



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrada Ponente: **MARIA JOSEFINA IBARRA RODRIGUEZ**
San José de Cúcuta, veintiuno (21) de mayo de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE:	54-001-33-33-002-2013-00256-01
DEMANDANTE:	ERICKA STEPHANIE GIRALDO ÁLVAREZ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE OCAÑA
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada (fls 181 – 183) en contra de la sentencia de fecha cinco (05) de marzo del dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual accedió las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1 Síntesis del asunto

La demandante de la referencia tiene como objeto obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo Decreto N°003 del 11 de enero de 2013 proferido por el Alcalde del Municipio de Ocaña, mediante el cual declaró la insubsistencia del nombramiento como Comisaria de Familia, por consiguiente solicita que se conceda el reintegro al cargo del cual fue removida, o a otro de igual o superior jerarquía; a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene al Municipio de Ocaña al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de devengar durante el tiempo que estuviere separada del servicio.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada por el *A quo*, expuso que la naturaleza del cargo -Comisario de Familia- por disposición del Artículo 13

¹ Folios 176 al 179 del Cuaderno Principal.

de la Ley 575 de 2000 que modificó el Artículo 30 de la Ley 294 de 1996 es de carrera administrativa, en consecuencia dicho cargo está sujeto a concurso de mérito como sistema de nombramiento, regla que se enuncia en el artículo 125 de la Constitución Política.

Es así que, la accionante bajo la figura de la provisionalidad que está regulada en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 9 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005 se le permitió ejercer las funciones provistas para ese cargos de carrera administrativa de forma transitoria mientras se realizaban los trámites pertinentes por la CNSC para llenar la vacancia.

Ahora bien, el *A Quo* indicó que el acto administrativo que declaró la insubsistencia del cargo de Comisario de Familia fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (23 de septiembre de 2004), razón por al cual debió ajustarse a lo previsto en el párrafo 2º del 41 ibídem, el Decreto Reglamentario 1227 del 2005 y los pronunciamientos de las Altas Cortes, toda vez que en caso de inexistencia de motivación del acto administrativo que desvincula al funcionario en provisionalidad de un cargo de carrera conllevará a su nulidad, ya que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, el desconocimiento del deber de motivar trasgrede el derecho al debido proceso y al de la publicidad puesto que se impediría conocer la razón por la cual se decidió tal determinación.

Finalmente, el *A quo* consideró pertinente mencionar que la naturaleza de la provisionalidad le reconoce una estabilidad relativa, es decir, que poseen unas garantías mínimas, por tal razón accedió a las pretensiones de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación presentado por la Entidad Demandada - Municipio de Ocaña².

² Folios 181 a 183 del Cuaderno Principal.

Insatisfecho con la sentencia de primera instancia, el apoderado del Municipio de Ocaña interpone el recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia proferida el 05 de marzo de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a los siguientes argumentos:

La existencia de un error respecto a la naturaleza del cargo que estaba desempeñando la señora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez como Comisaria de Familia del municipio de Ocaña; el apelante manifiesta que según el manual de funciones de la entidad el cual se encuentra vigente y no ha sido objeto de control de legalidad, dicho cargo es de libre nombramiento y remoción, por tanto el retiro de la accionante fue conforme a derecho, esto significa que el acto administrativo que se expidió no necesitaba ser motivado, afirmación que sustenta con base al artículo 41 de Ley 909 de 2004³ y la sentencia SU-250 de 1998⁴ de la Corte Constitucional.

Finalmente, el apelante trae a colación un caso análogo por el cual el Consejo de Estado en sentencia del 29 de abril de 2010 confirma la sentencia del 13 de abril de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto esa corporación preponderó la facultad discrecional del nominador ya que los funcionarios provisionales al no pertenecer a la carrera administrativa, pueden ser retirados discrecionalmente en cualquier momento sin necesidad de motivar la decisión.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

³ ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) **Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;**(...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de **los empleos de carrera** de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse **mediante acto motivado.**

⁴ Corte Constitucional Sentencia de veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).M.P Alejandro Martínez Caballero "La no motivación del acto que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es una excepción al principio general de la publicidad de los actos administrativos".

Surtida la audiencia de conciliación a que hace referencia el artículo 192 del CPACA, el *A quo* procedió a conceder el recurso de apelación para que fuese del conocimiento de esta Corporación, admitiéndose el mismo, y corriéndose posteriormente traslado para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA. Dicho traslado fue descrito de la siguiente manera:

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1 De la parte accionante⁵.

El apoderado de la parte demandante reitera los mismos argumentos jurídicos que constan en la sentencia de primera instancia del 5 de marzo de 2019 por la cual se tuvo lugar la nulidad del acto administrativo demandado, en virtud de la sentencia SU-556 de 2014.

Por otra parte, solicita aclaración del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, toda vez que no precisa un mínimo y máximo de indemnización, como sí se estima en los parámetros dispuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia anteriormente mencionada, dejando campo abierto para incorrectas interpretaciones.

1.5.2. De la parte accionada

El Municipio de Ocaña guardó silencio en esta etapa procesal.

1.5.3. Del concepto del ministerio público.

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

⁵ A folios 202 al 203 del cuaderno principal.

2 CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 Competencia

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

Asimismo, se hace necesario recordar que la jurisprudencia contenciosa administrativa, al precisar el marco de competencia del Juez de segunda instancia, ha señalado que dicho marco lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se exponen en el escrito de apelación, ya que respecto de este opera tanto el principio de congruencia como el dispositivo por lo cual el Juez de segunda instancia debe ceñirse únicamente a las razones de inconformidad que se planteen contra la sentencia.

Se trae a colación lo dispuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la sentencia del 26 de noviembre del 2014⁶, con ponencia del doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera:

"La competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia. Lo anterior significa que las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la "non reformatio in pejus", introducido como precepto en el artículo 31 de la Constitución Política y consagrado por el artículo 357 del C. de P. C. y, en segundo orden, por el objeto mismo del recurso de apelación (revocar o modificar la providencia), cuyo marco está definido, a su vez, por las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia. Así, pues, al juez de segundo grado le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador, revisar temas del fallo de primer grado que son aceptados por el recurrente (bien porque omite reargüirlos en la sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con ellos), pues éstos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, fenece por completo el litigio o la controversia."

2.2 Problema jurídico

⁶Expediente 31297

De conformidad con los argumentos expuestos por el apelante único, a la Sala le corresponde determinar si ¿Se debe confirmar la sentencia la apelada por medio de la cual se resolvió declarar la nulidad del acto administrativo proferido por el Alcalde de Ocaña, en el que declaró la insubsistencia del cargo de Comisaria de Familia o si por el contrario debe revocarse al encontrarse que la accionante ocupó un cargo en provisionalidad, por lo cual su insubsistencia puede declararse sin requerir una debida motivación al no asistirle fuero de estabilidad alguno?

2.3 Tesis que resuelve el problema jurídico

2.3.1. Tesis de la parte accionante

La parte actora estima que hubo suficiente fundamento legal y jurisprudencial para concederle las pretensiones de la demanda, ya que el cargo de comisario de familia es por disposición de ley de carrera administrativa, el cual fue ocupada de forma provisional por la señora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez y por ende su forma de desvinculación del servicio fue contraria a derecho al emitírsele acto administrativo que declaró su insubsistencia sin motivación, que en consecuencia lesionó sus derechos al debido proceso y al de publicidad, de ahí que subsiste mérito para confirmar la sentencia de primera instancia.

2.3.2. Tesis de la parte accionada

El apoderado de la parte accionada considera procedente revocar la decisión de primera instancia en el entendido de que el *A quo* no observó detenidamente que la forma de vinculación de la actora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez al cargo de Comisaria de Familia fue en libre nombramiento y remoción, por lo tanto la insubsistencia de dicho cargo fue efectuada conforme a derecho en razón a que los funcionarios nombrados en esta calidad por medio de acto administrativo discrecional que no requiere motivación.

