



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA-SGC

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL N° 11 DE 2023
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
NOVIEMBRE DE 2023

Municipio de Mogotes, habitado por los indios guanes, primeros moradores de la región, quienes reconocían al cacique Guanentá o señor de Guane, como jefe máximo. Además, es reconocido por ser centro de producción ganadera del departamento y por haber sido uno de los epicentros de las acciones comuneras.



Municipio de San Joaquín, ubicado en la provincia de Guanentá. En el año de 1800 fue erigido en parroquia, para luego adquirir su condición de municipio el 1 de octubre de 1887.





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
Dr. Milciades Rodríguez Quintero

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. REPARACION DIRECTA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO. Alcantarilla destapada. Ausencia de prueba del nexa causal.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2023. Radicado 680012333000-2014-00485-01. C.P. Dr. JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ.

Radicado 680012333000-2014-00485-01.

RD / DRA. SBV. Confirma sentencia que niega las pretensiones de la demanda.

La Sala anticipa que, a partir de las pruebas allegadas, en especial las indicadas por la parte apelante, no es posible concluir que el accidente pueda ser atribuido causalmente a la supuesta omisión de mantenimiento de la red de alcantarillado por parte de la Administración pública demandada

Refiere la decisión que en el acervo probatorio se cuenta con la copia del Informe de la Junta de la Defensa Civil - La Cumbre, con fecha del 23 de marzo de 2013 (pasados 8 meses del siniestro) que se encuentra firmado sin especificar el nombre del o los voluntarios que lo suscriben, en el que se expuso que, a las 1:35 p.m. del 20 de julio de 2012, se recibió llamada en la que se les informó que había una persona accidentada a la altura de los semáforos del polideportivo de Villa Luz, siendo este el señor A.L, quien les refirió que *“había perdido el control de su motocicleta al esquivar una alcantarilla que no contaba con tapa, el piso estaba húmedo llovía”* y que llevaba unos minutos en el piso hasta que fue auxiliado por transeúntes.

Como anexo a dicho informe, se presentaron 3 fotos en las que se puede ver al accionante siendo socorrido por dos miembros del Ejército Nacional y dos voluntarios de la Defensa Civil. No obstante, se precisa que en dichas fotografías no se puede ver la presunta alcantarilla sin tapa, pues solo aparece el demandante



herido en el piso, dos funcionarios de la defensa civil y dos miembros del Ejército Nacional que lo auxiliaron.

Acorde al material probatorio allegado, indica la Sala, que pudo corroborar que la valoración probatoria efectuada por el *a quo* es acertada y en efecto, la parte actora no logró acreditar que la caída del demandante desde su motocicleta hubiera sido causada por la existencia de una alcantarilla destapada en la vía por donde transitaba el 20 de julio de 2012.

En efecto, está acreditado que, aun cuando el accionante refiere que desde el momento del accidente hasta que fue atendido por la Defensa Civil pasaron varios minutos e incluso asistieron al lugar de los hechos dos de sus familiares, no se avisó a la autoridad de tránsito respectiva para que levantara el respectivo croquis del siniestro, prueba que permitiría dilucidar, entre otras, el trayecto de la motocicleta, los obstáculos existentes en la malla vial, la velocidad efectiva a la que pudo haber ido el demandante y la presencia de una alcantarilla sin tapa en el lugar en que fue atendido finalmente el demandante.

En este punto, destaca la ponencia que las fotos aportadas por el accionante con la demanda, como bien lo refirió el Tribunal Administrativo de Santander, no dejan ver el estado de la vía y de la alcantarilla, pues en ellas solo se ve al demandante en el suelo siendo atendido por dos funcionarios de la Defensa Civil y dos funcionarios del Ejército Nacional; luego, a diferencia de lo que considera el demandante en la apelación, no son prueba suficiente de la causa del daño, pues en ellas, se reitera, no se ve más allá de la atención inicial brindada al actor.

En virtud de lo expuesto recuerda la decisión que las fotografías son un medio probatorio de carácter representativo, por lo que debe ser inmediato para que tenga suficiencia probatoria, pero si muestra una variedad de hechos posibles, formará parte de la prueba indiciaria. De tal suerte, por regla general, el juez está en obligación de valorarlas dentro del conjunto probatorio partiendo de las reglas de la sana crítica; no obstante, la jurisprudencia ha establecido unos parámetros específicos para su correcta apreciación.

Así, por tratarse de un documento, debe verificarse su autenticidad conforme a la normatividad correspondiente, dependiendo de si las imágenes fotográficas aportadas al proceso constituyen un documento público o privado. Superado este



examen, las fotografías por si solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse a través de ellas, sino que debe tenerse certeza de la fecha en la que se capturaron las imágenes y, para ello, corresponde al juez efectuar un cotejo de las fotografías con testimonios, documentos u otros medios probatorios. En ese orden de ideas, el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada.

Bajo ese contexto, los registros fotográficos en este caso no solamente no muestran la causa del hecho dañoso, sino que, es de resaltar, que sobre aquellas no se probó su autoría ni el lugar en que efectivamente fueron tomadas, aspectos que denotan la falta de valor probatorio de esta documental con respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del siniestro padecido por el accionante.

Igualmente, se considera que la afirmación efectuada por el *a quo* referente a que la declaración de parte, rendida por el señor L.G. es una prueba autorreferencial y reiterativa de lo dicho de la demanda y por sí sola no puede establecer fehacientemente la causa del daño sufrido, es acertada, toda vez que en ella se refleja que la víctima reiteró los hechos que sustentan las pretensiones alegadas, pero valorada en conjunto con las fotografías aportadas y demás elementos probatorios documentales, no es suficiente para demostrar la causa efectiva del hecho dañoso.

Por ende, si bien el accionante alegó en la apelación al fallo de primera instancia que esta prueba es congruente con el testimonio de su suegro y la denuncia del accidente que efectuó su esposa ante la Dirección de Tránsito de Floridablanca, la Sala considera que, el familiar del accionante no es un testigo presencial de los hechos, por lo que su declaración no es prueba del nexo causal, e igualmente ocurre con lo declarado por su esposa, quien tampoco presencié la forma en que se dio el accidente y puso en conocimiento de las autoridades lo que el actor le contó sobre lo ocurrido. Así, se refleja la ausencia de prueba de que la causa de la caída de la moto haya sido la presunta existencia de una alcantarilla destapada.

En este punto, se considera importante precisar que la valoración del testimonio rendido por el señor R.D., suegro del actor, debe ser más rigurosa frente a los



demás elementos de prueba allegados al proceso, en virtud del vínculo familiar que sostienen. Así, luego de ser confrontada su declaración con los documentos debidamente presentados por las partes, la Sala constató que sus afirmaciones carecen de credibilidad, en tanto que no hay pruebas que demuestren que al momento del accidente había una alcantarilla sin tapa, que esta fue esquivada por el actor y que, sin injerencia de algún otro tipo de objeto o circunstancia, esto originó la caída del demandante y su lesión.

Así, de una valoración conjunta del limitado material probatorio obrante en el proceso, se estima, al igual que lo consideró el *a quo*, que los elementos de convicción acotados no tienen la virtualidad de acreditar que la existencia de una alcantarilla sin tapa hubiese sido la causa eficiente de la caída del demandante de su moto y, por ende, de que las lesiones sufridas por este le sean imputables a la administración.

Ciertamente, la falta de certeza respecto de la manera de cómo ocurrieron los hechos, impide a esta judicatura realizar una imputación fáctica y/o jurídica a las demandadas. En este punto, se recuerda que para que la Administración pública sea llamada a responder por los daños ocasionados en accidentes de tránsito, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 Superior, resulta menester que la parte actora acredite además de la concreción de un daño antijurídico, el nexo causal entre este último y la omisión de la demandada. Para ello, le corresponde al operador judicial hacer un análisis de la causalidad, apreciando las circunstancias en que se produjo el daño, la naturaleza y características de la actividad ejercida, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad y, en particular, la incidencia causal de la conducta del sujeto que conducía, para así establecer cuál fue la causa o causas determinantes del choque, circunstancias que, en todo caso, debieron ser acreditadas por la parte actora, conforme a lo previsto en el artículo 167 del CGP y no, como lo plantea el recurrente, que sea la administración la encargada de desvirtuar una culpa como si esta se presumiera de facto.

En consecuencia, al no estar acreditado que la caída del demandante desde su moto hubiese sido originada por la existencia de una alcantarilla sin tapa en la vía por donde se movilizaba, impone a la Sala confirmar el fallo de primera instancia.



2. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / Terminación por mutuo acuerdo de procesos tributarios. Alcance del requisito del numeral 3 del artículo 7 del Decreto 1123 de 2015. Impuesto sobre las ventas. Periodos 3 y 4 del año 2012. Improcedencia del beneficio sobre actos en firme. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 02 de noviembre de 2023. Radicación 680012333000-2016-00175-01. C.P. Dra. MYRIAM STELLA GUTIERREZ ARGUELLO.

Radicación 680012333000-2016-00175-01.

NR / DR. IFPM. Confirma sentencia que niega las pretensiones de la demanda.

