



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE SANTANDER

San José de Cúcuta, doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. **Edgar Enrique Bernal Jáuregui**

EXPEDIENTE:	54-001-23-33-000-2019-00047-00
DEMANDANTE:	CONCESIONARIA SAN SIMON S.A.
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Una vez agotado el trámite procesal correspondiente previsto en la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA-, no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, y de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181 ídem, procede la Sala en ejercicio de sus competencias legales, a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia.

### I. ANTECEDENTES.

#### 1.1. SITUACIÓN FÁCTICA.

Que, en audiencia inicial llevada a cabo dentro del proceso de la referencia, se declaró saneado el trámite procesal, se corroboró la ausencia de evidencia respecto a excepciones previas y requisitos de procedibilidad, se invitó a las partes a conciliar y se fijó el litigio, en relación con los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho, concluyéndose, en síntesis, lo siguiente:

El 28 de diciembre de 2017, la Secretaría de Hacienda del **MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO**, mediante comunicación SH/059, le informó a la **CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A.**, la liquidación del impuesto de alumbrado público, por los periodos de **junio a noviembre de 2017**. Posteriormente, el 17 de enero de 2018, mediante comunicación SHAP/011, le comunicó la liquidación del impuesto de alumbrado público, por el mes de **diciembre de 2017**.

La **CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A.** presentó Recurso de Reconsideración contra las liquidaciones del impuesto de alumbrado público SH/59 del 28 de diciembre de 2017 y SHAP/011 del 17 de enero de 2018, y el **MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO**, a través de su Secretaría de Hacienda, mediante comunicación SHAP/009 del 21 de febrero de 2018, resolvió tener como no procedentes tales recursos.

Contra dicha comunicación, la parte demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado por la entidad demandada, por medio de la Resolución 005 de 2018, en el sentido de *“negar la solicitud de aceptar los recursos (...), por cuanto no son susceptibles de su interposición, teniendo en cuenta que la Administración Municipal no ha expedido el acto administrativo de RESOLUCIÓN DE LIQUIDACIÓN OFICIAL contra la CONCESIONARIA SAN SIMON S.A. (...).”*

El **25 de junio de 2018**, la Secretaría de Hacienda del **MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO** profirió la **Resolución 012** *“por medio de la cual se realiza una liquidación oficial del impuesto de alumbrado público a nombre del contribuyente **CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A.**”* Dicha liquidación corresponde a los meses de julio a diciembre de 2017 y de enero a mayo de 2018, en monto de \$249'975.360.

El 24 de agosto de 2018, la **CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A.** presentó Recurso de Reconsideración contra la Resolución 012.

Dicho recurso fue desatado mediante la **Resolución 020 del 11 de diciembre de 2018**, que resolvió no declarar exitoso el recurso, y mantener el mandamiento de pago del impuesto de alumbrado público en un monto de \$387'132.464.

## 1.2. PRETENSIONES.

Que se **DECLARE** la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución 012 de fecha 25 de junio de 2018**, por la cual el **MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO** realiza la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público correspondiente a los meses de julio a diciembre de 2017 y enero a mayo de 2018 en cuantía de \$249'975.360, a nombre de la **CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A.**
- **Resolución 020 del 11 de diciembre de 2018**, mediante la cual se resuelve el respectivo recurso de reconsideración, confirmando.

Como consecuencia de la anterior declaratoria y a título de restablecimiento del derecho, en el evento en que la parte demandante haya efectuado algún pago a la entidad territorial demandada, se ordena reembolsar la suma de dinero pagada.

## 1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

### 1.3.1. DE LA CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A.<sup>1</sup>

Por medio de su apoderado, luego de hacer referencia a la *causa petendi*, las pretensiones de la demanda, el problema jurídico resultante de la fijación del litigio adelantada en la audiencia inicial, al igual que las pruebas incorporadas al expediente, y efectuar un análisis jurídico sobre el servicio de alumbrado público y el impuesto sobre dicho servicio, argumenta que si bien el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO expidió unos actos administrativos denominados “Liquidación del Impuesto de Alumbrado Público” (SH/059 del 28 de diciembre de 2017 y SHAP/011 del 17 de enero de 2018), la misma violó el debido proceso y derecho de audiencia y defensa, cercenando las posibilidades procedimentales y legales con las que contaba la parte demandante para controvertir la liquidación del tributo efectuado, con la manifestación que dichas liquidaciones no eran actos administrativos.