2.3.3. Tesis de la Sala

Se confirmará la sentencia apelada como quiera que los argumentos tenidos en cuenta por el *A-quo*, corresponden a los enunciados por la jurisprudencia y la ley (artículo 41º párrafo 2º de la Ley 909 de 2004 y sentencia SU-566 de 2014 proferida por el Corte Constitucional). Así mismo, se considera que los postulados propuestos por recurrente no prueban suficientemente su postura, dado que solo enuncia un manual de funciones de la entidad sin ser aportado o identificado, también hace mención de un texto jurisprudencial ambiguo, que en la actualidad no profiere efecto toda vez que con la expedición de la sentencia del SU-556 de 2014 la Corte Constitucional, desarrolló criterios en los escenarios en que las entidades declararen la insubsistencia sin motivación del acto de retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

2.4. Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala

2.4.1. Hechos relevantes probados

HECHO PROBADOS	PRUEBA
La señora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez inició sus labores como Comisaria de Familia del municipio de Ocaña mediante Decreto N°17 del 02 de enero de 2012 y Acta de Posesión de la misma fecha.	Decreto N°017 y Acta de Posesión de fecha del 02 de enero de 2012 (fl. 38 y 39 del expediente).
Consta que la señora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez laboró desde el 02 de enero de 2012 hasta el 11 de enero de 2013.	Constancia laboral proferida por la alcaldía del municipio de Ocaña (fl 40 del expediente.).
Decreto N°003 del 11 de enero de 2013 que declaró la insubsistencia de la señora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez.	Decreto N°003 de fecha del 11 de enero de 2013 (fl.37 del expediente)
Resolución N°109 del 15 de abril de 2013 que ordenó que a la señora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez se le pagaran las prestaciones sociales teniendo en cuenta que el salario que se encontraba devengado era de	Resolución N°109 del 15 de abril de 2013 (fl.126 y 127 del expediente)

\$ 1.755.357 pesos y por tanto su liquidación total fue de \$ 1.962.587 pesos.	
Se manifiesta que la señora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez cumplió con los requisitos que eran exigibles para el desempeño del cargo.	Hoja de vida de la señora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez (fl.142-151 del expediente)
El Decreto N° 311 del 29 de diciembre de 2008 especifica las funciones y características de identificación del cargo de Comisario de Familia.	Decreto N° 311 del 29 de diciembre de 2008 (fl. 152 y 153 del expediente)
El Decreto N° 097 de 22 de mayo de 2013 por el cual ajusta el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal globalizada del municipio de Ocaña.	El Decreto N° 097 de 22 de mayo de 2013 (fl. 154 y 155)

2.4.2. Algunas precisiones normativas sobre el nombramiento en provisionalidad.

Dentro del marco del ordenamiento jurídico Colombiano existen diversas previsiones respecto de la figura de la provisionalidad y del retiro de empleados que ocuparon cargos de carrera administrativa de manera provisional, para lo cual se trae a colación las siguientes normas:

I) Ley 909 de 2004

Conforme a esta ley se regula el sistema de empleo público para las entidades de la rama ejecutiva de nivel Nacional y sus entes descentralizados, estableciendo que de acuerdo con lo constitucionalizado y el desarrollo legal sobre la materia, hará parte de la función pública los siguientes empleos públicos: el empleos públicos de carrera administrativa como regla general para los organismos y entidades públicas que se encuentre regulados por la presente ley y como medios de vinculación excepcional los de libre nombramiento y remoción, período fijo, elección popular y empleos temporales; teniendo en cuenta que se tendrán tratamientos diferentes.

En cuanto a la provisionalidad en cargos de carrera administrativo dispone la ley:

"ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."

"ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;(…)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. (Subraya por la Sala)

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado."

II) Decreto Reglamentario 1227 de 2005

El presente Decreto tiene como fin reglamentar parcialmente lo dispuesto en la ley 909 de 2004, ahora bien, respecto a la provisionalidad orienta:

"ARTÍCULO 9°. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto.

mediante acto administrativo expedido por el nominador.”(Subrayado por la Sala)

Conforme lo anterior, el presente decreto indica sobre la desvinculación de los empleados en provisionalidad:

*"ARTÍCULO 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, **por resolución motivada**, podrá darlos por terminados."*(Subrayado por la Sala)

2.4.3. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación 556 del 24 de julio de 2014 proferida por la Corte Constitucional

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Corte Constitucional, se ha pronunciado al respecto:

"Excepcionalmente, los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad. Dicha figura busca responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia[37]. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal.

3.5.5. Por tanto, se entiende que al nombrarse a alguien en provisionalidad en un cargo de carrera, se hace con base en consideraciones técnicas y de mérito que determinan la calidad de la persona para cumplir con determinada función pública.

3.5.6. Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera,

debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe "atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo[38]."[39] En concordancia con lo anterior, el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

3.5.7. Ahora bien, dada la anterior exigencia, se considera que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo[40]. El desconocimiento del deber de motivar el acto es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación."

En conclusión, de las normas y lineamientos jurisprudenciales anteriormente señalados se evidencia la exigencia de motivar los actos por medio de los cuales se declare la insubsistencia de aquellos provisionales que se encuentren en un cargo de carrera.

2.5. Caso en concreto.

En análisis del asunto sobre si a la accionante en cargo de provisionalidad le asiste o no fuero de estabilidad alguna, y su insubsistencia puede declararse sin requerir una debida motivación, la Sala en ejercicio de su competencia examinará lo siguiente:

2.5.1. De la naturaleza jurídica del cargo de Comisario de Familia

En estudio del caso se tiene como hecho jurídicamente probado que la actora fue nombrada mediante Decreto N° 017 de fecha del 02 de enero de 2012 para el cargo de Comisaria de Familia de carrera administrativa

en provisionalidad, esto por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de Ley 575 del 2000, que modificó el artículo 30 de la Ley 294 de 1996 se designó la naturaleza del cargo como uno de carácter técnico propio de carrera administrativa, sobre esto la Sala hace análisis del contexto normativo que define la naturaleza jurídica del cargo de comisario de familia, en especificidad del control constitucional realizado al artículo 297 del Decreto 2737 de 1989⁷ mediante Sentencia C-406 de 1997⁸, donde la Corte hizo escrutinio del régimen constitucional del empleo de carrera administrativa de sus principios y excepciones para el estudio de la naturaleza del cargo de comisario de familia fijando las siguientes observaciones:

"(...) los servidores públicos, como regla general, se sujetan al régimen de carrera administrativa, lo cual no obsta para que el legislador establezca excepciones (C.P., artículo 125) o diseñe regímenes especiales de carrera (C.P., artículo 130). Sin embargo, lo anterior no significa que la ley pueda desconocer el principio general contenido en el artículo 125 de la Constitución Política, ni los principios sustantivos o los derechos fundamentales que tal principio busca potenciar. Por el contrario, el legislador está obligado a aplicar, en primer lugar, el régimen de carrera administrativa a los servidores públicos. Si llegare a apartarse de este último, al establecer una excepción al mismo o al consagrar un régimen especial, está en la obligación de aportar una razón suficiente y proporcionada que justifique el no recurso al régimen general [2].

Dentro de las excepciones al régimen ordinario de carrera administrativa que contempla el artículo 125 del Estatuto Superior, se encuentran los empleos de libre nombramiento y remoción, cuya consagración sólo procede cuando exista una justificación objetiva y razonable que sustente la exclusión de un determinado cargo del sistema general de carrera administrativa [3]. A juicio de esta Corporación, existe una razón suficiente para establecer un empleo de libre nombramiento y remoción en dos eventos[4]: (1) cuando el cargo tenga adscritas funciones de gobierno, esto es, tareas de manejo y de conducción institucional por medio de las cuales se adopten políticas o directrices fundamentales; y, (2) cuando las funciones asignadas a un determinado empleo requieran, para su cumplimiento, de un grado de confianza objetiva o subjetiva mayor del que se exige a cualquier servidor público, lo cual equivale a la exigencia de una confianza plena y total del nominador respecto del funcionario.(...)

(...) puede afirmarse que el elenco de funciones que, en virtud del artículo 299 del Decreto-Ley 2737 de 1989, corresponde cumplir a los comisarios

⁷ ARTÍCULO 297. Las comisarías permanentes de familia, hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y estarán a cargo de un Comisario de Familia designado por el Alcalde Mayor en el caso del Distrito Especial de Bogotá o por el respectivo Alcalde en los demás municipios del país, con el **carácter de empleado público de libre nombramiento y remoción.**

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-406 de veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

de familia tiende a la preservación de la tranquilidad pública y propende la convivencia social, toda vez que están dirigidas a la sanción y prevención de aquellos actos que atenten contra la integridad de los menores de edad y del núcleo familiar. Por lo tanto, se concluye que los comisarios de familia cumplen funciones administrativas de carácter policivo. (...)

(...) un estudio de las funciones de los comisarios de familia desde su aspecto subjetivo, esto es, a partir de las circunstancias específicas en que el empleado las lleva a cabo, tampoco arroja como resultado la necesidad de que entre alcalde y comisario exista un grado superlativo de confianza. En efecto, la Corte no encuentra que la situación específica en que los comisarios desempeñan sus funciones implique algún riesgo o peligro particular o alguna circunstancia especial que determine que esa situación sea distinta de la de otros servidores públicos cuyos cargos están adscritos al régimen de carrera administrativa."