Refiere la decisión que el numeral 3 del artículo 7 del Decreto 1123 de 2015 faculta a la DIAN para terminar por mutuo acuerdo, los procesos tributarios, entre otros, en los cuales hubiera notificado a los contribuyentes, requerimiento especial, liquidación oficial de revisión, resolución resolviendo el recurso de reconsideración o resolución sanción, con antelación a la entrada en vigencia de la ley (23 de diciembre de 2014).

Lo anterior, se concretaba en la posibilidad de transar la totalidad de las sanciones, intereses y actualización, siempre que el contribuyente corrigiera su declaración y pagara el 100% del mayor impuesto o menor saldo a favor, determinado en la actuación oficial.

Esta disposición legal fue reglamentada por el Decreto 1123 de 2015, en particular, en el artículo 7, donde se precisaron los requisitos para la procedencia de la terminación por mutuo acuerdo.

De otro lado, en sentencia del 24 de octubre de 2018, la Sala se pronunció sobre la legalidad del numeral 3° del artículo 7° del Decreto Reglamentario 1123 de 2015. Como se observa, el reglamento precisa la ley, en cuanto señala que la solicitud de transacción debe presentarse (hasta el 30 de octubre de 2015) mientras los actos objeto de transacción no estén en firme por encontrarse en discusión en sede administrativa o no haber operado la caducidad para presentar la demanda. Y ello es así, en la medida que la ley dispone que la terminación por mutuo acuerdo pone



fin a la actuación administrativa, y en ese entendido, la transacción solo puede solicitarse sobre actos administrativos que no han adquirido firmeza.

De tal suerte, no puede perderse de vista que el objeto de la ley es establecer una forma de terminación de procesos tributarios, y como lo indica el precedente, solo es posible transar un proceso administrativo que se encuentra en disputa, y no uno finalizado.

Contrario a lo señalado por el apelante, cuando el reglamento señala que los actos no deben estar en firme al momento de la solicitud de transacción, no obliga a los contribuyentes a continuar con los procesos administrativos después de haberse expedido la ley, pues lo que hace es precisar que la procedencia de la solicitud de terminación por mutuo acuerdo está condicionada a que exista un objeto sobre el cual transar. Esto, en concordancia con lo previsto en la ley que solo establece el beneficio sobre los procesos no terminados, por lo que el contribuyente debe estar dentro de ese parámetro para que pueda acceder al mismo.

Por esa razón, la terminación por mutuo acuerdo solo puede solicitarse mientras se tramita el proceso en sede administrativa o antes del vencimiento para presentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el propósito de la terminación por mutuo acuerdo en vía administrativa es evitar que se ponga en funcionamiento el aparato judicial. Luego, si transcurre el plazo para demandar, opera la caducidad del medio de control y no hay posibilidad de controvertir el acto ni transar sobre ningún aspecto en él decidido, dado que es inmodificable y de obligatorio cumplimiento, así que lo que procede es el pago de la obligación tributaria. Por tanto, si al momento de manifestar su intención de transar los actos se encuentran en firme, lo que procede es el pago de la obligación, y no su transacción.

Pero, además, se aclara que la condición de beneficiario de la terminación por mutuo acuerdo no se adquiere con la sola expedición de la ley, como de manera equivocada lo sostiene el apelante, sino que debe partir de la manifestación de voluntad del contribuyente de acogerse al beneficio. En consecuencia, la intención del administrado de acceder a la terminación por mutuo acuerdo debe materializarse antes de que los actos tengan carácter ejecutorio, y acreditando el cumplimiento de los demás requisitos previstos en la ley.



En consecuencia, es evidente en este caso concreto que a la fecha en que el contribuyente manifestó su voluntad de acogerse al beneficio, con la corrección y pago del tributo (29 de mayo de 2015) y con la solicitud de terminación por mutuo acuerdo (julio 01 de 2015) se encontraban en firme y ejecutoriadas las citadas liquidaciones oficiales de revisión.

Finalmente, advierte la sala de decisión que la demandante no demostró su afirmación respecto de la imposibilidad de presentar la corrección en el sistema de la DIAN hasta la expedición del decreto reglamentario. A ese respecto, se pone de presente que el Tribunal decretó la prueba testimonial de la contadora del contribuyente y del asistente administrativo del representante legal de la sociedad, que fueron solicitados en la demanda, las cuales reiteraron las afirmaciones de la actora y, también manifestaron que realizaron llamadas a la DIAN para reportar dicho problema, en particular, la contadora, dijo que el sistema no le permitió tomar pantallazos como evidencia. Sin embargo, la Sala indica que no se aportó prueba de los hechos narrados, como registro de llamadas, fotográficos, audiovisual o una prueba documental que soportara dichas afirmaciones. Por el contrario, consta en el expediente que el Tribunal solicitó a la Administración tributaria certificar la fecha a partir de la cual se habilitó la página de la DIAN para efectos del beneficio de la Ley 1739 de 2014, y que como respuesta, la Jefe del Grupo Interno de Trabajo y de Recaudación de la entidad señaló que: *“para acceder a los beneficios contemplados en el artículo 56 de la Ley 1739 del 23/12/2014, la plataforma de la DIAN no requería habilitar alguna situación en especial, teniendo en cuenta que el primer caso, para acogerse a Terminación por Mutuo Acuerdo, el contribuyente debía cumplir con las condiciones establecidas en el Decreto Reglamentario No. 1123 del 27/05/2015, que reglamentó el entre otros el artículo 56 de la mencionada Ley, y en el segundo caso (parágrafo 4°), cada contribuyente debía cumplir su obligación (presentar o corregir) por el medio al cual estuviese obligado dentro de los plazos establecidos en la norma. Vale mencionar que las dos situaciones conllevaban a liquidar un mayor valor del impuesto o un menor saldo a favor, lo cual no tiene ni tenía ninguna restricción en el sistema¹⁸”*. De manera que, no se encuentra probado que la DIAN hubiere imposibilitado a la sociedad realizar la corrección para acceder al beneficio, lo que sí se advierte en el expediente es que el contribuyente radicó la solicitud de terminación por mutuo hasta el mes de julio de 2015, a pesar de que pudo presentarla desde la vigencia de la ley.

Con fundamento en lo anterior, se concluye que la solicitud de terminación por mutuo acuerdo presentada por la demandante es improcedente debido a que no



cumple con el requisito del numeral 7 del artículo 3 del Decreto Reglamentario 1123 de 2015.

De otro lado, frente a la aducida indebida valoración probatoria, no son de recibo tales argumentos, habida cuenta que el *a quo* llevo a cabo el análisis de los diferentes hechos probados que reposan en el proceso, por lo que la decisión adoptada por el juez cuenta con los elementos probatorios adecuados para soportarla.

3. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / Declaratoria de insubsistencia. Cargo de libre nombramiento y remoción. Desviación de poder. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A. Sentencia de 26 de octubre de 2023. Radicación: 680012331000-2012-00120-01. C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Radicación: 680012331000-2012-00120-01.

NR / DR. IMMS. Confirma sentencia que niega las pretensiones de la demanda.

La providencia inicia el estudio del tema recordando que el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 ratificó el lineamiento del artículo 125 de la Constitución Política y precisó que tendrían el carácter de libre nombramiento y remoción *«[I]os empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera»*.

Así las cosas, la regla general es que la totalidad de los cargos de la administración pública deben ser de carrera administrativa; sin embargo, existen algunas excepciones, entre las que se encuentran los empleos de libre nombramiento y remoción. Esto quiere significar que para los primeros el ingreso debe hacerse mediante el sistema del mérito, mientras que para los segundos la administración goza de cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados, en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y al grado de confianza que se exige. En este último caso, al nominador le está permitido disponer su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una



u otra decisión.

En armonía con el anterior planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes:

- a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente;
- b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y
- c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

A su turno, el artículo 44 del CPACA establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.

En suma, la potestad discrecional se traduce en la voluntad libre de apreciación y valoración de una autoridad administrativa, ejercida dentro del marco jurídico, de su autonomía y de su competencia, para determinar y decidir un asunto concreto, buscando siempre la consecución de un interés general y la satisfacción de los derechos de los asociados, haciendo la ponderación respectiva.

Según lo ha precisado la doctrina, la discrecionalidad tiene su fundamento en el concepto de Estado Social de Derecho, puesto que atañe a elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; en la circunstancia de que la ley necesita ejecutarse; en la existencia de conceptos jurídicos indeterminados; y en la progresiva actuación de la administración.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, sostuvo que «*[l]a competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado*».

Por su parte, la Corte Constitucional reiteró que la desvinculación de los servidores de libre nombramiento y remoción puede realizarse de forma inmotivada, ya que la



escogencia para proveer esos empleos se basa en razones de orden personal o de confianza.

Aunque la ausencia de motivación en tales casos es una excepción al principio de publicidad, ello no vulnera garantías fundamentales, pues la facultad discrecional no implica arbitrariedad. Además, ese margen de libertad debe estimarse como adecuado en consideración a la naturaleza de las labores que desempeñan dichos funcionarios y la cercanía con sus nominadores. En efecto, entre ellos debe existir un alto grado de confianza, por cuanto se manejan asuntos de reserva y cuidado, que involucran la toma de decisiones de alta trascendencia e impacto.