Del mismo modo, asegura que las pruebas arrimadas al proceso permiten demostrar que la administración pretermitió lo establecido en los artículos 42 y 74 del CPACA, toda vez que en la expedición de comunicaciones SHAP/009 del 21 de febrero de 2018 y la Resolución 005 de 2018 coartó la oportunidad y posibilidad legal con la que contaba la parte demandante, para manifestar sus inconformidades y reproches frente a las liquidaciones de impuestos practicadas a ella, pues el argumento utilizado para no tramitar los recursos interpuestos, se centró en que los oficios externos SH/059 del 28 de diciembre de 2017 y SHAP/011 del 17 de enero de 2018, por cuanto “no son susceptibles de interposición teniendo en cuenta que la Administración Municipal no ha expedido el acto administrativo (...)”, siendo que por el contrario, cuentan con los elementos característicos típicos de los actos administrativos.

<sup>1</sup> Folios 447 a 462 del cuaderno principal.

Aunado a lo anterior, señala que la actuación administrativa adelantada por el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, encuadra con lo dispuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la causal de falsa motivación e infracción de las normas en que debían fundarse, puesto que los actos administrativos 012 del 26 de junio de 2018 y 020 del 11 de diciembre de 2018, toda vez que mediante ellos se liquidó con cargo a la parte demandante, el impuesto de alumbrado público, apartándose en todo de las disposiciones que regulan la materia, específicamente dicha liquidación desconoció el hecho de que la CONCESIONARIA SAN SIMON S.A. es la administradora y operaria del sistema vial denominado “Área Metropolitana de Cúcuta y Norte de Santander” que se encuentra excluido del servicio de alumbrado público por no estar a cargo del Municipio, según lo establecido en el Decreto 2424 de 2006 y los Acuerdos 025 de 2013 y 006 de 2017 expedidos por el Concejo Municipal de Villa del Rosario.

Finalmente, alega que el hecho de que el numeral 2 del artículo 3 del Acuerdo 006 de 2017 haya establecido para el impuesto de alumbrado público una tarifa específica para las “concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes”, no significa que las concesionarias de carreteras nacionales se encuentren sujetos a esa disposición, pues las concesiones que están sometidas a tal tarifa son las contratistas de vías a cargo del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO. Por lo tanto, es improcedente y violatorio de la normatividad aplicable que la entidad demandada liquide oficialmente el impuesto conforme tarifas contempladas en el acuerdo municipal por la estación del peaje “La Parada” cuando adicionalmente, mes a mes, factura y cobra una sobretasa denominada “Impuesto alumbrado público” que se encuentra en los recibos de pago expedidos por CENS S.A. E.S.P. y que son cancelados desde el año 2008 y a la fecha.

### **1.3.2. DEL MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO.**

Alegó extemporáneamente.

### **1.3.3. DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

No intervino en esta etapa procesal.

## **2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA.**

### **2.1. Problema jurídico**

Tal y como se planteó en la etapa de fijación del litigio, en el presente asunto el problema jurídico se concreta a determinar si se debe declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, determinó y liquidó oficialmente a cargo de la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., el impuesto sobre el servicio de alumbrado público desde el mes de julio a diciembre de 2017, y de enero a noviembre de 2018, por valor total de \$387'132.464.00.

### **2.2. Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico planteado**

La Sala negará las pretensiones de la demanda, toda vez que conforme la normatividad aplicable al caso, la jurisprudencia unificada que rige la materia y los hechos que resultaron debidamente acreditados, fuerza concluir, en primer lugar, que el recurso de reconsideración presentado por la parte demandante contra los oficios SH/059 del 28 de diciembre de 2017 y SHAP/011 del 17 de enero de 2018,

resultaba improcedente, pues se trataban de actos de naturaleza persuasiva, previos al acto de liquidación oficial del impuesto, y que obedecieron a una actuación administrativa mediante la cual el municipio acreedor invitó al demandante deudor a pagar voluntariamente su obligación del impuesto de alumbrado público, con el fin de evitar el trámite administrativo y los recursos que conlleva, y en general solucionar el conflicto de una manera consensuada y beneficiosa para las partes.