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión "*con el carácter de empleado de libre nombramiento y remoción*" contenida en el artículo 297 del Decreto-Ley 2737 de 1989, en consecuencia se expidió la Ley 294 de 1996, posteriormente modificada por la Ley 575 del 2000, donde estima que los Comisarios de Familia son de carrera administrativa, por ende el apelante no puede pretender cambiar la naturaleza del cargo cuando existe razón de ley que la legitima como empleo de carrera, siendo así afirmado en la Sentencia SU-556 del 24 de julio de 2014.

2.5.2. De la declaración de insubsistencia a los empleados en provisionalidad y cargos de libre nombramiento y remoción.

En cuanto la declaración de insubsistencia a los empleados públicos que se hayan vinculado bajo nombramiento en provisionalidad o en libre nombramiento y remoción, el apelante se respalda en la postura de vieja data del Consejo de Estado en sentencia del 29 de abril de 2010⁹ que dispuso:

"(...) En sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso 1834-01, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, la Sección Segunda unificó su criterio, en el sentido de señalar que los funcionarios provisionales al no pertenecer

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección A. Sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010), Radicado N°76001-23-31-000-2004-01137-01(2075-07) C.P Luis Rafael Vergara Quintero.

a la carrera administrativa, pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión.

Tal orientación obedece a que, tanto el acto por cual se retira del servicio por insubsistencia a un empleado de libre nombramiento y remoción, como el que desempeña un cargo en provisionalidad, son de la misma naturaleza, es decir, se presume que son expedidos en aras del buen servicio público, presunción que es susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional, aduciendo y probando el interesado, que el motivo determinante en su desvinculación es diferente al buen servicio público.

No obstante, con posterioridad en sentencia T-254 de 2006¹⁰ la Corte Constitucional y otras adyacente, advierten que no puede darse a un funcionario que este nombrado en provisionalidad la misma calidad o tratamiento a uno de libre nombramiento y remoción en términos de la no necesidad de motivación del acto administrativo a la hora de su desvinculación, esto por cuanto:

"(...) (i) los funcionarios que ocupan cargos de carrera siendo nombrados en provisionalidad no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción. Lo anterior puesto que los últimos cargos –taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva o in tuitu personae y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo; (ii) la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa; (iii) tal necesidad de motivación cesa, únicamente, cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión. (...)"

En vista de lo anterior, la Sala considera que es inadmisibles tomar como respaldo jurisprudencial del planteamiento expuesto por el apelante, la sentencia del Consejo de Estado del 29 de abril de 2010 para revocar el fallo de primera instancia, toda vez que la posición de las Altas Cortes se han direccionado a la postura constitucionalista y garantista que se encuentra compilada en la Sentencia SU 556 del 2014.

2.5.3. Del Restablecimiento del derecho

¹⁰ Corte Constitucional. sentencia T-254 del treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006). M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

Frete al restablecimiento del derecho, una de las obligaciones constitutivas de esta figura es su carácter indemnizatorio respecto a los salarios y prestaciones dejados de percibir por ocasión de la insubsistencia del cargo, la Sentencia SU -556 de 2014 señala como regla jurisprudencial que se pagará el equivalente a los salarios y prestaciones hasta el momento de la sentencia, descontándose los meses en que haya percibido honorarios por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, esto sin que la suma indemnizable sea inferior a seis (6) meses ni que exceda los veinticuatro (24) meses de salario .

En concordancia con lo anterior, el *A quo* ordenó a título de restablecimiento del derecho al municipio de Ocaña reconocer y pagar a la señora Ericka Stephanie Giraldo Álvarez la suma equivalente a 24 meses de salarios y prestaciones sociales, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar, lo anterior con previa deducción por concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, que haya percibido la demandante durante el tiempo en que permaneció separada del servicio.

Ahora bien, la Sala considera claro que en la sentencia de primera instancia el Juez de Instancia consideró procedente fijar como suma a pagar por indemnización el valor de máximo de lo permitido conforme a lo establecido en la sentencia SU – 556-2014, esto es 24 meses de salario, es decir no le dejó a disposición de la entidad demandada que señalara el monto entre el mínimo y máximo.

2.6. Conclusiones

La Sala concluye que se debe confirmar en su totalidad la sentencia de primera instancia de fecha 05 de marzo del 2019, toda vez que no existe solidez probatoria en los argumentos expuestos en el escrito de apelación interpuesto por la parte demandada, pues en primer lugar, sobre la naturaleza del cargo de Comisario de Familia es por disposición de ley que éste sea de carrera administrativa como consecuencia del control constitucional realizado en Sentencia C- 406 de 1997, y en segundo lugar,

respecto a la tesis planteada por el recurrente consistente en hacer aplicación a la sentencia del Consejo de Estado de fecha 29 de abril de 2010 no acaece efecto alguno dado que en sentencia T-254 de 2006 de la Corte Constitucional y otras adyacente concretizan que no puede atribuírsele la misma calidad o tratamiento en término de desvinculación a los funcionarios en provisionalidad como si fuera uno de libre nombramiento y remoción, en el entendido que el primero no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo, mientras que el segundo implica una relación subjetiva o *in tuitu personae* y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha cinco (05) de marzo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Segunda Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

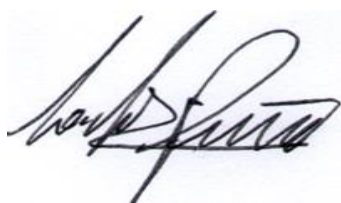
SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
(La anterior providencia fue aprobada en Sala de Decisión de la fecha)



MARIA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
MAGISTRADA



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
MAGISTRADO



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
MAGISTRADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, veintiuno (21) de mayo del dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **MARÍA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ**

EXPEDIENTE:	54-001-33-40-007-2016-00253-01
DEMANDANTE:	CRISTHIAM ALEXANDER CABALLERO DUARTE Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

Procede a conocer el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1 Hechos¹

Adujo el apoderado de la parte demandante, que el señor Cristhiam Alexander Caballero Duarte fue incorporado como auxiliar de policía, siendo asignado a la estación de policía "Refinerías" de Tibú, Norte de Santander.

En el mismo sentido, indicó que, el día 3 de septiembre de 2014, el señor Cristhiam Alexander Caballero Duarte, fue víctima de un atentado terrorista por parte de las milicias urbanas de la ONT-FARC, resultado lesionado con un golpe contundente en la cabeza.

¹ Ver folios 13 - 14 del C. ppal. No. 1.

Asimismo, informó que, el día 3 de octubre de 2014, el comandante de Policía de Norte de Santander, dio apertura al informativo administrativo prestacional por lesiones, el cual calificó los hechos anteriores como enfermedad profesional y/o accidente de trabajo. Además, al referido se le practicó una junta médica laboral, la cual determinó una pérdida de la capacidad laboral del 45.74% (sic).

Por último, expresó que por los hechos que fueron mencionados con anterioridad se adelanta investigación penal por parte de la Fiscalía 8 Especializada de Cúcuta.

1.2. LA SENTENCIA APELADA²

El Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, profirió sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019), en la que planteó como problema jurídico el siguiente: *¿Determinar si se debe declarar a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios invocados por los demandantes, como consecuencia de lesiones sufridas por el joven auxiliar de policía CRISTHAM ALEXANDER CABALLERO DUARTE y la pérdida de la capacidad laboral del 37.63% mientras estaba vinculado a la entidad demandada tras la prestación de su servicio militar obligatorio, en hechos ocurridos el día 03 de septiembre del año 2014 en el Municipio de Tibú – Norte de Santander, o si por el contrario, como lo sostiene la entidad demandada, no hay lugar a declarar la responsabilidad por haberse configurado la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de un tercero, pues fue éste quien causó el hecho dañoso?*

Para dar respuesta al anterior problema jurídico, y posterior al análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial del Estado, el *A quo*, señaló que se encuentra acreditado el daño consistente en las lesiones sufridas por parte del joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte, las cuales determinaron una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 37.63%, que el daño es imputable a la

² Ver folios 276 - 288 del C. ppal. No 1.

parte demandada, toda vez que, en principio, el joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte estaba dando cumplimiento a una orden impartida por el superior encargado de la estación de policía. Asimismo, la orden expresa no correspondía a las funciones establecidas a los conscriptos que prestan servicio militar obligatorio, lo que evidencia que no hubo planificación de la orden impuesta, no hubo la previsión necesaria para impedir los hechos, teniéndose en cuenta que es de conocimiento que en la zona de Tibú militan varios frentes guerrilleros que operan en forma muy activa. En el mismo sentido, los auxiliares de policía no llevaban consigo un arma de dotación que les permitiese reaccionar de forma rápida ante cualquier ataque inesperado y no se movilizó un escuadrón de refuerzo para la orden encomendada, considerando que no era una actividad legítima dentro de las funciones atribuidas al servicio militar obligatorio.

