicho servicio público. De otro lado, también le corresponde al Municipio de Málaga, en los términos previstos en el numeral 5.6 del artículo 5º de la Ley 142 de 1994, apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta Ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación para realizar las actividades de su competencia.

Por su parte, el artículo 4º del Decreto 2246 del 31 de octubre de 2012, establece que los municipios son participantes en la coordinación institucional de los Programas de Agua y Saneamiento para la Prosperidad – Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los Servicios de Agua y Saneamiento PAP-PDA.

En conclusión, considera la Sala que ambas partes tienen la legitimación en la causa por pasiva, toda vez que de manera concurrente y bajo el principio de coordinación les corresponde adelantar las gestiones para el cumplimiento de la orden establecida por el a-quo para restablecer el goce del ambiente sano y los recursos hídricos en el territorio, como consecuencia de la inexistencia en el municipio de una planta de tratamiento de aguas residuales.

4. NULIDAD CONTRACTUAL. Sentencia de 12 de diciembre de 2023.
Radicado: 680012333000-2018-00923-00. **ACCIONANTE:** JOSÉ FERNANDO SUÁREZ DUQUE. **ACCIONADO:** EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SANTANDER “ESANT SA ESP”. M.P. DRA. CLAUDIA XIMENA ARDILA PEREZ



[Radicado: 680012333000-2018-00923-00](#)

DESCRIPTOR

DECLARATORIA DEL SINIESTRO - COMPETENCIA

RESTRICTOR

Esant S.A. E.S.P. Objeto contractual: optimización del acueducto urbano y rural del municipio de Vélez. Incumplimiento por inestabilidad de la obra. Falta de competencia de una ESP para expedir actos administrativos, en este caso, el que declara la ocurrencia de un siniestro y hace efectiva la póliza de cumplimiento, en el contexto de un contrato estatal que le fue cedido por una entidad sometida al EGCP.

DECISIÓN

Accede a las pretensiones de la demanda.

TESIS

Anuncia la ponencia que la expedición de actos administrativos, típica manifestación del ejercicio de prerrogativas públicas, requiere de habilitación legal expresa. Por regla general, las ESP están sometidas al derecho privado y excluidas del EGCP; luego se tiene que el legislador no les otorgó competencia para expedir actos administrativos, entre ellos, los que declaran el siniestro de una obra y hacen efectiva la póliza de cumplimiento; y ni la cesión del contrato, ni la delegación de funciones por parte de una autoridad que está investida de tal privilegio, tienen el efecto de transferirlo.

Así las cosas, resulta indispensable recordar que el acto administrativo sólo puede ser producido por un sujeto con competencia para ello. Esa competencia, además de expresa, es «irrenunciable, improrrogable y excepcionalmente delegable, no negociable por la administración y de estricto cumplimiento». Como lo ha sostenido la jurisprudencia, «en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas».

De lo anterior se colige con facilidad que, la competencia para la expedición de actos



administrativos no solo debe considerarse una exigencia constitucional y legal, sino también una garantía ciudadana y un contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso encaminado a evitar posibles abusos o arbitrariedades de la administración

Así las cosas, por regla general, los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios (en adelante ESP) se rigen por el derecho privado y están excluidos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante EGCP); pues la intención del legislador fue clara en el sentido de no otorgarles competencia para ejercer cláusulas exorbitantes ni expedir actos administrativos, excepto en los supuestos de hecho y bajo las condiciones que prevé el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

La aplicación del régimen privado a las ESP obedece a la lógica comercial del escenario de competencia en el cual actúan con agentes privados, lo cual supone relaciones de igualdad en contraposición a la condición privilegiada que ostenta la administración cuando ejerce prerrogativas públicas.