En segundo lugar, el parámetro utilizado en los actos administrativos acusados por parte del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, para considerar a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. como sujeto pasivo del tributo, fue el hecho de ser usuaria del servicio de energía eléctrica situada en ese municipio “Km2 Autopista Internacional, al lado del Peaje”, supuesto que se enmarca en la **subregla a** de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado sobre el tema, que señala que “Ser **usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica** es un referente válido para determinar los elementos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, toda vez que tiene relación ínsita con el hecho generador”.

Adicionalmente, en virtud de la **subregla d** de unificación jurisprudencial, se puede concluir que la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., es sujeto pasivo del impuesto sobre el servicio de alumbrado público en el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, ya que se trata de una concesionaria que presta el servicio de peajes, cuenta con un punto de atención y una caseta de peaje en el territorio del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, es decir, tiene un establecimiento físico en esa jurisdicción municipal para desarrollar el contrato de concesión 006 de 2007, y por tal motivo, resulta beneficiada directa o indirectamente, de forma transitoria o permanente con el servicio de alumbrado público.

## 2.3. Argumentos que respaldan la tesis de la Sala

### 2.3.1 Hechos relevantes probados

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
Que como consecuencia de la adjudicación de la Licitación Pública No. INCO-SEA-L 009 de 2006, el día 02 de agosto de 2007, se suscribió contrato de Concesión No 006 de 2007 entre la hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., que tiene como objeto adelantar los “estudios y diseños definitivos, Gestión Predial, Gestión Social, Gestión Ambiental, Financiación, Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Operación y Mantenimiento del Proyecto de Concesión Vial “Área Metropolitana de Cúcuta y Norte de Santander”	Contrato de Concesión No. 006 <sup>2</sup>
La CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., identificada con el NIT	Certificado de existencia y representación legal <sup>3</sup>

<sup>2</sup> Folios 168 al 258 del expediente

<p>900162704-6, con domicilio en la ciudad de Bogotá con matrícula N° 01722581 del 19 de julio de 2007, tiene como actividad principal: construcción de carreteras y vías de ferrocarril.</p>																			
<p>Que mediante oficio externo SH/059 fechado 28 de diciembre de 2017, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO comunicó a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., que <i>“En documento de fecha 27 de noviembre de 2017, la administración Municipal de Villa del Rosario, le comunica la aplicación de un nuevo Acuerdo Municipal a través del cual se rigen nuevas tarifas para el impuesto de Alumbrado Público, y establece clasificaciones acorde a las actividades comerciales ejercida en el municipio. Basado en lo anterior, su empresa está clasificada en el Régimen Particular, con la actividad comercial – <b>Concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes (incluye vía férrea) gravada con una tarifa de 30 Salarios Mínimos Mensual Legal Vigente (...)</b>”.</i></p> <p>Así mismo, presentó a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., la liquidación del impuesto de Alumbrado Público para los meses de Junio (fecha de vigencia del Acuerdo 006) a Noviembre de 2017, así:</p> <table border="1" data-bbox="261 1564 826 1883"> <tr> <td>TARIFA MENSUAL:</td> <td><b>30 SMMLV</b></td> </tr> <tr> <td>TARIFA JUNIO</td> <td>\$ 22,131,510.00</td> </tr> <tr> <td>TARIFA JULIO</td> <td>\$ 22,131,510.00</td> </tr> <tr> <td>TARIFA AGOSTO</td> <td>\$ 22,131,510.00</td> </tr> <tr> <td>TARIFA SEPTIEMBRE</td> <td>\$ 22,131,510.00</td> </tr> <tr> <td>TARIFA OCTUBRE</td> <td>\$ 22,131,510.00</td> </tr> <tr> <td>TARIFA NOVIEMBRE</td> <td>\$ 22,131,510.00</td> </tr> <tr> <td>SALDO ANTERIOR</td> <td>\$ 132,789,060.00</td> </tr> <tr> <td><b>TOTAL</b></td> <td><b>\$ 132,789,060</b></td> </tr> </table>	TARIFA MENSUAL:	<b>30 SMMLV</b>	TARIFA JUNIO	\$ 22,131,510.00	TARIFA JULIO	\$ 22,131,510.00	TARIFA AGOSTO	\$ 22,131,510.00	TARIFA SEPTIEMBRE	\$ 22,131,510.00	TARIFA OCTUBRE	\$ 22,131,510.00	TARIFA NOVIEMBRE	\$ 22,131,510.00	SALDO ANTERIOR	\$ 132,789,060.00	<b>TOTAL</b>	<b>\$ 132,789,060</b>	<p>Oficio externo SH/059 del 28 de diciembre de 2017<sup>4</sup></p>
TARIFA MENSUAL:	<b>30 SMMLV</b>																		
TARIFA JUNIO	\$ 22,131,510.00																		
TARIFA JULIO	\$ 22,131,510.00																		
TARIFA AGOSTO	\$ 22,131,510.00																		
TARIFA SEPTIEMBRE	\$ 22,131,510.00																		
TARIFA OCTUBRE	\$ 22,131,510.00																		
TARIFA NOVIEMBRE	\$ 22,131,510.00																		
SALDO ANTERIOR	\$ 132,789,060.00																		
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 132,789,060</b>																		
<p>Que mediante oficio externo SHAP/011 fechado 17 de enero de 2018, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO presentó a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., la liquidación del impuesto de Alumbrado</p>	<p>Oficio externo SHAP/011 del 17 de enero de 2018.<sup>5</sup></p>																		