Adicionalmente, el *A quo* encontró probado lo relacionado con: 1) el periodo en el que el joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte prestó el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, iniciando el 22 de junio del 2013 y finalizando el 22 de diciembre de 2014, 2) las lesiones ocasionadas al joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte, el día 3 de septiembre de 2014, 3) que la lesión sufrida por el joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte fue calificada como consecuencia de combate o en accidente relacionado con el mismo y, 4) que la disminución de la pérdida de capacidad laboral del joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte es de 37.63%.

Concluye el *A quo*, accediendo a las pretensiones de la demanda por encontrar acreditados los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, reconociendo daños morales, daño material en modalidad de lucro cesante y, por último, daño a la salud.

1.3. DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LA PARTE DEMANDADA

Mediante apoderado judicial debidamente constituido, la parte demandada, apeló³ la sentencia de primera instancia, solicitando que la misma sea revocada en su totalidad, con base en los siguientes argumentos:

1) En primer lugar, la lesión del Auxiliar de Policía Cristhiam Alexander Caballero Duarte no fue ocasionada por situaciones riesgosas, sino que fueron producto del servicio militar obligatorio, el cual se encontraba prestando para la ocurrencia de los hechos.

2) Asimismo, las lesiones o el fallecimiento de un integrante de la Policía Nacional, sin que se haya determinado una falla particularmente grave de la Administración, solo posibilita a las indemnizaciones contenidas en el Decreto 1796 de 2000, régimen por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones de los miembros de la Fuerza Pública.

3) El *A quo* no tuvo en cuenta que la disminución de la capacidad laboral del demandante equivale a una indemnización por parte de la Policía Nacional a favor de la víctima, lo que ocasionaría un doble pago con la sentencia que está siendo apelada.

4) Existe el eximente de responsabilidad de hecho exclusivo y determinante de un tercero, toda vez que quien causó las lesiones a la víctima fue un tercero totalmente ajeno a la Institución.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

2.1 De la parte demandada

En esta etapa procesal, la parte actora en su escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia⁴ solicitó sea revocada la sentencia

³ Ver fl. 292-297 del C. ppal. No 1.

⁴ Ver fl. 333 - 338 del C. ppal. No. 1.

proferida por el *A quo*, reiterando los argumentos del recurso de apelación.

2.2. Del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público no presentó concepto de fondo en esta etapa procesal.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia de este Tribunal para conocer del presente asunto en segunda instancia

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

3.2. Asunto previo

Antes de entrar al fondo del asunto, debe la Sala resolver primero, si hay lugar a revocar, confirmar o modificar la sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019), por medio de la cual el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta accedió a las pretensiones de la demanda, de conformidad con los cargos elevados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

El apoderado de la parte demandada, solicita que se revoque totalmente la sentencia de primera instancia considerando que se configura el eximente de responsabilidad de hecho exclusivo y determinante de un tercero, toda vez que el Auxiliar de Policía Cristhiam Alexander Caballero Duarte fue lesionado debido a un tercero ajeno a la Policía Nacional.

Asimismo, el apoderado expresa que las lesiones sufridas por el anteriormente referido no fueron ocasionadas por situaciones riesgosas, sino que fueron producto del servicio militar obligatorio.

3.3. Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico que debe resolver la Sala es el siguiente:

¿Les asiste razón al apoderado de la Policía Nacional, quien solicita en su recurso de apelación que sea revocada la sentencia de primera instancia, argumentando, principalmente, que en el presente asunto se configura la causal eximente de responsabilidad llamada hecho de un tercero o si por el contrario confirmar la demanda por estar ajustada a derecho?

3.4 Tesis de la Sala

Este Tribunal, luego del análisis de los argumentos expuestos por el *A quo* en la sentencia de primera instancia, los expuesto por el apoderado de la parte demandada en su recurso de apelación, así como las pruebas obrantes en el expediente y la jurisprudencia aplicable al caso concreto, llega a la conclusión que en el presente asunto deberá mantenerse la sentencia de condena patrimonial en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

Lo anterior, por cuanto la Sala encuentra demostrado que el daño antijurídico que se materializó con las lesiones sufridas por parte del Auxiliar de Policía Cristhiam Alexander Caballero Duarte, en hechos ocurridos el 3 de septiembre de 2014, en el municipio de Tibú (Norte de Santander), tuvo su causa eficiente en una falla del servicio por parte de la entidad demandada, por cuanto no se tuvo el apoyo ni los refuerzos de la Policía Nacional al momento de los disturbios, toda vez que el escuadrón de apoyo llegó cuando los integrantes de las FARC habían huido, asimismo, el ataque era previsible, teniendo en cuenta que es de conocimiento que el municipio de Tibú es una zona de peligro, tal como pasa a explicarse.

4. ARGUMENTOS QUE DESARROLLAN LA TESIS DE LA SALA

4.1. En el presente caso se encuentran acreditados los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

En primer lugar, es preciso traer a colación el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual contiene la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado⁵:

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

A partir de lo prescrito en anterior disposición constitucional, destaca la Sala que, los elementos que configuran la responsabilidad estatal son (i) el *daño antijurídico* y (ii) la *imputación* del mismo a la administración.

A continuación, pasa a verificarse la comprobación de cada uno de ellos:

4.1.1. Daño antijurídico

En primer lugar, debe indicar la Sala que este primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado es un concepto compuesto por dos figuras diferentes: el daño en su sentido fenomenológico y la antijuridicidad del mismo, que en un sentido jurídico es el que abre campo a la reparación propia de los juicios de responsabilidad extracontractual.

En cuanto al daño, en su sentido fenomenológico, debe entenderse como "toda alteración negativa de una situación que antes resultaba favorable a una persona"⁶, concepto que en principio carece de

⁵ De conformidad con la sentencia C-333 de 1996, "...el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual."

⁶ De Cupis, Adriano "Responsabilidad civil y relación de causalidad"

relevancia jurídica como factor determinante en términos de responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, para que la figura del daño en su sentido fenomenológico resulte reparable, debe ir revestida por el concepto de antijuridicidad.

Sobre la antijuridicidad del daño, ha sostenido el Consejo de Estado que debe entenderse en dos esferas diferentes como son:

“a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁷; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”⁸; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁰”. (Negrillas son de la Sala)

Así, se puede hacer una aproximación al concepto del daño antijurídico, en el sentido de comprender éste como aquella alteración negativa a los intereses lícitos de una persona, quien no se encuentra en la obligación jurídica de soportarlo.

Descendiendo al caso concreto, esta Sala encuentra demostrado el daño – en su sentido fenomenológico – con la Copia del Informativo Administrativo Prestacional por Lesión No. 051 del 3 de octubre de 2014, obrante a folios 94 y 95 del Cuaderno Principal No. 1.

Por lo que, una vez establecida la ocurrencia del daño en su sentido fenomenológico, la Sala encuentra igualmente demostrada la

⁷ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁸ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁹ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “como repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

¹⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

antijuridicidad del mismo, pues como se expondrá más adelante, el Auxiliar de Policía Cristhiam Alexander Caballero Duarte no estaba obligado jurídicamente a soportar las lesiones que sufrió al ser atacado por miembros de las FARC, toda vez que la víctima se encontraba en la prestación del servicio militar obligatorio, y la entidad demandada se encontraba en posición de garante, por lo que su obligación era velar por la seguridad del conscripto.

Dicho esto, la Sala encuentra satisfecho el primer elemento estructural de la responsabilidad patrimonial del Estado, como lo es el daño antijurídico, razón por la cual debe determinar ahora si el mismo es imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

4.1.2. Imputación

El segundo elemento estructural de la responsabilidad del Estado lo constituye *la imputación*. En términos genéricos, la imputación no es otra cosa más que la atribución jurídica de un daño al Estado.

La jurisprudencia ha establecido que el concepto de la imputación implica analizar dos esferas: i) *la imputación fáctica* y, ii) *la imputación jurídica*, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico, que opera conforme a los distintos fundamentos jurídicos de imputación ya consolidados por el Consejo de Estado, estos son, la falla o falta en la prestación del servicio, simple, presunta y probada; daño especial – desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal – y el riesgo excepcional.