De otro lado, las ESP, cuyos actos y contratos se rigen por el derecho privado, no tienen competencia para expedir actos administrativos mediante los cuales se declara unilateralmente el siniestro y se hace efectiva la póliza, sino que deben cumplir con la carga que les impone el Código de Comercio de acudir al juez del contrato para demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida en caso de que la aseguradora objete su reclamación, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en una línea pacífica desde el año 2019.

Ahora bien, en contraposición a la tesis planteada por la entidad demandada, considera esta Sala que la cesión de un contrato estatal no tiene el efecto jurídico de transferir la competencia para expedir actos administrativos. La cesión del contrato, entendida como el traspaso simultáneo de los créditos y las obligaciones recíprocas surgidos de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, comprende la transferencia de «las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes.



Según la interpretación que el Consejo de Estado ha hecho de los artículos 887 y 895 del Código de Comercio, las prerrogativas públicas son intransferibles y la cesión del contrato estatal a una ESP no tiene el efecto de transferirlas, porque estas inexorablemente deben tener origen en una habilitación legal expresa. En la sentencia del 25 de mayo de 2023 (60777), el órgano de cierre, al analizar un caso análogo, anuló el acto administrativo de una ESP que declaró el incumplimiento de un contrato estatal cedido por un Departamento y que inicialmente se regía por el EGCP; haciendo énfasis en que la figura de la cesión del contrato regulada en el artículo 895 del Código de Comercio no implica la transferencia de privilegios y beneficios legales fundados en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de los contratantes. En este contexto, dice el órgano de cierre, debe valorarse como hecho relevante que la cesión del contrato a una ESP implica el cambio de régimen jurídico en los términos del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, de manera que, como el régimen del contrato pasa a ser privado por virtud de la cesión, la ESP no puede ejercer las prerrogativas públicas que otorga el EGCP.

En este punto debe señalarse que la declaración unilateral del siniestro y la consecuente efectividad de la póliza no hacen parte de las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por tanto, la regla prevista en el artículo 31 de la Ley 142 y en las Resoluciones CRA 01 de 1995 y 293 de 2004 no puede servir de fundamento para proferir actos administrativos como los aquí enjuiciados.

Para el caso concreto, se tiene que la Empresa de Servicios Públicos de Santander ESANT S.A. E.S.P. no acudió al procedimiento previsto en el Código de Comercio para hacer efectiva la póliza que ampara el siniestro de inestabilidad de la obra objeto del contrato estatal No. 2003 de 2011, sino que, para tal efecto, profirió un “acto administrativo” mediante el cual declaró el siniestro e hizo efectiva la Póliza de Seguro de Estabilidad de la Obra No. B.100001736, expedida por parte de Mundial de Seguros, hasta por el valor asegurado del treinta por ciento (30%) del valor del contrato, es decir, por dos mil cincuenta y un millones seiscientos sesenta y ocho mil trescientos treinta y un pesos con setenta y siete centavos (\$2.051.668.331,77). Además, ordenó a los contratistas, entre los que se encuentra el demandante José Fernando Suárez Duque, pagar seis mil novecientos setenta millones seiscientos veintisiete mil seiscientos diez pesos con cuarenta y ocho centavos moneda corriente (\$6.970.627.610,48). Sin embargo, como se señaló en el marco jurídico, por la naturaleza privada de sus actos y contratos, la ESANT SA ESP no tenía competencia para declarar el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro, sino que



debió acreditar ante la compañía aseguradora la ocurrencia de este y la cuantía de sus perjuicios, para luego, en caso de objeción por parte de la entidad, acudir al juez del contrato.

5. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Sentencia de 14 de junio de 2023. **Radicado:** 680012333000-2016-01061-00. **ACCIONANTE:** CONSUELO ORDOÑEZ DE RINCON. **ACCIONADO:** ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA "AMB". M.P. DRA. FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA

[Radicado: 680012333000-2016-01061-00](#)

DESCRIPTOR

INSUBSISTENCIA LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

RESTRICTOR

Área Metropolitana de Bucaramanga. Pretensión de reintegro. Insubsistencia de servidor de libre nombramiento y remoción. La perspectiva de género en las decisiones judiciales, presupuestos. Estabilidad laboral reforzada - debilidad manifiesta por condiciones de salud. Carga probatoria

DECISIÓN

Niega las pretensiones de la demanda.