En este orden de ideas, una vez efectuado el análisis armónico de las anteriores normas y según lo expresado por el máximo tribunal constitucional, es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción es una facultad discrecional del nominador que se ejercita a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público.

Ahora bien, refiere igualmente la ponencia que entre las causales de anulación de los actos administrativos que consagra el artículo 137 del CPACA, está la desviación de poder que se configura cuando el elemento teleológico del acto está viciado, esto es, cuando no se expide en aras del buen servicio y de la correcta marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas o injustos. Entonces, se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

Por su parte, la jurisprudencia ha manifestado que *«demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma»*. De esta manera, es a los accionantes a quienes les corresponde probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretenden hacer valer para destruir la presunción de legalidad del acto acusado; esta afirmación, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, está determinada por la regla contenida en el Código General del Proceso de que *«incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*.



En lo que atañe al sub lite, se observa que la demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, en condición de gerente sucursal, grado 06, gerencia sucursal, Santander, nivel sucursal, 8 horas conforme a la Resolución No. 000249 del 10 de junio de 2009, por lo cual el presidente de Positiva Compañía de Seguros S.A. estaba facultado para removerla mediante un acto inmotivado, actuación que se presume legal.

Inclusive, dicha potestad podía ejercerse ante la pérdida de confianza por parte del nominador, pues esa clase de empleos revisten especiales responsabilidades y profundas implicaciones al momento de tomar decisiones, por lo que debe existir coordinación y el mejor entendimiento posible entre los funcionarios del más alto nivel, quienes están a la cabeza de las entidades y deben velar porque la misión institucional se cumpla en términos de eficiencia, oportunidad y conveniencia.

Es así como la Corte Constitucional ha explicado que *«siendo la confianza un factor determinante a la hora de vincular funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, su pérdida constituye una razón justificada para que la administración de por terminada la relación laboral con el empleado público y de esta forma garantice tanto la prestación del buen servicio como la satisfacción del interés público»*.

En ese orden de ideas, cuando no ha sido acreditada con suficiencia la causal argüida como vicio del acto administrativo y teniendo en cuenta la naturaleza del cargo, no puede el fallador de instancia acceder a las pretensiones de nulidad en este concreto caso.



PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO

1. **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SUJ-033-CE-S2-2023. Sentencia de unificación. Fijación del régimen salarial y prestacional en la Rama Judicial - reconocimiento y pago de diferencias salariales, que corresponde al cargo de abogado asesor grado 23 de los tribunales administrativos.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 02 de noviembre de 2023. Radicación 080012333000-2018-00529-01.

Radicación 080012333000-2018-00529-01 SUJ-033-CE-S2-2023

Para abordar el análisis de este tema, debe recordarse que la Constitución Política contiene todo un conjunto normativo integrado por el preámbulo y los arts. 1.º, 2.º, 25, 39, 48, 53, 55, 56 y 64, a partir de los cuales, se erige el trabajo como valor esencial del Estado Social de Derecho, en tanto se atribuye como un derecho en cabeza de toda persona a pretender y a obtener un trabajo en condiciones dignas y justas, e igualmente como una obligación social, fundada en la solidaridad social.

En sentido correlativo, el constituyente atribuyó al Estado el deber de protegerlo a través de una normatividad que asegure unas relaciones laborales en condiciones de dignidad y justicia, siendo por tanto, tales principios el marco normativo primario protector del derecho al trabajo, como garantes de la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y además, con la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir de las pautas establecidas en el artículo 53 superior, entre las cuales, se instituye el derecho a la remuneración como uno de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo.

En cuanto a la concepción de salario el Convenio 095 de la OIT estableció en su artículo primero que “[...] el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo,



fijada por acuerdo o por la legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

Respecto a la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos el artículo 150 de la Constitución Política atribuye al Congreso de la República la función, entre otras, de expedir leyes y, mediante ellas, establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

En aplicación de dicha atribución constitucional, el Congreso expidió la Ley 4ª de 1992, a través de la cual fijó los criterios a los que debe ceñirse el Gobierno Nacional al determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, entre ellos, a los de la Rama Judicial.

Así entonces, tal como concluyó la Sección Segunda en su Sala de Conjuces en providencia del 2 de septiembre de 2019 se advierte que el propósito del legislador, se dirige a establecer parámetros generales fundados en la protección y progresividad de los derechos laborales de los servidores públicos de la Rama Judicial, Fiscalía, Procuraduría, etc.; reconocer a los servidores de la Rama Judicial un salario adecuado a la importancia de sus funciones, *“fortalecer la rama judicial”* y *“elimin[ar] las descompensaciones en la escala de remuneración”*.

Finalmente, es de indicar que para el caso de la Rama Judicial, el presidente de la República, en uso de “las atribuciones legales y en especial las conferidas por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992” profirió el Decreto 57 de 1993 *“Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones”*, el cual, se estableció como de obligatorio cumplimiento *“para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las ramas del Poder Público, organismos o instituciones del Sector Público”*.

Además, señaló en su artículo 2.º que los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional señalado en el citado Decreto y, dispuso que los servidores públicos que no optasen por el régimen allí establecido continuarían rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha. De acuerdo con esto, el Gobierno Nacional cada año, mediante decreto fija el



régimen salarial y prestacional, respecto a cargos con una nominación específica o subsidiariamente a partir de una escala salarial.

Por su parte, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, fijó la obligación de administrar la carrera judicial al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales según el caso, conforme al artículo 256 de la Constitución.

Finalmente es de indicar, que en el artículo 63 de la misma norma, modificado por la Ley 1285 de 2009 se definió la competencia del Consejo Superior de la Judicatura frente al plan nacional de descongestión de la Rama Judicial, sin que se advierta alguna atribución frente a la fijación del régimen salarial y prestacional de los funcionarios y empleados allí incluidos.

Ahora bien, como ya se indicó, el presidente de la República, en uso de *“las atribuciones legales y en especial las conferidas por el artículo 14 de la Ley 4a de 1992”* profirió el Decreto 57 de 1993, en el cual, determinó que el régimen salarial y prestacional allí establecido sería de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a su vigencia y en cuyo artículo 2.º dispuso que los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrían optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional allí señalado y además, que los servidores públicos que no optasen por éste, continuarían rigiéndose por lo indicado en las normas legales vigentes a la fecha.

De otra parte, el citado cuerpo normativo, en su artículo 3.º, numeral 2.º, estableció la remuneración mensual para los cargos allí relacionados, entre los que se encuentra el de *“abogado asesor”* para *“Tribunales Judiciales, Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura”*; mientras que en su artículo 4.º estableció una escala de remuneración para los cargos que no se encontraren enlistados en el artículo anterior.

Frente a la creación del cargo de *“abogado asesor grado 23”* en los Tribunales Administrativos y la determinación de su remuneración, es necesario realizar las siguientes precisiones: El Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2010 -2014, contenido en la Ley 1450 de 2011, contempló varias disposiciones encaminadas a descongestionar la justicia y específicamente en su artículo 198 se refiere a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De igual manera el Plan Anual de



Presupuesto – Decreto 4970 de 2011 - en su artículo 93 dispuso:

“[...] de conformidad con lo establecido en el artículo 97 de la Ley Estatutaria de la Administración de la Justicia, y la Ley 1450 de 2011, la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, emitirá concepto previo sobre la distribución que se haga entre las diferentes jurisdicciones, del presupuesto de inversión, descongestión y recursos extraordinarios de la Rama Judicial, incluyendo las necesidades de la jurisdicción disciplinaria, para la creación y funcionamiento de las comisiones de instrucción”.

En virtud de lo anterior el Consejo Superior de la Judicatura expidió un Plan Nacional de Descongestión, y en este sentido, el 2 de febrero de 2011, la Sala Administrativa celebró sesión ordinaria donde discutió el plan dirigido a la jurisdicción contenciosa administrativa, establecido en la Ley 1437 de 2011, artículo 304.

Para avanzar en la resolución de este caso, debe partirse de una premisa extraída del análisis del marco jurídico y jurisprudencial desarrollado, así como de las sentencias de nulidad señaladas atrás y, del contenido del Decreto 57 de 1993, como es que corresponde al Gobierno Nacional fijar anualmente el régimen salarial y prestacional de los cargos de la Rama Judicial y, al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde crear los cargos y realizar las incorporaciones a las plantas de personal, en ejercicio de las competencias que le otorga tanto la Constitución Política como la Ley 270 de 1996.

Es a partir de la citada atribución que el presidente de la República profirió los Decretos anuales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, y 194 de 2014, que establecieron la escala salarial prevista en el artículo 4.º donde se incluye el cargo de “abogado asesor” de Tribunal Judicial, así como la escala salarial de remuneración del artículo 6.º para “los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores”. En esta última se incluye al “grado 23”.

Como ya se indicó, es a partir de la escala salarial para el “grado 23” que el Consejo Superior de la Judicatura ha venido remunerando los cargos de “abogado asesor grado 23” creados en virtud del plan nacional de descongestión y que posteriormente adquirieron el carácter permanente.