<sup>3</sup> Folios 2 a 5

<sup>4</sup> Folio 80 del expediente

<sup>5</sup> Folio 81 del expediente

<p>Público para el mes de diciembre de 2017, así:</p> <table border="1" data-bbox="261 388 824 518"> <tr> <td>TARIFA MENSUAL:</td> <td><b>30 SMMLV</b></td> </tr> <tr> <td>TARIFA DICIEMBRE</td> <td>\$ 22,131,510.00</td> </tr> <tr> <td>SALDO ANTERIOR</td> <td>\$ 132,789,060.00</td> </tr> <tr> <td><b>TOTAL</b></td> <td><b>\$ 154,920,570</b></td> </tr> </table> <p>Además, le indicó que <i>“su empresa está clasificada en el Régimen Particular, con la actividad comercial – <b>Concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes (incluye vía férrea) gravada con una tarifa de 30 Salarios Mínimos Mensual Legal Vigente (...)</b>”</i></p>	TARIFA MENSUAL:	<b>30 SMMLV</b>	TARIFA DICIEMBRE	\$ 22,131,510.00	SALDO ANTERIOR	\$ 132,789,060.00	<b>TOTAL</b>	<b>\$ 154,920,570</b>	
TARIFA MENSUAL:	<b>30 SMMLV</b>								
TARIFA DICIEMBRE	\$ 22,131,510.00								
SALDO ANTERIOR	\$ 132,789,060.00								
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 154,920,570</b>								
<p>La CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. presentó los días 17 y 26 de enero de 2018, recursos de reconsideración en contra de la liquidación del impuesto de alumbrado público contenida en los Oficios externos SH/059 y SHAP/011, emanados de la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO.</p>	<p>Recursos de Reconsideración del 17 de enero de 2018<sup>6</sup> y del 26 de enero de 2018<sup>7</sup></p>								
<p>Mediante requerimiento SHAP/R009 del 21 de febrero de 2018, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO no tuvo como precedentes los recursos de reconsideración presentados por la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., contra los Oficios externos SH/059 y SHAP/011, con fundamento en el artículo 654 del Acuerdo 023 de 2013, Estatuto Tributario Municipal, <i>“ya que no existe acto administrativo de Resolución de Liquidación Oficial del Impuesto de Alumbrado Público, acto con el cual se da lugar a su interposición”</i>.</p>	<p>Requerimiento SHAP/R009 del 21 de febrero de 2018<sup>8</sup></p>								
<p>El 5 de marzo de 2018, la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. presentó recurso de reposición contra el requerimiento SHAP/R009 del 21 de febrero de 2018.</p>	<p>Recurso de reposición interpuesto el 5 de marzo de 2018<sup>9</sup></p>								
<p>Mediante Resolución 005 de 2018, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO le niega a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. la</p>	<p>Resolución 005 de 2018<sup>10</sup></p>								