TESIS

La Sala comienza el estudio señalando que el género es una categoría apropiada por el feminismo para explicar las opresiones y la subordinación de las mujeres, útil para el análisis histórico de este sistema.

Determinar si una decisión judicial debe manejarse con enfoque diferencial, exige el cumplimiento de unos presupuestos que conduzcan a visibilizar que en el caso concreto se han dado actuaciones discriminatorias, violentas u opresivas, por razón del género, partiendo del contexto en el que se desarrollaron los hechos y a partir de la premisa orientadora que para el caso se concreta en que no es el género el que determina la capacidad para el desempeño de un cargo, ni la permanencia en el mismo.



El enfoque o la perspectiva de género tienen como fundamento el principio de igualdad y no discriminación, desarrollado constitucionalmente al amparo del artículo 13 de la Constitución Política, y que hace parte del bloque de constitucionalidad por ser Colombia Estado parte, en virtud de los principios consagrados en la declaración universal de derechos humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el pacto internacional de derechos civiles y Políticos y en especial en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW, en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -BELEN DO PARA- de aplicación en Colombia mediante las leyes 16 de 1972, 51 de 1981 y 248 de 1995. Y dicho principio en el ámbito legal ha sido desarrollado en la ley 1257 de 2008 sobre violencia de género, considerando esta como violación a los derechos humanos, normativa de la que se destaca:

“<<ARTÍCULO 2o. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado. Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas.

ARTÍCULO 3o. CONCEPTO DE DAÑO CONTRA LA MUJER. Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño: a) Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal. b) Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona. c) Daño o sufrimiento sexual: Consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza,



intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas. d) Daño patrimonial: Pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer.>>”

Ahora bien, considera la Sala bajo el marco expuesto, que, para aplicar la perspectiva de género en una decisión judicial, y establecer si en el caso se actuó con violencia y se ocasionó un daño a la demandante por su condición de MUJER, lo primero a abordar son los hechos y derechos en disputa: Se trata de una funcionaria de libre nombramiento y remoción, designada en un alto cargo directivo, que previo informe de su gestión pone a disposición del alcalde de núcleo su cargo. Se le diagnostica cáncer de piel enfermedad reportada en su hoja de vida y que posteriormente es declarada insubsistente no obstante haberla felicitado por la gestión adelantada como directora del AMB. Se pretende el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada y otros de estirpe legal.

Reflexiona la ponencia que frente a ese contexto lo primero que ha de examinarse es si se advierten situaciones de exclusión, discriminación, asimetría, violencia de género, concretamente en contra de la mujer, debiendo responder para ello los siguientes interrogantes:

¿Se puso en duda su capacidad laboral por su condición de mujer?

No, por el contrario, la prueba que obra en el expediente es un reconocimiento expreso sobre la gestión realizada al frente de la dirección del AMB.

¿Se utilizó un lenguaje irrespetuoso?

No

¿Se advierten estereotipos?

No

¿En el sistema sexo -genero se evidencia una relación de poder que ponga de manifiesto un sistema patriarcal?



No. No se pone de manifiesto un sistema patriarcal, porque su condición de mujer no fue determinante para la adopción de la decisión, no existe un elemento de juicio que permita concluir que, si el desvinculado hubiera sido un hombre el tratamiento habría sido diferente. Puede afirmarse que en su retiro no fue determinante el género, pues no existe prueba alguna ni directa ni indiciaria que así lo evidencie.

¿Hay violencia simbólica a través del lenguaje androcéntrico?