Ahora bien, el Consejo Superior de la Judicatura en el Oficio PCSJO23-762 del 14



de julio de 2023 manifestó que el cargo de abogado asesor nominado, a pesar de encontrarse enlistado en los Decretos 57 de 1993 y 106 de 1994, no ha sido creado en la estructura ni en la planta de personal de la Rama Judicial y por ende en ninguno de los tribunales del país, razón por la cual no tiene definidas funciones para el mismo.

Igualmente, la entidad en su defensa indicó que “[...] el Acuerdo que crea la medida descongestión le imprime grado al cargo de Abogado Asesor dándole el grado 23 y no de nominado [...]” razón ésta, que en su entender le impone aplicar el artículo 6.º de los mencionados Decretos anuales del Gobierno Nacional.

Así las cosas, del recuento normativo se puede afirmar que el simple hecho de agregar “grado 23” al cargo de “abogado asesor” no hace desaparecer del universo jurídico que la denominación del cargo para su remuneración salarial -entendida como “el nombre indicativo de la función” ya había sido contemplada en el artículo 4.º de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, el cual, como se vio, establece una escala gradual principal de remuneración para los cargos allí relacionados y por cuanto la dada en el artículo 6.º es supletoria, como quiera que se aplica a aquellos cargos “no contemplados en los artículos anteriores”

En este caso en modo alguno se discute la facultad del Consejo Superior de la Judicatura para crear cargos en la Rama Judicial al tenor de las facultades dadas por la Ley 270 de 1996; sin embargo, es evidente que, con su actuar, la entidad demandada entró en claro desconocimiento de: (i) Las facultades dadas al presidente de la República en la Ley 4ª de 1992, al agregarle el aparte “grado 23” al cargo denominado “abogado asesor”, toda vez que su consecuencia directa e inmediata fue afectar negativamente la remuneración salarial y prestacional del demandante al ignorar las pautas dadas en los Decretos presidenciales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, que ya habían señalado cómo debían remunerarse los cargos de “abogado asesor”, (ii) El límite competencial del Consejo Superior de la Judicatura dado en el artículo 257 de la Ley 270 de 1996. (iii) Los derechos salariales y prestacionales del demandante, al desconocer el salario que le correspondía al tenor de los decretos anuales expedidos por el presidente de la República, el cual, como se vio en los acápites anteriores, constituye un elemento esencial del derecho al trabajo y a percibir la remuneración que en derecho corresponde por la labor desempeñada.



De acuerdo con las pautas indicadas no puede mantenerse la legalidad de los actos demandados aceptando la interpretación dada por el Consejo Superior de la Judicatura, según la cual, al agregar “grado 23” al cargo de “abogado asesor” creó una categoría especial de empleo no regulada por el artículo 4.º de los decretos salariales anuales, con lo cual, debía remunerar ese empleo con la escala del artículo 6.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, y 194 de 2014.

Ese razonamiento desconoció que el cargo ya se encontraba dentro del listado de los nominados en los Decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, lo que generó que la labor del accionante, fuese remunerada con un salario inferior al que realmente le corresponde, situación que desconoce los cánones constitucionales y legales que regulan las competencias otorgadas al presidente de la República para determinar el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, así como las mismas competencias del Consejo Superior de la Judicatura y, por ende, los derechos salariales y prestacionales del actor.

En este punto es importante citar la sentencia del 16 de abril de 2009 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación donde señaló que, en ese caso, el Consejo Superior de la Judicatura desconoció el ordenamiento jurídico, cuando estableció una remuneración a un cargo cuya denominación ya se encontraba expresamente establecida en los decretos anuales que establecen el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

En ese orden se concluye que, si bien el Consejo Superior de la Judicatura cuenta con la facultad para crear cargos en la Rama Judicial en atención al artículo 257 de la Ley 270 de 1996, no obstante, no puede desconocer las facultades dadas al presidente de la República en la Ley 4ª de 1992 y con ello las pautas dadas en los Decretos presidenciales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, que ya habían señalado cómo debían remunerarse los cargos de “abogado asesor”.

De tal suerte, la denominación que se encuentre expresamente establecida en los decretos anuales que fijan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, debe atender a las escalas salariales allí señaladas; y frente a los mismos es ilegal, tanto asignarles grados o códigos adicionales, como establecerles otro tipo de remuneración diferente, toda vez que ello va en contra del artículo 150 numeral 19



literal e) de la Constitución Política que autorizó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, siempre y cuando se sujetara a los objetivos y criterios establecidos por el legislativo, que en este caso corresponde a la Ley 4 de 1992, a través de la cual se fijaron los criterios a los que debe ceñirse el Gobierno Nacional al determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, entre ellos, a los de la Rama Judicial.

Por tanto, la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de Tribunales Administrativos, se encuentra dentro del listado de los cargos nominados en los Decretos expedidos por el presidente de la República en uso de las competencias señaladas en la Ley 4ª de 1992, por lo que su labor debe remunerarse de acuerdo con el artículo 4.º de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, sin que sea aceptable que el Consejo Superior de la Judicatura pueda variar la denominación contemplada en el artículo 3.º, numeral 2.º del Decreto 57 de 1993, lo cual resulta ilegal e inconstitucional, pues al agregar el “grado 23” al cargo denominado “abogado asesor”, afectó negativamente la remuneración salarial y prestacional del mismo.

A partir del escenario expuesto se extrae la regla de unificación consistente en:

“El Consejo Superior de la Judicatura carece de competencia para asignarle a los cargos nominados, grados, códigos y remuneración diferente a lo regulado en el Decreto 57 de 1993 y demás decretos anuales expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales se determine el régimen salarial y prestacional de los empleados de la rama judicial. Esta potestad corresponde al presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992. En consecuencia, la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos, es la fijada para el «abogado asesor» en los decretos anuales expedidos por el gobierno nacional sobre la materia”.

En línea con esta argumentación se concluye que quienes venían desempeñándose como abogados asesores grado 23 de Tribunal Administrativo deben continuar siendo remunerados como abogado asesor nominado de Tribunal, al advertirse que siguen desempeñando las mismas funciones, se les exigen los mismos requisitos, continúan en sus mismos lugares de trabajo y bajo órdenes del mismo empleador, sin que exista una razón objetiva y justificable para que se asuma que cambiaron a un cargo diferente con grado 23 y que merecen ser remunerados de acuerdo con la escala salarial de ese grado.



Lo anterior, en aplicación de los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos el artículo 53 constitucional y de progresividad y prohibición de regresividad, así como el derecho constitucional al trabajo en condiciones dignas.

De tal suerte, por todo lo estudiado se resuelve:

“UNIFICAR la jurisprudencia en el sentido de señalar que “El Consejo Superior de la Judicatura carece de competencia para asignar a los cargos nominados, grados, códigos y remuneración diferentes a los previstos en el Decreto 57 de 1993 y demás decretos anuales expedidos por el Gobierno Nacional en los que se regule el régimen salarial y prestacional de los empleados de la rama judicial. Esta potestad corresponde al presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992. En consecuencia, la remuneración del cargo de “abogado asesor” grado 23 de los Tribunales Administrativos, es la fijada para el «abogado asesor» en los decretos anuales expedidos por el gobierno nacional sobre la materia”.

Finalmente, la decisión advierte a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esa providencia en relación con el tema objeto de unificación constituye precedente vinculante en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos; mientras que los casos en los que haya operado la cosa juzgada serán inmodificables.

2. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / Conflicto de competencia, factor territorial. Pretensión de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A. Auto de 30 de noviembre de 2023. Radicación 810013333002-2022-00457-01. C.P. Dr. JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ (E).

[Radicación 810013333002-2022-00457-01.](#)

Recuerda la ponencia que, para determinar la competencia por razón de territorio, debe acudir al artículo 156 del CPACA, modificado por el artículo 31 de la Ley



2080 del 2021, que consagra unas reglas para conocer determinados asuntos dentro de los cuales se encuentran los de carácter laboral; así lo dispone la mencionada normativa:

«ARTÍCULO 156. COMPETENCIA POR RAZÓN DEL TERRITORIO. Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas:

[...]

3. En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios. Cuando se trate de derechos pensionales, se determinará por el domicilio del demandante, siempre y cuando la entidad demandada tenga sede en dicho lugar.»

Al respecto, vale la pena aclarar que la disposición transcrita fue modificada por la Ley 2080 de 2021, sin embargo, las modificaciones a las normas de competencia entraron en vigencia un año después de expedida, es decir, el 26 de enero de 2022.

De lo anterior se colige que, para el momento de radicación de la demanda (el 19 de noviembre de 2021) este precepto legal específico de competencia para asuntos pensionales aún no estaba vigente, por lo tanto, para el caso sud judge se debe aplicar la regla de determinación de competencia por el último lugar de prestación de servicios.