➤ **De la imputación fáctica**

En este punto, la Sala destaca que en el expediente se encuentran acreditados los siguientes hechos jurídicamente relevantes para esta instancia:

- Que el núcleo familiar del joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte se encuentra conformado de la siguiente manera:

Nombre	Calidad	Folio
María Angélica Duarte Fuentes	Madre	33
Pedro Antonio Caballero Vargas	Padre	33
Brayan Herney Hernández Duarte	Hermano	37
Mateo Steven Caballero Monoga	Hermano	38
Daniel Andrés Caballero Monoga	Hermano	36
Osver Sebastián Hernández Duarte	Hermano	39
Cecilia Fuentes Murillo	Abuela	35
José Diego Duarte Maldonado	Abuelo	35
Hilda Rosa Vargas de Caballero	Abuela	34
Pedro Jesús Caballero Espitia	Abuelo	34

- Que el joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte prestó su servicio militar obligatorio desde el 22 de junio de 2013 hasta el 22 de diciembre de 2014, en la Policía Nacional como Auxiliar de Policía Bachiller. (Folio 148 del Cuaderno Principal No. 1)
- Que el día 3 de septiembre de 2014, mientras el Auxiliar de Policía Cristhiam Alexander Caballero Duarte se encontraba realizando un trasteo de enseres del señor Patrullero Fabián Suescun Nipes, en el casco urbano del municipio de Tibú, fue atacado con arma de fuego por miembros de las FARC, ocasionándole lesiones en múltiples partes del cuerpo. Lo anterior se encuentra acreditado mediante Copia del Informativo Administrativo Prestacional por Lesión No. 051, del 3 de octubre de 2014. (Folios 94-95 del Cuaderno Principal No. 1)
- Que inicialmente se le calificó la lesión sufrida al Auxiliar de Policía Cristhiam Caballero Duarte conforme al Decreto 1796 del año 2000, artículo 24 literal "B" "En el servicio por causa y razón del mismo, es decir enfermedad profesional y/o accidente de trabajo". Lo anterior consta mediante Copia del Informativo Administrativo Prestacional por Lesión No. 051, del 3 de octubre de 2014. (Folios 94-95 del Cuaderno Principal No. 1)

- Mediante derecho de petición, el Auxiliar de Policía a través de apoderado solicitó la modificación de la calificación considerando que debió ser calificado conforme el literal "C" del artículo 24 del Decreto 1796 del año 2000, esto es, "En servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional." Lo anterior se acredita mediante derecho de petición con fecha del 1 de diciembre de 2014. (Folios 90-101 del Cuaderno Principal No. 1)
- Que mediante Resolución No. 00463 del 24 de noviembre del año 2014 fue licenciado el Auxiliar de Policía Cristhiam Alexander Caballero Duarte adscrito al Departamento de Policía de Norte de Santander. (Folios 149-151 del Cuaderno Principal No. 1)
- Que mediante el oficio de fecha 26 de febrero del año 2016 el Director General de la Policía Nacional, modificó la calificación proferida en el informe administrativo por lesiones No. 051 de 2014, y consideró que las circunstancias en las que resultó lesionado el Auxiliar de Policía Cristhiam Alexander Caballero Duarte se presentaron conforme lo dispone el literal c del artículo 24 del Decreto 1796 de 2000, es decir, *"En el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional."* Lo anterior se acredita mediante Oficio con fecha del 26 de febrero de 2016, emitido por la Policía Nacional. (Folios 110-111 del Cuaderno Principal No. 1)
- Que el día 26 de abril del año 2016 se le realizó al Auxiliar de la Policía Cristhiam Alexander Caballero Duarte, la Junta Médico Laboral en la que se consideró que presentaba una disminución de la capacidad laboral total del 45.74%. (Folios 140-143 del Cuaderno Principal No. 1)
- Que se solicitó convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar de Policía para que revisara la pérdida de capacidad

laboral otorgada por la Junta Médico Laboral. (Folios 176 del Cuaderno Principal No. 1)

- Que el día 26 de septiembre del año 2017 se le realizó al Auxiliar de la Policía Cristian Alexander Caballero Duarte, Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M17-2-36 – TML 17-3-069-MDNSG-TML-41.1, en la que se consideró que la disminución de la capacidad laboral total es de 37.63%. (Folios 231-236 del Cuaderno Principal No. 1)

➤ **De la imputación jurídica**

Casos como el presente, donde se pretende la indemnización de perjuicios por las lesiones sufridas a quien presta un servicio militar obligatorio, deben estudiarse bajo el fundamento jurídico de imputación subjetivo de la falla en el servicio. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

"La Sala reitera la diferencia que existe entre el vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados conscriptos y la relación que surge para con los soldados voluntarios o profesionales; en los primeros -soldados conscriptos- el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas, el cual no detenta carácter laboral alguno.

(...)

A diferencia de los soldados profesionales, que ingresan en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que gozan de una protección integral de carácter salarial y prestacional, los soldados conscriptos se ven impelidos a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado.

Así pues, los conscriptos no gozan de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se les somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo les reconoce algunas "prestaciones", las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen a for fait previsto por la ley para los soldados profesionales.

(...) además, no debe perderse de vista que, en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa

que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública."¹¹. (Negrillas de la Sala)

Pues bien, circunscribiéndonos al caso concreto, si bien es cierto los daños antijurídicos que se materializaron con las lesiones sufridas por el Auxiliar de Policía Cristhiam Alexander Caballero Duarte, fueron cometidas por terceros, no es menos cierto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que las mismas resultan atribuibles al Estado, teniendo en cuenta que los daños se causaron en la prestación del servicio militar obligatorio y con ocasión del mismo. En ese sentido, se debe considerar que la entidad demandada omitió actuar de manera diligente en la implementación de los deberes y medidas de seguridad.

Para fundamentar lo anterior, la Sala trae a colación la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, mediante la cual ha establecido los casos en los cuales el Estado ve comprometida su responsabilidad por los daños ocasionados a conscriptos, teniendo en cuenta que esos daños se causan en la prestación del servicio militar obligatorio y con ocasión del mismo.

✓ Mediante Sentencia del 15 de octubre de 2008 del expediente No. 18586, indicó la Sección Tercera con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, que:

*"Se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, **el Estado entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.** En cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio. No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles -por acción u omisión- a la administración pública. Se*

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de septiembre de 2013, Exp. 29088, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.” (Negrillas de la Sala)

✓ Mediante Sentencia del 16 de agosto de 2012 con expediente No. 21964, la Sección Tercera con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, estableció que:

“Debe precisarse que, en tratándose de las lesiones o el homicidio de que puedan ser víctimas los soldados que presten servicio militar obligatorio por razón de la acción ejecutada por sujetos ajenos a la Fuerza Pública o por el mismo Estado, en principio no tendrá cabida la causal de exoneración de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero, habida consideración del carácter particular de la relación de especial sujeción, la cual implica que el Estado debe respetar y garantizar por completo la vida e integridad del soldado obligado a prestar servicio militar respecto de los daños que pudieren producir, precisamente, terceros particulares o incluso del propio personal oficial.

Se impone concluir que la imputación de responsabilidad a la entidad pública demandada en el presente asunto debe realizarse con base en el título de falla del servicio, toda vez que se encuentra acreditado el comportamiento negligente y descuidado de la entidad demandada en cuanto a la atención del deber de protección y seguridad que ha de brindar a sus funcionarios para el momento del hecho dañoso demandado, más aún en tratándose de un soldado impelido a prestar servicio militar, cuya voluntad se encuentra sometida por la Administración Pública y, por lo tanto, no tiene una libre elección en la prestación, o no, del deber impuesto.”

4.2. En el presente asunto no se configura el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad de la entidad demandada

Tal como se indicó en el asunto a resolver, el recurrente solicita que se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que las lesiones sufridas por Cristhiam Alexander Caballero Duarte, obedecieron al actuar de miembros de grupos al margen de la ley, lo cual, en su decir, configura el eximente de responsabilidad conocido como el hecho de un tercero.

En este punto, reitera la Sala que no le asiste razón a la entidad accionada en su recurso de apelación, por cuanto en el presente asunto no se reúnen los requisitos que configuran el hecho de un tercero que permita eximir de responsabilidad patrimonial.

Sobre el hecho exclusivo de un tercero como eximente de responsabilidad, ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado:

✓ En sentencia del 18 de marzo de 2010¹², con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, se indicó que:

"Será causa extraña que exonere de responsabilidad a la entidad demanda, cuando reúna los siguientes requisitos: (...)