La violencia basada en género responde a patrones de poder donde todo gira alrededor del hombre en un lenguaje en el que se invisibiliza a la mujer, empero tal panorama no se observa en el asunto bajo análisis. Se destaca su capacidad laboral, su gestión y su liderazgo.

No se identifica categorías sospechosas asociadas a la raza, etnia, lengua, religión, condiciones de pobreza, situación de calle, discapacidad.

En este punto conviene precisar que, si bien podría argumentarse la condición política como sospechosa para efecto de dar un trato discriminatorio, esta categoría debe implicar discriminación y en asuntos como el que nos ocupa no puede aducirse como criterio concluyente para el enfoque de género, porque no se presenta por su condición de mujer, presupuesto indispensable para tener por violenta cualquier acción u omisión que se ubique en esta categoría.

Dado que el sub lite corresponde concretamente a la declaratoria de insubsistencia de quien se desempeña en un cargo de libre nombramiento y remoción, es indispensable recordar que ha sido reiterada la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en el sentido de que el nuevo mandatario debe rodearse de las personas que son de su entera confianza, sin que la renuncia de quienes venían desempeñando el cargo o su remoción implique una desviación de poder. Esto porque en los niveles más altos de la organización estatal, en los cuales se diseñan, formulan y adoptan políticas públicas o se profieren decisiones con fundamento en programas políticos de gobierno, los empleados de los cuales se rodea el mandatario establecen un vínculo con este de forma tal que también tengan como objetivo el programa del nominador, vínculo de derecho público legal y reglamentario al que se ha llegado por voluntad de quien designa sin que pueda predicarse una estabilidad al mismo, como quiera que se accede a él por virtud del ejercicio discrecional de la autoridad nominadora que lo consideró en su momento de su confianza, investida de la potestad de proveer empleos de libre nombramiento



y remoción, cuya existencia se justifica, única y exclusivamente, en la naturaleza política y/o en la confianza especialísima que exigen las funciones asignadas al cargo.

Por otra parte, en relación con su estado de salud, se pregunta, ¿en el binomio mujer-salud están operando dos sistemas que la hacen víctima de violencia por tales condiciones? ¿Se da una opresión de dos sistemas en forma simultánea que evidencian discriminación en cabeza de la demandante? Sistemas de opresión que se entrecruzan en cada situación de la vida, y que se conoce como interseccionalidad, ¿pero este concepto permite en el caso concreto abordar su análisis con un enfoque diferencial de género? Indudablemente para la Sala la respuesta es negativa, porque ninguno de estos dos factores fue manejado en un espacio opresivo o discriminatorio o violento. De tal suerte, cabe preguntarse en este momento, ¿Si alguno de estos dos factores no hubiera existido el tratamiento habría sido diferente? Para la Sala nuevamente la respuesta al anterior interrogante es negativa. Lo que hace la diferencia con independencia de hombre o mujer, es una condición -estado de salud- que, si bien da lugar al análisis del cargo planteado por el demandante en relación con la estabilidad laboral reforzada, no impone que esta decisión verse sobre un tema de equidad de género para considerar la condición de mujer con miras a garantizarle un trato igual y no discriminatorio. Y es que tampoco se observan patrones socio culturales que se manifiesten a través de la violencia, lo que se advierte es una dinámica que opera por igual -hombre o mujer- de movimiento en altos cargos, que permite a quien arriba por nombramiento o elección rodearse de las personas que lo acompañaron y que comparten plenamente su programa. De ahí su denominación de empleados de dirección, confianza y manejo.

Puntualmente, en lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada o reten social, el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política y en el 43 son normas en las que, atendiendo al Estado Social de Derecho, tienen el propósito de hacer efectiva la igualdad material y no meramente formal, de manera que, tales dispositivos avalan el diseño de medidas de acción afirmativa que protejan a los grupos discriminados o a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. En ese contexto y para el caso, en el mundo laboral, se han manejado normativa y jurisprudencialmente situaciones que reclaman acciones afirmativas de protección cuando el retiro del servicio es



resultado de una decisión discriminatoria por parte del empleador, vulneradora del citado derecho a la igualdad, entre otros.