De acuerdo a lo manifestado en los hechos de la demanda, el señor Carlos Eduardo Rivera Ramírez pertenecía al Batallón de Contraguerrilla núm. 30 «Ct. Nelson D. Bedoya» ubicado en el municipio de Yopal, departamento de Casanare; información que coincide con lo certificado por la Oficina Sección Base de datos de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, que consignó «[...] se logró evidenciar que el señor Soldado Voluntario (R) Rivera Ramírez Carlos Eduardo identificado con código militar No (sic) 76081107226, reporta estado administrativo retirado y la última unidad donde prestó sus servicios fue el Batallón de Contraguerrillas #30 Ct. Nelson D. Bedoya en Yopal, Casanare.»

De lo anterior, se observa que le asiste la razón al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Arauca en consideración a que, tanto en los hechos de la demanda como en el certificado expedido por Oficina Sección Base de Datos de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, el último lugar de prestación de servicios fue en



al municipio de Yopal, Casanare.

- 3. REPARACIÓN DIRECTA. Responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados con glifosato, afectación de cultivos. Condena en abstracto, ítems a reconocer.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Sentencia de 30 de noviembre de 2023. Radicación 130012333000-2013-00687-01. C.P. Dr. ALBERTO MONTAÑA PLATA

Radicación 130012333000-2013-00687 01

Los lineamientos para la condena en abstracto fijados en la decisión de primera instancia incluyeron el daño emergente y el lucro cesante; sin embargo, en criterio de esta Subsección, no es posible reconocer los dos perjuicios, toda vez que *“las inversiones que un agricultor realiza en la siembra son recuperadas mediante la venta de las cosechas. Por tanto, el pago de una suma por lo invertido y otra suma por lo que habrían vendido no corresponde a la realidad económica”*

En consecuencia, la Sala reconocerá únicamente el lucro cesante, con las reglas que ha fijado para casos similares, así:

- (1) En el incidente de liquidación de la condena deberá realizarse un dictamen pericial por parte de un profesional en agronomía con experiencia en el avalúo de cultivos.
- (2) El dictamen deberá establecer las erogaciones necesarias para cada cultivo, de acuerdo con las áreas afectadas. El documento determinará lo relativo a los insumos (fertilizantes, insecticidas, fungicidas, controles fitosanitarios, agua, electricidad, etcétera), durante el período comprendido entre la siembra y la etapa productiva.
- 3) El dictamen deberá establecer el lucro cesante, que consiste en el valor bruto que le hubiera reportado al demandante el primer año de producción plena de cada cultivo, de acuerdo con las áreas afectadas. Al resultado de esta operación deberá descontarse el valor establecido como erogaciones necesarias. El cálculo deberá soportarse documentalmente, por ejemplo, en certificaciones oficiales de precios para la época en la que se encontraba prevista la recolección de los frutos, documentos comerciales, como contratos celebrados en esa época, comparación



con utilidades documentadas de cultivadores para la misma época y en condiciones equivalentes, facturas y análisis estadísticos.

(4) Tanto el total de las erogaciones necesarias, como el lucro cesante, se actualizarán con base en el IPC histórico hasta la fecha de liquidación de la condena.

(5) La liquidación no podrá superar el valor de las pretensiones de la demanda, indexadas o traídas a valor presente.

4. NULIDAD ELECTORAL. Rechazo de la demanda. Asunto no susceptible de control judicial. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto de 29 de noviembre de 2023. Radicación 110010328000-2023-00109-00. C.P. Dr. PEDRO PABLO VANEGAS GIL.

Radicación 110010328000-2023-00109-00.

De acuerdo con el artículo 139 del CPACA, en ejercicio de la nulidad electoral, son susceptibles de control judicial los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, los de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden y los de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En este orden, lo primero que debe advertirse es que el actor solicitó la nulidad de la elección de Héctor Guillermo Mantilla Rueda «*como gobernador por Santander, periodo 2022-2026*», sin embargo, con su demanda acompañó copia del formulario E-26 GOB de 12 de noviembre de 2023, según el cual, en realidad, fue Juvenal Díaz Mateus quien resultó elegido como gobernador de Santander.

Así las cosas, de entrada, se advierte que el actor requiere la nulidad de una elección que no se declaró a favor de Héctor Guillermo Mantilla Rueda.

Ahora bien, no desconoce este despacho que el citado formulario E-26 señala que «*en concordancia con el artículo 25, de la Ley 1909 del año 2018, el candadito (sic) Héctor Guillermo Mantilla Rueda, tendrá derecho personal a ocupar, en su orden, una curul a la ASAMBLEA del departamento de Santander*».

A pesar de lo anterior, no puede concluirse que dicho formulario contiene alguna



declaratoria de elección en cabeza de Héctor Guillermo Mantilla Rueda, como parece entenderlo el demandante.

Por el contrario, el mismo da cuenta de que, gracias a la votación que obtuvo, el demandado, en los términos del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, tenía el deber de «*manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no*» la curul en la Asamblea Departamental de Santander.

Asimismo, según el artículo en análisis, corresponderá a la autoridad electoral expedir, «*previa aceptación*», la credencial como diputado, por el contrario, «*[s]i no hay aceptación de la curul se aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución Política para la distribución de todas las curules de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales por población*».

En este orden, debe concluirse que el formulario, al que alude el demandante, no contiene una declaratoria de la elección como gobernador de Santander, a favor de Héctor Guillermo Mantilla Rueda.

Sumado a lo dicho, de su escrito tampoco se advierte que el demandado haya aceptado la curul en la Asamblea Departamental de Santander, caso en el cual, se deberá acusar la legalidad del acto que dé cuenta de este reconocimiento.

En este orden, para este despacho, debe rechazarse la demanda interpuesta contra la «*elección*» de Héctor Guillermo Mantilla Rueda como «*Gobernador de Santander*» pues, como se demostró, dicha declaratoria no existió y mucho menos está contenida en el acto que se pide anular.

Sin perjuicio de lo anterior, no sobra precisar que, en caso de que el demandado haya aceptado la curul en la Asamblea de Santander, a la cual tiene derecho, según lo dispuesto en la Ley 1909 de 2018, y de ser el interés del actor, insistir en su reproche, deberá acusar la legalidad del acto que así lo declare.

En conclusión, toda vez que la elección que se pide anular no recayó en el demandado y tampoco se acusa la legalidad del acto que reconozca el derecho personal a favor de Héctor Guillermo Mantilla Rueda, para ocupar una curul en la Asamblea de Santander, debe afirmarse que la nulidad que requiere el demandante recae sobre una elección inexistente; es decir, no es susceptible de control judicial,



Tribunal Administrativo de Santander

Relatoría

lo que impone el rechazo de su demanda, en los términos del artículo 169 del CPACA.



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

- 1. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Sentencia de 23 de noviembre de 2023. **Radicado:** 680813333002-2017-00139-01. **ACCIONANTE:** DRAMAN ELIECER AYALA. **ACCIONADO:** NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL. M.P. DR. IVÁN FERNANDO PRADA MACIAS.

Radicado: 680813333002-2017-00139-01.

DESCRIPTOR

RETIRO DEL SERVICIO POR DISMINUCION DE CAPACIDAD PSICOFISICA.
VIGENCIA DEL CONCEPTO DE LA JUNTA MÉDICO LABORAL

RESTRICTOR

Ministerio de defensa. Ejército Nacional. Retiro del servicio por disminución de capacidad psicofísica. Vigencia del Concepto de la Junta Médico Laboral; al estar vencido constituye falsa motivación del acto administrativo. Estabilidad laboral reforzada

DECISIÓN

Confirma sentencia que accede a las pretensiones de la demanda.

TESIS

Recuerda la decisión que el artículo 216 de la Constitución Política dispone que la fuerza pública está integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional, las cuales estarán sujetas a un régimen especial en materia de carrera, prestaciones y disciplinario, de conformidad con lo ordenado en los artículos 217 y 218 ibídem. Así, tratándose de los miembros de las Fuerzas Militares, el régimen referido en precedencia está contenido en los Decretos 1793 y 1796 de 2000, siendo este último el que regula los asuntos relacionados con la determinación y evaluación de la capacidad psicofísica de los miembros de la Fuerza Pública.

Por su parte, el Capítulo III del Decreto 1793 de 2000 se refiere al retiro de los miembros de las fuerzas armadas, destacándose que en el artículo 7 que se trata



de un acto por el cual un comandante dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales, para luego en el artículo 8 clasificar las formas y causales de retiro.

De lo anterior, se extrae que dentro de las hipótesis de retiro temporal se incluye la disminución de la capacidad psicofísica y dentro de las de retiro absoluto se menciona la incapacidad absoluta y permanente. Así mismo, el artículo 10 del mencionado Decreto 1793, expone como se puede retirar del servicio a un soldado profesional en virtud de la disminución de su capacidad psicofísica.