*(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque **si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado.** (iii) **Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso.** (Negrillas de la Sala).*

✓ Luego, en sentencia del 13 de febrero de 2013¹³, se reiteró que los requisitos para la configuración del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad estatal son:

*"(...) (ii) **Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado.***

*(iii) **Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso.** (Negrillas de la Sala).*

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 18 de 2010, Exp. 19287, CP.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de febrero de 2013, expediente 18148.

De lo transcrito anteriormente y con base en las pruebas obrantes en el expediente, considera la Sala que en el *sub judice* no hay lugar a declarar probado el *hecho de un tercero*, pues tal como se aprecia, el hecho dañino que generó el daño antijurídico sufrido por los accionantes no sólo tuvo su causa eficiente en el actuar de los miembros de los grupos al margen de la ley, si no además, en la *falla en el servicio por omisión* en que incurrió la entidad demandada.

Por lo tanto, establecido que el daño antijurídico es atribuible a la accionada por una falla en el servicio, se tiene que ello excluye *per se* la configuración del *hecho de un tercero* como eximente de responsabilidad.

Con fundamento en todo lo anterior, es claro que en este caso el daño antijurídico alegado por la parte actora resulta imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por falla del servicio por omisión, toda vez que la entidad demandada no fue diligente al momento de implementar las medidas de seguridad para evitar el resultado dañoso, por lo que no le queda a la Sala otro camino más que confirmar la sentencia recurrida.

4.3. Sobre el doble pago indemnizatorio que argumenta la Policía Nacional

En un primer momento, es preciso destacar que el joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte se encontraba prestando el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, motivo por el cual no existía un vínculo laboral. En ese sentido, el Consejo de Estado ha destacado lo siguiente:

"Esta Colegiatura estima necesario precisar que el vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados que prestan servicio militar obligatorio, y que surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, no tiene carácter laboral alguno. Por tanto, el soldado que presta servicio militar obligatorio se ve impelido a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado. El soldado que presta el servicio militar obligatorio no goza de protección laboral predeterminada

*frente a los riesgos a los cuales se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo le reconoce algunas "prestaciones", las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales."*¹⁴

Ahora bien, el apoderado de la parte demandada argumenta que la disminución de la capacidad laboral del demandante equivale a una indemnización por parte de la Policía Nacional a favor de la víctima, en ese sentido, existiría un doble pago con relación a la presente sentencia que es objeto de estudio. En el mismo sentido, expresa que las lesiones sufridas por un integrante de la Policía Nacional, sin que se determine una falla particularmente grave de la Administración, solo posibilita las indemnizaciones contenidas en el Decreto 1796 de 2000.

Al respecto, la Sala recalca que en el presente caso se configuró la falla en el servicio, toda vez que el Estado debió garantizar la integridad psicofísica del joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte, teniendo en cuenta que se encontraba sometido a su custodia y cuidado. En ese sentido, en palabras del apoderado de la parte demandada, eso constituye una falla particularmente grave de la Administración, motivo por el cual el daño debe ser reparado.

Por otro lado, respecto al Decreto 1796 de 2000 - por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares-, se destaca el artículo 39, el cual expresa lo siguiente:

"Artículo 39. Liquidación de pensión de invalidez del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio y para los soldados profesionales. Cuando el personal de que trata el presente artículo adquiera una incapacidad durante el servicio que implique **una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad laboral**, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 2019, Exp. 45894, CP.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

expida el Gobierno Nacional para el efecto (...)" (Subrayado fuera de texto)

Es preciso señalar que la pérdida de la capacidad laboral del joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte fue de 37.63% (folios 231-236 del Cuaderno Principal No. 1) y, el artículo referido señala que debe existir una pérdida igual o superior al 75% de la capacidad laboral, lo cual no aplicaría en el presente caso. En ese sentido, no existiría un doble pago de indemnización, tal como lo argumenta el apoderado de la Policía Nacional.

Ahora bien, la doctrina francesa ha dado lugar a algo llamado indemnización a forfait, pero la misma está dirigida al personal que se vincula de manera voluntaria, es decir, Soldados Voluntarios, Soldados Profesionales, Suboficiales y Oficiales. Asimismo, se señala nuevamente que, en el presente caso, el joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte se encontraba prestando el servicio militar obligatorio. El Consejo de Estado ha mencionado lo siguiente respecto a la indemnización a forfait:

*"La anterior situación no se genera, en principio, con el segundo grupo, es decir, con **el personal de las fuerzas armadas que se vincula de manera voluntaria en virtud de una relación legal y reglamentaria, como sucede, por vía de ejemplo, con el personal de Soldados Voluntarios, Soldados Profesionales, Suboficiales y Oficiales, porque al elegir su oficio consienten su incorporación y asumen los riesgos inherentes al mismo, a su turno, la Entidad estatal brinda la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones, por consiguiente, si se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se genera la llamada por la doctrina francesa indemnización a forfait** de manera que, en principio, para que la responsabilidad estatal surja en este tipo de eventos, además del riesgo inherente a la profesión debe ocurrir un hecho anormal generador de un daño que no se está obligado a soportar, evento en el cual surge el derecho a reclamar una indemnización plena y complementaria a la que surge de la esfera prestacional, bajo el régimen general de la responsabilidad de la administración, con las connotaciones propias en relación con los elementos estructurales y las causas extrañas enervantes del fenómeno jurídico. La Sala ha precisado que la "indemnización a forfait" y la indemnización plena no son, en principio, excluyentes entre sí, porque la primera tiene una causa legal, lo cual implica que debe pagarse de manera independiente a que la responsabilidad de la administración se halle o no comprometida por la ocurrencia de los hechos, en tanto la segunda tiene origen en la*

*responsabilidad misma, proveniente del daño antijurídico que no está obligado a soportar el administrado.*¹⁵ (Subrayado fuera de texto)

Por lo anterior, es preciso destacar que el joven Cristhiam Alexander Caballero Duarte no podría reclamar la indemnización a forfait, toda vez que él se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

5. CONDENA EN COSTAS

En cuanto respecta a este tema, es del caso señalar que este Despacho recoge la tesis que venía aplicando en cuanto a la interpretación que debía dársele al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y en su lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa de la precitada norma, se abstiene de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia de primera instancia del veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, en el sentido de mantener la declaratoria de responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

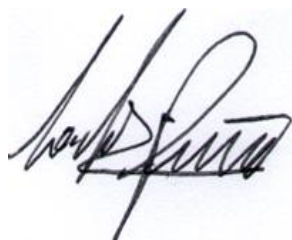
¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, Exp. 15793, CP.: Myriam Guerrero de Escobar.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue leída, discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual de la fecha)


MARIA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
MAGISTRADA



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
MAGISTRADO



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
MAGISTRADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrada Ponente: **MARIA JOSEFINA IBARRA RODRIGUEZ**
San José de Cúcuta, veintinueve (29) de noviembre dos mil diecinueve
(2019)

EXPEDIENTE:	54-001-33-40-010-2016-01155-01
DEMANDANTE:	ELIANA VILLAMIZAR IBARRA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SANTIAGO
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada (fl 128 – 129) en contra de la sentencia de fecha doce (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1 Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 0743 del 28 de mayo de 2016, por medio del cual negó la solicitud del reconocimiento del recargo dominical, por consiguiente solicita se condene al Municipio de Santiago a reconocer y liquidar el doble del valor de un día de trabajo por cada domingo laborado desde el 15 de febrero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2016 desempeñado en el cargo de Auxiliar Administrativo de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Santiago, Nivel Asistencial grado 03 código 407, incluyendo todos los factores salariales y prestacionales.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta, declaró la nulidad del acto demandado, toda vez que la demandante tenía derecho al pago del recargo dominical laborado por el periodo comprendido entre del 15 de febrero del 2015 al 30 de septiembre de 2016, en atención a que durante ese tiempo la administración canceló el día domingo trabajado de manera habitual y periódica sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978; por lo tanto, el empleador tiene la obligación de reconocer y pagar el recargo dominical en una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo.

Indica el *A quo* que la parte actora laboró como Auxiliar Administrativo de la Alcaldía de Santiago, en el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2015 al 30 de septiembre de 2016, con un horario de atención al público en la administración central del municipio de Santiago el día domingo de 8:00 am a las 12:00 m. Posteriormente, se modificó el horario estableciéndose de lunes a sábado a partir del 1 de octubre, respetando el límite de horas previstas en el artículo 39 del decreto 1042 de 1978.