Así, se contempló la protección constitucional para la mujer embarazada y en periodo de lactancia. De igual modo, se reconoció la aludida protección a las personas con discapacidad- física o mental, debiendo en tales casos, cuando la pérdida de capacidad laboral es inferior al 50% solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para proceder a su retiro; protección que se ha extendido a los trabajadores que se encuentren a menos de tres años de lograr la consolidación de su derecho a percibir una pensión de jubilación. Se colige entonces que dicha protección constitucional, implica un cuidadoso análisis de caso, dado que la aplicación de la misma puede afectar derechos ubicados en el otro extremo, como los de carrera, la facultad de libre nombramiento y remoción, la liquidación o reestructuración de entidades o de sus plantas de personal, imponiéndose por ello, que tanto las normas legales que la desarrollen como los pronunciamientos de la jurisprudencia en torno a las mismas y a la protección de derechos fundamentales, en la práctica contemplen de acuerdo a cada situación una protección de distinto grado o diferente extensión, colisión que debe resolverse con apoyo en el principio de proporcionalidad, ponderando los derechos del servidor público escalafonado en carrera administrativa, el que desempeña empleo de carrera, pero nombrado en provisionalidad o el titular de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Por su parte la Corte Constitucional ha señalado que para que las condiciones de salud den lugar a estructurar una situación de debilidad manifiesta, debe concurrir lo siguiente:

“«.- Requisitos para que opere el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada y las garantías del fuero de salud. La protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada por razones de salud está supeditada al cumplimiento de tres requisitos.

Primero, el juez debe constatar el “deterioro significativo de [la] salud” del trabajador. Esta condición se verifica “siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales” Al respecto, esta Corte ha aclarado que dicha condición no necesariamente debe ser acreditada por medio de un dictamen de pérdida de capacidad laboral.



Segundo, deben existir suficientes elementos de prueba que demuestren que la persona que se encuentre en estas circunstancias está en estado de debilidad manifiesta, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite tal condición, y el despido en razón de la enfermedad que padezca, constituye un trato discriminatorio condición de salud impide o dificulta sustancialmente el desempeño de las funciones del cargo que ocupaba. (...).-

Tercero, debe constatar que el deterioro significativo de la salud del accionante fue conocido por el empleador con anterioridad al despido»

Finalmente, para la Sala la patología que aquejaba a la demandante, si bien es de cuidado y sin subestimar que frente a un diagnóstico de cáncer cualquiera que sea, la sola palabra es impactante, en el caso de la Dra. Ordoñez es una afección que no denota como consecuencia un deterioro significativo en su salud. La historia clínica que obra en el expediente no da cuenta de que se alteró de alguna manera su vida de forma tal que se imposibilitara el ejercicio de su función o su vida cotidiana. En la valoración post -operatoria concretamente en recomendaciones se incluye la actividad física, sin otorgar ninguna incapacidad, ni limitación de carácter discapacitante.

Respecto a lo anterior deviene importante puntualizar que quien está en situación de debilidad manifiesta por cuestiones de salud es el individuo que: *“i) pueda catalogarse como persona con discapacidad, ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les ‘impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares’, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada.”*

Luego conforme a lo anterior es deber acreditar la discapacidad o disminución física psíquica o sensorial, o en su defecto la afectación grave en su salud que le impida desempeñar sus labores, para ser considerada persona de especial protección.

NOTA DE RELATORIA: El contenido de las notas citadas respecto de las decisiones referenciadas es de carácter eminentemente informativo de conformidad con la labor compiladora de la relatoría; por lo que se resalta el deber de consultar los textos completos de las providencias para verificar el contenido fiel de las decisiones ante posibles yerros en la tarea de clasificar, titular, extraer y divulgar dichos documentos.