Resulta entonces necesario referirse al Decreto 1796 de 2000 en lo que respecta a la regulación frente a la evaluación de la capacidad laboral de los miembros de la fuerza pública. Para ello se tiene que una Junta Médica Laboral militar se encarga de realizar la evaluación a cada miembro de la institución y determina el concepto que se da en la calificación de la capacidad psicofísica de acuerdo como lo dispone el artículo 3 de la mentada norma; mientras que su artículo 7 se refiere a la validez y vigencia de esos exámenes de capacidad psicofísica, indicando que el paciente evaluado retoma su concepto de aptitud, pasados tres (3) meses de haber sido realizado la evaluación médica, debido a que expira la vigencia del concepto médico de capacidad psicofísica expedido por *“los organismos médico-laborales militares y de policía”*.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el derecho a la estabilidad laboral reforzada del personal de la fuerza pública en situación de discapacidad, anuncia la ponencia que la Corte Constitucional ha estudiado la aplicación del artículo 10 del decreto 1793 de 2000, precisando que su interpretación debe ser armónica con la protección especial que da la constitución a las personas en condición de discapacidad, de tal manera que se estima procedente el retiro únicamente cuando la Junta Médica o el Tribunal Médico laboral de Revisión Militar, determinen que por las condiciones de salud el paciente no puede desempeñar alguna actividad dentro del ejército en virtud del principio de integración laboral.

De tal manera que, la Corte Constitucional ha determinado que *“la facultad de retiro no es discrecional, arbitraria ni automática, en especial en aquellos casos cuando se alega la causal de disminución de la capacidad sicofísica de la persona”*, ello en razón a que son personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y es deber del estado adoptar medida para crear condiciones de igualdad real y efectiva.



Por lo tanto, de lo expuesto se extrae que la Corte considera que siempre y cuando el concepto médico no establezca que la disminución psicofísica implique una disminución de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%), las jefaturas o direcciones de personal de la institución deben privilegiar por encima de cualquier otra medida la reubicación del miembro de la fuerza pública a un cargo que de acuerdo con sus habilidades y limitaciones pueda desempeñar dentro de la institución, como *“garantía de protección a la estabilidad reforzada y al valor de la vocación de las personas que hacen parte de la fuerza pública”*

Entonces, la tesis que subyace, al entender de la Sala es que la Fuerza Pública a efectos de hacer efectivo el retiro del personal por disminución de su capacidad psicofísica, tiene el deber de armonizar dicha facultad con el principio de estabilidad constitucional reforzada de las personas en situación de discapacidad, conforme a la protección constitucional del derecho a la igualdad (artículo 13 Constitucional); ello en razón a que las personas que presentan una disminución física, sensorial o psicológica, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, y por mandato del artículo 47 de la Carta Política, el Estado debe propender por adelantar políticas de revisión, rehabilitación e integración social, lo que incluye la estabilidad laboral, de conformidad con la Constitución Política.

- 2. REPARACIÓN DIRECTA.** Sentencia de 23 de noviembre de 2023.
Radicado 680013333010-2021-00140-01. **ACCIONANTE:** JOSE BENIGNO RODRÍGUEZ CUEVAS Y OTROS. **ACCIONADO:** NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, MUNICIPIO DE BUCARAMANGA. M.P.: DRA CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE.

Radicado 680013333010-2021-00140-01.

DESCRIPTOR

VIOLENCIA FAMILIAR. LIMITACIÓN MEDIDAS DE PROTECCION. OMISIÓN. LESIONES Y MUERTE

RESTRICTOR

Municipio de Bucaramanga y otros. Enfoque diferencial de género. La mujer como sujeto de especial protección constitucional. Femicidio. Derecho de la mujer a una



vida libre de violencia. Ineficacia de las medidas de protección. Teoría del riesgo. Obligaciones marco de los entes territoriales respecto del tema. Garantía del efectivo cumplimiento de las medidas de protección

DECISIÓN

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

TESIS

La Constitución Política de 1991 significó un cambio trascendental en relación con el estatus y los derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y en sus relaciones con el Estado, a través de lo dispuesto en su artículo 13, precisando, de manera expresa que: «la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades», y que «la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación».

De esta manera, es claro que el constituyente dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de garantizar en gran medida su salvaguarda, protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. A pesar de lo anterior, la violencia y la discriminación siguen siendo uno de los más grandes obstáculos que enfrentan las mujeres para el goce efectivo de sus derechos fundamentales y para la plena vigencia práctica de los principios y valores proclamados por la Constitución.

De igual manera, el artículo 42 de la Constitución Política prescribe que las relaciones familiares se basan en el respeto recíproco de todos sus integrantes y, por ello, cualquier forma de violencia dentro de ella se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 294 de 1996, que ha sido objeto de modificaciones por la Ley 575 de 2000 (artículo 1) y la Ley 1275 de 2008 estableció una medida de protección inmediata para poner fin a la violencia, maltrato o agresión, actual o inminente, dentro del ámbito familiar. Esta medida se le solicita al Comisario de Familia del lugar donde ocurrieron los hechos o, a falta de este, al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, por parte de la víctima directa u otro miembro del grupo familiar. Luego, mediante providencia motivada, es dable adoptar una medida definitiva de protección cuando el solicitante o un miembro del núcleo familiar ha sido víctima de violencia, dentro de las que se encuentra ordenar



al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima y abstenerse de aproximarse a ella, así como acudir a tratamiento reeducativo y terapéutico, entre otras. De forma expresa, la norma establece que el mismo funcionario que expide la orden de protección es el competente para su ejecución y cumplimiento.

Adicionalmente, se establece que la autoridad competente deberá remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos.

Estas medidas pueden ser de carácter provisional o definitivo; en el primer caso, el artículo 11 de la Ley 294 de 1996 prevé que pueden adoptarse, incluso, dentro de las cuatro horas siguientes a la recepción de la petición, “si estuviere fundada en al menos indicios leves”. En el caso de las medidas definitivas, el juez deberá “mediante providencia motivada... [ordenar] al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja”. Solo la decisión definitiva sobre una medida de protección será susceptible de controvertirse mediante el recurso de apelación, el cual se concederá en el efecto devolutivo; por su parte, las medidas provisionales no son susceptibles de recurso alguno. Finalmente, de dictarse una medida de protección, el mismo funcionario es competente para vigilar su ejecución y cumplimiento.

De otro lado y frente a las decisiones judiciales y con el fin de garantizar que estas no sean fuente de discriminación contra la mujer al confirmar patrones de desigualdad, la jurisprudencia constitucional ha introducido subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias y ha reiterado la obligación de las autoridades judiciales de abarcar sus decisiones desde un “enfoque diferencial de género”.

De igual manera, el Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales para enfrentar la discriminación y todas las formas de violencia contra la mujer. Además de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y su Protocolo Facultativo (2005), aprobadas por la Ley 51 de 1981 y Ley 984 de 2005, respectivamente, ha suscrito y aprobado, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención de Belém do Pará-, incorporada al derecho interno por la Ley 248 de 1995, la cual



establece que el feminicidio es una forma extrema de violencia que debe ser prevenida y sancionada. Conforme a este instrumento convencional, toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Acercas del concepto de perspectiva de género en el ámbito internacional, en el documento denominado «Modelo de incorporación de la perspectiva género en las sentencias», desarrollado por la Secretaría Técnica de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, se concibe como: «(...) un instrumento de análisis de las relaciones sociales que refuerza la idea de la igualdad y no discriminación. Es un concepto relacional que obedece no a la diferencia sexual, sino a las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen a partir de esa diferencia sexual.»

Por su parte, en el ordenamiento jurídico colombiano, el concepto de perspectiva de género se introdujo con la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia-; la cual, en su artículo 12, consagró lo siguiente: «(...) se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad.»

A su turno, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado acerca del problema estructural de violencia en contra de la mujer, así como sobre las medidas necesarias para contrarrestar el feminicidio, en los siguientes términos:

*«En este punto, es importante manifestar que la violencia doméstica no es un asunto familiar privado en el que se le han impuesto límites infranqueables al Estado, todo lo contrario, a este le asiste la obligación de tomar medidas preventivas conducentes a preservar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos en las relaciones entre los individuos. Así las cosas, es obligación del Estado intervenir en las relaciones familiares con el ánimo de impedir la violación de los derechos fundamentales en el interior del hogar y así mismo evitar sus repercusiones en la vida y la salud mental y física de sus integrantes.
(...)»*

El concepto de feminicidio ha sido utilizado 'para aludir inicialmente y hacer públicamente visibles los homicidios de mujeres por el hecho de ser tales en



un contexto social y cultural que las ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que, por tanto, favorece y las expone a múltiples formas de violencia’.

Para la Organización de Naciones Unidas (ONU) el feminicidio es ‘el asesinato de mujeres como resultado extremo de la violencia de género que ocurre tanto en el ámbito privado como público. Comprende muertes de mujeres a manos de sus parejas, ex parejas o familiares, mujeres asesinadas por acosadores, agresores sexuales y/o violadores, así como aquellas que trataron de evitar la muerte de otra mujer’.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo de Campo Algodonero por su parte señaló que ‘el feminicidio es el homicidio de mujeres por razones de género’.

Para la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, los feminicidios son el reflejo de una cultura de odio y discriminación hacía las mujeres y un índice del fracaso del sistema de justicia penal en cuanto a conducir a los perpetradores de estos crímenes ante la justicia.

(...)

El país también ha ratificado numerosos tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos, los que garantizan los derechos de las mujeres.

En particular, hay que mencionar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–, que hace parte de la normativa nacional a través de la Ley 051 de 1981 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, ratificada mediante la Ley 248 de 1995».