Además, precisó que si bien en el expediente no existe pieza que indique que la demandante laboró los días domingos, también indica el *A quo* que el hecho se puede tomar como cierto, al evidenciar la respuesta otorgada por la administración en el oficio cuya nulidad se depreca, en donde se reconoce que la actora cumplía con el correspondiente horario.

Finalmente, el *A quo* indica que el municipio de Santiago no contestó la demanda, no asistió a la audiencia inicial ni a la audiencia de pruebas, y tampoco presentó alegatos de conclusión.

1.3. Del Recurso de Apelación presentado por la entidad demandada - Municipio de Santiago².

¹ Folios 121 al 125 del Cuaderno Principal

² Folios 128 a 129 del Cuaderno Principal N 1.

Insatisfecho con la sentencia de primera instancia, el apoderado del Municipio de Santiago interpone recurso de apelación y lo sustenta con los siguientes argumentos:

Manifiesta que no es discutible que la parte actora ejerció labores días domingos y festivos, no obstante agrega el recurrente que la demandante *“no cumplió a cabalidad con la carga probatoria que tenía bajo su responsabilidad, por lo cual el juzgador no contaba con los elementos probatorios suficientes que acreditaran plenamente dicho extremo”*.

Igualmente, señala que al valorar la prueba documental allegada, la misma no contiene la especificidad y claridad suficiente para poder establecer efectivamente con exactitud los días festivos y dominicales que fueron laborados, el número de horas servidas en cada una de ellos, los días de descanso compensatorios concedidos y en qué casos se retribuyó en dinero tal descanso.

Finalmente, afirma que la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta no se encontraba fundamentada en pruebas que acrediten los supuestos facticos contemplados en el artículo 39 del Decreto 1042 del 1978, en razón *“no satisface el mínimo argumento de certeza, ya que no recae sobre una proposición jurídica real (...), sino sobre un contenido normativo deducido de manera subjetiva e injustificada por el despacho”*.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

Surtida la audiencia de conciliación a que hace referencia el artículo 192 del CPACA, el *A quo* procedió a conceder el recurso de apelación para que fuese del conocimiento de esta Corporación, admitiéndose el mismo, y corriéndose posteriormente traslado para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4

del artículo 247 del CPACA. Dicho traslado fue descrito de la siguiente manera:

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte actora³

La parte actora sostiene que la falta de contestación por parte demandada debe ser tenida como un indicio grave en su contra y dar por ciertos los hechos plasmados en el escrito de la demanda.

Además, señala que la parte accionada no acreditó ante el juzgado la existencia de medios de control de ingreso y salida del personal de planta, ni especificó la jornada laboral de la parte accionante, tal y como fue solicitado por el juez de primera instancia, por lo cual no actuó con lealtad procesal, siendo a quien le correspondía la carga dinámica de la prueba.

Finalmente, agrega que la demandante en calidad de servidora pública, se encuentra en el deber de acatar las funciones del cargo de acuerdo al horario de atención al cliente determinado en situaciones administrativas realizadas por la misma entidad o por disposición legal.

1.5.2. De la parte accionada

La parte accionada guardó silencio en esta etapa procesal.

1.5.3. Del concepto del ministerio público.

El Procurador Judicial para asuntos administrativos guardó silencio en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 Competencia

³ Folio 146 al 148 del Cuaderno Principal No 1.

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por el apelante único, a la Sala le corresponde determinar ¿Si se encuentra ajustada a derecho la sentencia apelada, en cuanto ordenó al MUNICIPIO DE SANTIAGO reajustar los dominicales en favor de la parte demandante o por el contrario, el marco jurídico aplicable al caso impide el reconocimiento solicitado con base de la valoración jurídica y el análisis probatorio?

2.3 Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico

Se confirmará la sentencia apelada como quiera que el reajuste de los dominicales reconocidos por el *A-quo*, le corresponde a la accionante en razón de los elementos constituidos en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 que constata el trabajo suplementario y no fue reconocido por la entidad demandada.

2.4. Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala

2.4.1. Hechos relevantes probados

HECHO PROBADOS	PRUEBA
- La señora Eliana Villamizar Ibarra fue nombrada en el cargo de Auxiliar Administrativo de la Secretaria de Gobierno.	- Decreto No. 015 de 2015 (Fl. 7).
- La señora Eliana Villamizar Ibarra tomó posesión del cargo el día 15 de febrero del 2015.	-Acta de posesión del 15 de febrero 2015 (Fl. 8-7).
- Solicitud de Eliana Villamizar Ibarra a la administración municipal de Santiago sobre el reconocimiento del pago del	- Petición en sede administrativa (Fl. 12 al 13).

<p>doble del valor de un día por cada domingo laboral</p> <p>- El Alcalde del Municipio de Santiago despachó desfavorablemente la petición de la señora Eliana Villamizar Ibarra.</p> <p>- Se estableció el horario el horario de atención al público en las diferentes dependencias y la jornada de los servidores públicos de la administración central del municipio de Santiago – Norte de Santander. “De martes a viernes 8:00 a.m. a 12m y 2:00 p.m. a 5:00 p.m., sábado 8:00 a.m. a 12m y domingo de 8:00 a.m. a 12m”</p> <p>- Modificación del horario de atención al público de la Administración Central de Municipio de Santiago – Norte de Santander. “De lunes a viernes 8:00 a.m. a 12m y 2:00 p.m. a 5:00 p.m. y sábado 8:00 a.m. a 12m”.</p> <p>- Se evidenció que la señora Eliana para el periodo 2015 devengó por concepto de asignación básica la suma de \$754.511 y para el año 2016 \$813.137.</p>	<p>- Oficio Rad. 0743 de 28 de mayo de 2018. (fl 15)</p> <p>- Decreto No. 005 de 13 de enero de 2012. (Fl. 16 y 17) </p> <p>- Decreto No. 046 de septiembre 20 de 2016. (Fl. 18 y 19)</p> <p>- Soporte de nómina de empleados del Municipio de Santiago años 2015 y 2016 (Fl. 20-21 y 78 y al 88)</p>
---	---

2.4.2 Algunas precisiones sobre conceptos laborales del trabajo suplementario en empleados públicos en orden territorial.

✓ En sentencia de 3 de agosto de 2017, del Consejo de Estado, Sección Segunda con Subsección A, Radicación No. 25000-23-25-000-2010-00461-01(1026-15); cuyo Consejero Ponente es William Hernández Gómez, ha estipulado que:

"El Decreto 1042 de 1978 es la norma que rige la jornada de trabajo para los empleados públicos del orden territorial porque: (i) El artículo 2.º de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan «el régimen de administración de personal» contenido en ellas y en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen. (ii) El concepto de «régimen de administración de personal» incluye el concepto de «jornada de trabajo» que reguló el Decreto 1042 de 1978 luego este se constituye en una adición del Decreto 2400 de 1968 y; (iii) El artículo 3.º de la Ley 6ª de 1945 solo es aplicable a los trabajadores oficiales. "

- ✓ En sentencia de 29 de agosto de 2019; de Sección Segunda Subsección B, 25000-23-25-000-2012-01105-01(0413-19), Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, menciona que:

"Es claro entonces, que el régimen que gobierna a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien, dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2° de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en él, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las leyes 13 de 1984 y 61 de 1987.

De lo anteriormente expuesto, se indica que la normatividad aplicable de manera extensiva a los empleados públicos en orden territorial es el precitado Decreto aun cuando en principio rige a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

En el mismo sentido, de la sentencia precitada, se extrae el concepto de la jornada de trabajo en el sector público en donde se plasma que:

"Se entiende como jornada de trabajo en el sector público, aquel periodo de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones que le han sido previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento. Su duración dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse. (...)."

- ✓ El Decreto 1042 de 1978 regula la jornada ordinaria en el artículo 33 estipulando lo siguiente:

"ARTICULO 33. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. (...)."

De lo anterior, se extrae que en el sector público la jornada laboral se constituye como un periodo en el cual los funcionarios deben acatar funciones de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución Política, ley o reglamento. Ahora, tratándose de empleados públicos, la jornada comprende de cuarenta y cuatro (44) horas semanales, salvo para quienes cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, pues su jornada es de 12 horas sin exceder el límite de 66 horas semanales.