De acuerdo con lo anterior, es evidente que, al Estado le correspondía, en el caso concreto, la obligación de tomar medidas preventivas conducentes a preservar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos de la señora M.R.O., en las relaciones con su familia, con el ánimo de impedir la violación de sus derechos fundamentales al interior del hogar y, así mismo, evitar el resultado de su muerte.

En esa medida, y en consideración a que, dentro de su contexto familiar la señora M.R.O. venía siendo víctima de daño, amenaza u ofensa por parte de su ex –pareja y, además, lo puso en conocimiento de distintos comisarios de familia de los lugares a donde se trasladaba para vivir con su hija, debieron activarse los mecanismos de



prevención y corrección de la violencia intrafamiliar y hacer surgir el correlativo deber de intervención inmediata a través del inicio del procedimiento administrativo para imponer medidas preventivas y, una vez agotadas todas sus etapas y de practicarse una audiencia a la que debía asistir la víctima y el presunto agresor, proferir el fallo de carácter definitivo.

Al respecto, es importante destacar que la autoridad competente para adoptar los mecanismos de prevención y corrección de la violencia intrafamiliar y/o la violencia de género lo es la Comisaría de Familia según se desprende de los artículos 4º de la Ley 294 de 1996, y 2º del Decreto 4799 de 2011; quien, además, tenía la obligación de informar a las demás autoridades que intervienen de forma coordinada en dicha protección, como la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación, porque a ésta debía compulsar copias para que investigara los punibles derivados de los hechos de violencia, así como los delitos conexos.

Lo anterior se explica porque el sistema de protección a las víctimas está compuesto por diferentes procedimientos administrativos y judiciales, que lejos de ser excluyentes, resultan complementarios, y no se agotan solamente con la expedición de una medida de protección sino con la garantía efectiva de su cumplimiento, vigilancia y control.

De esta manera, lo que se reprocha específicamente en el presente caso es que no obra prueba de que la Comisaría de Familia hubiera informado en debida forma a la Policía Nacional sobre las medidas de protección que fueron impuestas, para que de forma inmediata acudiera a hacerlas efectivas como lo dispone el artículo 11 del Decreto 652 de 2001 que reglamentó la Ley 294 de 1996 y la Ley 575 de 2000. Tampoco que hubiese remitido copia de las diligencias adelantadas a la Fiscalía General de la Nación para que adelantara la investigación penal respectiva.

En el caso concreto, no se observa que el apoyo policivo se hubiese comunicado al comandante de Policía, pues según el oficio No S2020126312/COMAN-ESNOR-1.10 del 09/12/2020, el comandante de Estación señala que se verificaron las carpetas de medidas de protección policial y no se registró algún tipo de solicitud de Protección en favor de la señora M.R.O.

Aunado a lo anterior, aunque el Municipio señala que actuó de forma oportuna al brindarle protección a la señora M.R.O., mediante oficios de fecha 29 de diciembre



de 2017 y 02 de octubre de 2018, lo cierto es que se desconoce los documentos como tal y su trazabilidad, pues lo aportado por el Municipio es únicamente un “pantallazo” sobre su contenido, que fue insertado en el cuerpo de la contestación de la demanda, lo cual no permite verificar, ni mucho menos afirmar que, en efecto, se realizó en debida forma el procedimiento de comunicación a la Policía Nacional, como tampoco de notificación al agresor.

Así mismo, tampoco se observa que la Comisaría de Familia le hubiera hecho seguimiento al caso y al procedimiento administrativo para comprobar si se estaban cumpliendo y ejecutando, de manera efectiva, las medidas de protección. No es de recibo para la Sala que el Municipio insista en que activó las rutas de acción para reprimir la violencia que se estaba ejerciendo, debido a que no basta con dictar una orden y dejarla plasmada en un acto administrativo, desprovisto de todo cumplimiento y siquiera comunicación y notificación tanto al agresor como a las autoridades competentes, pues no hacerlo pone en amenaza la transgresión de derechos fundamentales y puede llevar a que se consume el daño que se pretendía evitar, tal como ocurrió en el caso concreto.

Bajo esta óptica, el Municipio pasa por alto que las medidas de protección, como instrumentos internacionales han sido ratificados por el Estado Colombiano y de ellos se derivan mandatos de obligatorio cumplimiento para prevenir, erradicar, investigar y sancionar de forma concreta la violencia de género o la violencia intrafamiliar, por lo que lo relevante es garantizar su aplicación efectiva, esto es, que tengan la capacidad de materializarse y no simplemente estar plasmadas en un acto.

De tal suerte, la Sala no reprocha la idoneidad de las medidas dictadas por la Comisaría de Familia, sino que las mismas se tornaron ineficaces, ante la omisión de comunicar, implementar y vigilar su cumplimiento, de forma coordinada y articulada, y con la debida diligencia para evitar que se continúe cualquier forma de violencia. En conclusión, el Municipio de Bucaramanga incurrió en omisiones que afectaron tanto los derechos fundamentales de la señora M.R.O. y su núcleo familiar, como el principio de coordinación institucional, según el cual, todas las entidades que tengan dentro de sus funciones la atención a las mujeres víctimas deberán ejercer acciones coordinadas y articuladas con el fin de brindarles una atención integral, y, por tanto, le resulta única y exclusivamente atribuible el daño a dicho ente territorial.



3. SIMPLE NULIDAD. Sentencia de 16 de noviembre de 2023. **Radicado** 686793333001-2022-00009-01. **ACCIONANTE:** TATIANA JOHANNA KWAN ACOSTA. **ACCIONADO:** MUNICIPIO DE GÜEPSA, SANTANDER, CONCEJO MUNICIPAL DE GÜEPSA. ACUERDO NO. 011 DEL 12 DE JULIO DE 2021. M.P.: DRA CLAUDIA XIMENA ARDILA PEREZ.

Radicado 686793333001-2022-00009-01.

DESCRIPTOR

PERSONAS HABILITADAS PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. REQUISITOS PARA LA CREACIÓN DE UNA ENTIDAD DESCENTRALIZADA

RESTRICTOR

Municipio de Güepsa. Requisitos para la creación de una entidad descentralizada para la prestación de servicios públicos domiciliarios

DECISIÓN

Revoca sentencia que niega las pretensiones de la demanda y en su lugar declara la nulidad del Acuerdo No. 011 del 12 de julio de 2021 proferido por el Concejo Municipal de Güepsa por el cual se autorizó al alcalde municipal para constituir una empresa de servicios públicos domiciliarios.

TESIS

Anota la decisión que el artículo 210 superior señala que las entidades del orden descentralizado sólo pueden ser creadas por la ley o por autorización de esta. Así mismo, la norma dispone que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. En ambos casos, la ley establecerá el régimen jurídico aplicable y la responsabilidad de los presidentes, directores o gerentes.

A su turno, el artículo 365 ibidem consagra la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, directa o indirectamente, por medio de comunidades organizadas o por particulares, bajo la vigilancia y regulación del Estado; y el art. 367 ibd. fija en la ley la competencia para regular lo relativo a la cobertura de los servicios públicos domiciliarios, calidad, financiación, y otros aspectos propios para su funcionamiento,



como: costos, solidaridad y redistribución de ingresos. También dice la norma que dichos servicios pueden prestarse directamente por cada municipio cuando las características técnicas, económicas y conveniencias generales del servicio lo permitan y aconsejen. En ese caso, los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

Así las cosas, en desarrollo de las anteriores disposiciones constitucionales, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 consagra cuáles son las personas habilitadas para la prestación de servicios públicos domiciliarios, así: i) las empresas de servicios públicos, ii) las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; iii) los municipios cuando asuman en forma directa a través de su administración central, la prestación de los servicios; iv) las organizaciones autorizadas conforme a la ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; v) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994; y vi) las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estén prestando cualquiera de los servicios públicos y que adopten la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

El artículo 17 de la citada ley regula la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas bajo la primera de las modalidades señaladas. La norma establece que «las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos [domiciliarios]». De acuerdo con lo anterior, pueden prestar servicios públicos domiciliarios las sociedades por acciones mixtas, es decir, con capital público y privado, las cuales corresponden a una tipología especial de entidades públicas que tienen un régimen y una naturaleza jurídica propios, según lo establecen los artículos 365 y 367 de la Constitución. Las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de su capital social hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Ahora bien, por regla general, tanto los organismos del sector central como las entidades que conforman el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva deben ser creados directamente por el Legislador a iniciativa del Gobierno nacional, excepto las sociedades de economía mixta, cuya creación debe ser



autorizada por el Legislador, y, adicionalmente, según el orden al que corresponda, autorizada por el Gobierno Nacional, gobernador o alcalde.

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 69 ibidem establece los requisitos para la creación, fusión y supresión de entidades descentralizadas por servicios. La norma indica:

*«ARTÍCULO 69. CREACION DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.
Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.»*

Por otra parte, según la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando las normas constitucionales y reglamentarias establecen que el Legislador puede crear sociedades de economía mixta, no está haciendo referencia a que lo haga directamente, porque la constitución de este tipo de sociedades exige la concurrencia de voluntades entre el Estado y los particulares, o entre diferentes entidades públicas, así como el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Comercio o en el Código Civil, según el caso. En esa medida, el Legislador solo puede autorizar la creación de este tipo de sociedades. Su creación, entonces, corresponde al Gobierno central o territorial y las entidades públicas que van a participar en su constitución, tal como lo prevé la Ley 489 de 1998 citada en precedencia.

En virtud de lo anterior, es claro que la autorización que las asambleas departamentales o los concejos municipales o distritales, según el caso, pueden dar al Ejecutivo, para la creación de este tipo de entidades, no puede ser general y abstracta, porque, al ser necesaria la identificación de los bienes o recursos públicos que aportara el Estado a la sociedad que se pretende constituir, se concretan las condiciones que determinan su naturaleza y régimen jurídico aplicable.

En consecuencia, la ley o el acto que autoriza la creación de sociedades de economía mixta debe determinar de manera concreta y particular los asuntos relativos a la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, domicilio, duración, proporción del capital público y privado, el grado de



tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla; y el «estudio demostrativo» a que hace referencia la norma, debe ser elaborado y presentado junto con el proyecto de ley de ordenanza o de acuerdo en el que se proponga la creación de la entidad descentralizada por servicios, o se solicite la autorización para crearla, cuando ello resulta posible.

Descendiendo al caso concreto, considera la Sala que la autorización otorgada al alcalde no cumple a cabalidad con el requisito de autorización especial que prevé el art. 69 de la Ley 489 de 1998. Como se vio en el marco jurídico, esta facultad otorgada por el concejo municipal no puede ser general y abstracta, sino particular y concreta, es decir, debe determinar asuntos como la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, domicilio, duración, proporción del capital público y privado, y el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla. En segundo lugar, con el proyecto de acuerdo que presentó el alcalde ante el concejo municipal no se allegó el «estudio demostrativo» que señala la norma *ibidem*. El contenido sucinto que se cita en la exposición de motivos no satisface en ninguna medida las exigencias y finalidades del legislador.

En línea con lo expuesto, resalta la Sala que todas las exigencias que previó el legislador tienen la finalidad de evitar que la decisión de crear una empresa de servicios públicos domiciliarios sea el fruto del afán, la improvisación, la ligereza, la coyuntura política o el capricho del gobernante de turno, y lograr que constituya, por el contrario, una decisión debidamente planificada; concluyéndose entonces que el acto demandado no se expidió con observancia de las normas en que debió fundarse, ni contiene una motivación suficiente como la que se exige para este tipo de actos administrativos en los que se autoriza al gobierno territorial la creación de una empresa de servicios públicos domiciliarios.

- 4. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Sentencia de 02 de noviembre de 2023. **Radicado** 680813333001-2015-00337-01. **ACCIONANTE:** ALIRIO CASTRO SISA Y GLADYS SILVA GOMEZ. **ACCIONADO:** NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, ARMADA NACIONAL. M.P.: DRA CAROLINA ARIAS FERREIRA.



DESCRIPTOR

RECONOCIMIENTO PENSIÓN SOBREVIVIENTES

RESTRICTOR

Armada Nacional. Reconocimiento pensión de sobrevivientes. Aplicación del Decreto 4433 de 2004. Requisito de convivencia para el cónyuge o compañero permanente. Beneficiarios de orden legal

DECISIÓN

Revoca sentencia que niega las pretensiones de la demanda y en su lugar ordena reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de los progenitores del causante.

TESIS

La pensión de sobrevivientes ha sido desarrollada en atención a que *«La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, pues al desaparecer de forma definitiva la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, se corre el riesgo de que sus integrantes queden desamparados y en peligro para poder subsistir. Por ello, se concibió la pensión de sobrevivientes con el fin de evitar un cambio sustancial en las condiciones mínimas de vida de los beneficiarios de esta prestación»*

En ese orden de ideas, el art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el art. 1° del Acto Legislativo 1 de 2005, en materia pensional contempló:

«El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. (...)».

Aunado a lo anterior, señaló que, a partir de la vigencia de esa reforma constitucional, no habría regímenes especiales ni exceptuados del régimen general de seguridad social, *«sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública».*

Adicionalmente, el artículo 150, numeral 19, literal e), le atribuyó al Legislador la competencia para *«fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública».*



De conformidad con estas normas constitucionales, en relación con el régimen especial, la Ley 923 de 2004 definió las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debe observar para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Con fundamento en este mandato legal se expidió el Decreto 4433 de 2004 que regula:

«los derechos a las prestaciones económicas periódicas de quienes prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública que comprende la asignación de retiro, la pensión de invalidez, y su sustitución, así como la pensión de sobrevivencia».

De otro lado, el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 fijó las siguientes reglas sobre el orden de beneficiarios en el que debe ser reconocida y pagada, entre otras, la pensión de sobrevivientes:

(...)

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.»

Así mismo, en el parágrafo 2º de la norma en cita, se dispuso:

(...)

- a) *... o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;*

(...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente».



En relación con la aplicación de este régimen especial, el H. Consejo de Estado, ha señalado:

«Entre los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, permitió la creación de regímenes especiales en materia de seguridad social para atender las condiciones exclusivas de los mismos. En el caso de las Fuerzas Militares, su régimen ha sido desarrollado principalmente por la Ley 923 de 1994 y el Decreto 4433 de 2004. En este último cuerpo normativo se estableció la «sustitución de la asignación de retiro» como equivalente de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, previstas en el régimen general de pensiones».

Sobre el tema, de manera concreta, en relación con los requisitos que deben acreditarse para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de compañeros permanentes, en el régimen general, la Corte Constitucional ha señalado que:

«El recuento jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia evidencia que la interpretación pacífica y reiterada del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003), hecha por esa alta Corporación, estableció el criterio de que los cónyuges o compañeros permanentes supérstites deben demostrar su convivencia con el (la) causante, indistintamente de que este último fuera pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de este suceso. Entre las razones que ha expuesto la Corte Suprema de Justicia para exigir el requisito de convivencia a beneficiarios de pensionados y afiliados, sin distinción, se encuentra, en primer lugar, que la simple condición de pensionado no es una razón para establecer una diferencia entre los beneficiarios que integran el grupo familiar de este y del afiliado. En segundo lugar, la convivencia es un elemento indispensable para considerar que el cónyuge o compañero(a) permanente hace parte del grupo familiar del pensionado y afiliado, establecidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 como únicos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En tercer lugar, la Ley 797 de 2003 sólo modificó el tiempo exigido de convivencia con el pensionado o afiliado, mas no alteró el concepto de beneficiario de la pensión de sobrevivientes»

Finalmente, encuentra la Sala que, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, es indispensable el cumplimiento de los requisitos legales y



jurisprudencialmente establecidos, entre ellos, el requisito de acreditar la convivencia de 5 años, toda vez que de no cumplirse y reconocerse dicha prestación, se incrementaría las personas que se harían acreedoras de la pensión de sobrevivientes de forma vitalicia y el pasivo pensional aumentaría; así como se omitiría el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionada a las finanzas del Sistema General de Pensiones, lo que redundaría en la vulneración de los principios de universalidad y sostenibilidad financiera.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra probado que si bien el causante Walter Smidt Castro Silva (q.e.p.d.) y la señora Adriana Restrepo Estupiñán, ostentaron la calidad de compañeros permanentes, conforme la escritura pública No. 845 del 21 de agosto de 2013, su unión marital duró el lapso de aproximadamente 9 meses, y aunado a lo anterior, conforme el testimonio de la señora María Camila Díaz Narváez, dicho período no fue continuo, toda vez que ella también tuvo una relación sentimental con el señor Walter Smidt Castro Silva.

Así las cosas, a juicio de la Sala, la señora Adriana Restrepo Estupiñán, pese a haber declarado una unión marital de hecho con el causante, no reúne los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. Por lo que, se revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 596 del 20 de febrero de 2014, la Resolución No. 1391 del 7 de abril de 2014 y la Resolución No. 5958 del 5 de diciembre de 2014.

En este punto resulta importante recordar lo señalado en el marco normativo, pues reconocer dicha prestación a quienes no cumplen los requisitos para ello, entre otros, el de acreditar la convivencia 5 años anteriores a la muerte, afecta el sistema general de pensiones y vulnera los principios de universalidad y sostenibilidad financiera; supuestos que no fueron debidamente analizados por el a quo.

En consecuencia, de conformidad con el art. 11.4 del Decreto 4433 de 2004, que dispone el orden de los beneficiarios así: «Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante», resulta necesario ordenar a la entidad demandada, a reconocer el 100% de la pensión a favor de los señores Alirio Castro Sisa y la señora Gladys Silva Gómez, en calidad de padres del causante, 50% para cada uno, a partir de la fecha en que acreditaron la calidad



Tribunal Administrativo de Santander

Relatoría

de beneficiarios. Advirtiendo que la entidad demandada deberá descontar los dineros ya cancelados a favor de los demandantes.

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 verros en la tarea de clasificar, titular, extractar y divulgar dichos documentos.

RELATORÍA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Correo electrónico: relatribadm@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono. 6428946.
Bucaramanga, Santander