Respecto a los recargos dominicales y festivos, y compensatorios, se configuran cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos en donde la remuneración es equivalente al doble del valor de un día de trabajo, además del disfrute de un día de descanso compensatorio, es decir, que es procedente remunerar con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado, en virtud del Decreto 1042 de 1978:

*"Artículo 39. **Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos.** Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.*

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual. (...)" (subrayado por la Sala)

2.4.3 Sobre la distribución de la carga probatoria en relación al trabajo suplementario.

La carga de la prueba es una figura jurídica que como regla general debe demostrarse mediante medios probatorios, la parte procesal que invoque supuestos fácticos como fundamento de sus pretensiones, para lograr efectos jurídicos a su favor. Sin embargo, cuando se presenten situaciones en las cuales se observe que una de las partes del proceso se encuentre más cercano al material probatorio, se podrá distribuir la carga de la prueba por parte del juez, de oficio o a petición de parte ordenando que

aporte las evidencias pertinentes para controvertir o esclarecer los hechos en conformidad del artículo 167 del Código General del Proceso.

En el mismo sentido, en Sentencia C - 086 de 2016⁴, la Corte Constitucional hace mención de la distribución de la carga probatoria en favor de la parte menos favorable en la relación, señalando lo siguiente:

"(...) en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra (...)".

Aunado a lo anterior, en materia laboral en principio le corresponde probar al trabajador los supuestos fácticos de la demanda, en otras palabras, que haya realizado trabajo suplementario toda vez que es el interesado en que el juez emita decisión a su favor. No obstante, la contraparte debe asumir con la carga procesal de derrumbar o desvirtuar lo afirmado por quien pretende que se le reconozca el trabajo suplementario realizado. De lo contrario, el juzgador podrá bajo su juicio de valor tomar como cierto los supuestos de hechos probados dentro del proceso en calidad de presunción.

2.4.4. Caso en concreto.

Sea lo primero indicar por parte de la Sala que dentro del presente proceso se encuentra probado que a la señora Eliana Villamizar Ibarra no se le reconoció el pago de los dominicales laborados en el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2015 y el 30 de noviembre de 2016, donde se estableció mediante decreto 005 de enero de 2012 un horario de atención al público en la administración central del municipio de Santiago el día domingo de 8:00 am a las 12:00 m, jornada que fue modificada desde el

⁴ Corte Constitucional, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Rad. 10902 24 de febrero de 2016

1 de octubre de 2016, al regirse el decreto 046, en el cual se estableció un horario de lunes a sábado, respetando el límite de horas previstas en el decreto 1042 de 1978.

Seguidamente, el *A quo* ordenó declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 0743 del 28 de mayo de 2016 y en su lugar ordenó reajustar a favor de la demandante los dominicales laborados que no fueron reconocidos en el periodo de 15 de febrero de 2015 y 30 de septiembre de 2016 reconociendo y pagando el equivalente al doble del valor por un día de trabajo como lo dispone el artículo 39 del Decreto 1043 de 1978.

Ahora bien, el recurso de apelación está encaminado a revocar la sentencia de primera instancia, al considerar que la prueba allegada al expediente para acreditar el supuesto factico de la norma en relación con los recargos dominicales, no es procedente toda vez que no comprende los elementos necesarios en el que se determine con precisión los hechos previstos en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978. Es así como los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia son insuficientes al no obtener medios probatorios que sustenten con certeza el trabajo suplementario.

De acuerdo a lo analizado en el expediente, la Sala considera que aunque durante el trámite procesal no fue allegado medio probatorio alguno por parte de la accionante que refiera la exactitud de los días domingos laborados, en el Decreto 005 de 13 de enero de 2012, se encuentra plasmado el horario de atención en la Alcaldía de martes a domingo, por lo cual es posible aducir que la accionante laboraba en dicho horario, en razón de su deber como funcionaria en la Alcaldía del Municipio de Santiago; además, en el oficio emitido por la Administración Municipal que da respuesta al derecho de petición interpuesto por la demandante⁵, no contradice el horario afirmado por la parte actora.

⁵ Ver Fl. 15 del Cuaderno Principal 1.

Para la Sala, en atención al requerimiento del Juez de primera instancia, las únicas pruebas allegadas por la Administración Municipal, las cuales refieren la nómina de empleados del mes de febrero a diciembre del año 2015, la certificación laboral donde consta el salario devengado en dicho año⁶ y el expediente laboral de la demandante⁷, son imprecisas dado que no determina con claridad la jornada de trabajo, ni especifican las horas servidas por la parte actora, ni tampoco que se le haya reenumerado los días correspondientes al trabajo suplementario.

Por otra parte, el día 05 de octubre de 2017 le fue notificado personalmente el auto admisorio de la demanda al Representante del Municipio Santiago, y no expresó pronunciamiento alguno por medio de la contestación de la demanda. Tampoco asistió a la audiencia inicial ni a la audiencia de pruebas, y tampoco presentó alegatos de conclusión de primera instancia ni de segunda instancia.

De acuerdo a lo anterior, es menester indicar que el fallador en virtud de los límites del principio de la buena fe y la lealtad procesal, tiene la facultad de ponderar la conducta procesal de las partes, analizando su comportamiento en conformidad de la ley 1437 de 2011 en remisión del artículo 306 a los artículos 78, 97, 240, 241, 242 y 280 del Código General del Proceso:

"Artículo 78. Son deberes de las partes y sus apoderados:

- 1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.*
- 2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales.*
- 3. Abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias.*
- 4. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de este, a las partes y a los auxiliares de la justicia.*
- 5. Comunicar por escrito cualquier cambio de domicilio o del lugar señalado para recibir notificaciones personales, en la demanda o en su contestación o en el escrito de excepciones en el proceso ejecutivo, so pena de que estas*

⁶ Ver Fls. 78-89 del Cuaderno Principal 1.

⁷ Ver Fls. 91-92 del Cuaderno Principal 1

se surtan válidamente en el anterior.

6. Realizar las gestiones y diligencias necesarias para lograr oportunamente la integración del contradictorio.

7. Concurrir al despacho cuando sean citados por el juez y acatar sus órdenes en las audiencias y diligencias.

8. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias. (...)

Artículo 97. Falta de contestación o contestación deficiente de la demanda

La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto. (...)

Artículo 240. Requisitos de los indicios

Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso.

Artículo 241. La conducta de las partes como indicio

El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

Artículo 242. Apreciación de los indicios

El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

Artículo 280. Contenido de la sentencia

La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. (...)

Para la Sala, la falta de la contestación de la demanda, la falta de la colaboración con la práctica de las pruebas y la omisión de las demás oportunidades procesales de la parte accionada son indicios graves suficientes en su contra, pues se observa que su conducta procesal en el transcurso del proceso fue ineficiente teniendo en cuenta que a pesar de que se le respetó el derecho a la defensa y el principio del debido proceso, no aprovechó la oportunidad de suministrar elementos probatorios y alegar argumentos que consigan la exoneración a la Administración Municipal.

Así pues, no habría lugar para hacer uso del recurso de apelación dado que el recurrente no se pronunció en las diferentes etapas del proceso, lo que indica que hizo caso omiso ante la posibilidad de utilizar las oportunidades procesales presentadas durante el trámite judicial, que causan consecuencias adversas en su contra, por tanto, la Sala concluye que debe valorarse los indicios deducidos de su conducta procesal junto con las pruebas obrantes en el expediente.

En efecto, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Juez de primera instancia que establece la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandando, en virtud del desconocimiento del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que constata el trabajo suplementario toda vez que la valoración normativa y jurídica con base de la experiencia personal del *A quo* en primera instancia fue apropiada al tener en cuenta la conducta procesal de la parte demandada como indicio grave.

Como último aspecto, se observa en el expediente que a folio 151 obra memorial de la parte demandada a través del cual Alvaro Ureña Gómez, manifiesta que revoca el poder por él otorgado al abogado Adiel Stiven Acolcer. Por tanto, se accederá a la mencionada petición por resultar procedente, conforme lo establece el Artículo 76 del Código General del Proceso.

Finalmente se observa que a folio 150 del expediente obra memorial en el cual se confiere poder a la abogada María Isabel Ramírez Romero, para actuar en representación de la parte demandada.

Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que

involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada de fecha trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: ACEPTAR la revocatoria del poder conferido al abogado Adiel Stiven Alcocer, conforme lo establece el art. 76 del C.G.P. y el memorial de fecha 25 de febrero de los corrientes, visto a fl. 151 del expediente.

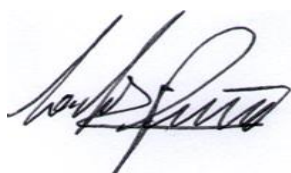
CUARTO: RECONOCER personería para actuar a la abogada MARIA ISABEL RAMIREZ ROMERO como apoderado judicial de la parte demandada en los términos y para los efectos del memorial – poder obrante en el expediente.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala de Decisión Virtual de la fecha)


MARIA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
MAGISTRADA



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
MAGISTRADO



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
MAGISTRADO