<sup>6</sup> Folios 104 al 127 del Expediente

<sup>7</sup> Folios 82 al 103 del expediente

<sup>8</sup> Folio 128 del expediente

<sup>9</sup> Folios 129 al 138 del expediente

<sup>10</sup> Folios 139 al 141 del expediente

<p><i>“solicitud de aceptar los Recursos de Reconsideración interpuestos contra los oficios externos SH/059 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2017 Y SHAP/011 DEL 17 DE ENERO DE 2018, por cuanto no son susceptibles de su interposición teniendo en cuenta que la Administración Municipal no ha expedido el acto administrativo de RESOLUCION DE LIQUIDACION OFICIAL contra la CONCESIONARIA SAN SIMON S.A.”</i></p>	
<p>Por medio de la Resolución 012 del 25 de junio de 2018, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO realizó liquidación oficial a nombre del contribuyente CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. con NIT 900.162.704-6 por valor de \$249.975.360,00., por concepto de impuesto alumbrado público por los periodos de julio de 2017 a mayo de 2018.</p>	<p>Resolución 012 del 25 de junio de 2018<sup>11</sup></p>
<p>La CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. presentó el día 24 de agosto de 2018, recurso de reconsideración en contra de la Resolución 012 del 25 de junio de 2018, el cual fue resuelto mediante la Resolución 020 del 11 de diciembre de 2018, en el sentido de <i>“NO DECLARAR EXITOSO el RECURSO DE RECONSIDERACIÓN”</i>.</p>	<p>Recurso de reconsideración del 24 de agosto de 2018<sup>12</sup> y Resolución 020 del 11 de diciembre de 2018<sup>13</sup></p>
<p>Facturas correspondientes a los periodos del mes de julio de 2017 al mes de diciembre de 2018, de servicio público generadas por la empresa CENS S.A. E.S.P., con cargo a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., por concepto de servicio de energía, las cuales incluyen la facturación del impuesto de alumbrado público, sujeto activo: MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO.</p>	<p>Facturas de servicio público de CENS S.A. E.S.P.<sup>14</sup></p>
<p>Mediante oficio del 6 de septiembre de 2019, emanado de la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, se informa que a la fecha la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. presenta una deuda de \$ 573.434.098, hasta el mes de agosto</p>	<p>Oficio del 6 de septiembre de 2019, emanado de la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO<sup>15</sup></p>

<sup>11</sup> Folios 142 - 143 del expediente

<sup>12</sup> Folios 144 al 165 del expediente

<sup>13</sup> Folio 166 – 167 del expediente

<sup>14</sup> Folios 421 a 430 del expediente

<sup>15</sup> Folio 439 del expediente

de 2019, y a continuación detalla los montos adeudados, pagados y el embargo ejecutado.	
---	--

### **2.3.2. Algunas precisiones jurídicas acerca del impuesto sobre el alumbrado público.**

En relación con el impuesto al servicio de alumbrado público, es necesario recordar que el artículo 1 de la Ley 97 de 1913<sup>16</sup> autorizó al Concejo de Bogotá para crear y organizar dicho tributo, potestad que se hizo extensiva a los demás entes territoriales de orden municipal, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 84 de 1915<sup>17</sup>.

El literal d) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-504 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, donde encontró que las atribuciones que confiere el legislador se ajustan a los artículos 313-4 y 338 de la Constitución Política, en el entendido que corresponde a los concejos municipales determinar los elementos del tributo cuya creación autorizó la citada Ley 14.

Así las cosas, el legislador otorgó la atribución a los concejos municipales para crear el impuesto *sobre el servicio de alumbrado público* en su respectiva jurisdicción, determinar los elementos esenciales, organizar su cobro y disponer de él para atender el servicio municipal.

### **2.3.3. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 6 de noviembre de 2019, de la Sala Plena de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, sobre el impuesto de alumbrado público.**

La Sala Plena de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en providencia del 6 de noviembre de 2019, C.P. Milton Chaves García, radicado número 05001-23-33-000-2014-00826-01 (23103), demandante: Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. – ISA ESP-, ha unificado la jurisprudencia en torno a los elementos esenciales del impuesto sobre el alumbrado público autorizado por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, fijando las siguientes reglas de unificación:

#### **“1. Sujeto activo**

(..)

**Regla (i)** *El sujeto activo del impuesto sobre el servicio de alumbrado público determinado por el legislador son los municipios.*

#### **2. Hecho generador**

(..)

<sup>16</sup> “Artículo 1º.-El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá, puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente, organizar su cobro y darles el destino que juez fue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental:

(...)

d) Impuesto sobre el servicio de alumbrado público. (...)

<sup>17</sup> “Artículo 1º Los Concejos Municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913:

a) Las que le fueron conferidas al Municipio de Bogotá por el artículo 1º de la Ley 97 de 1913, excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo siempre que las Asambleas Departamentales les hayan concedido o les concedan en lo sucesivo dichas atribuciones (...).”

**Regla (ii)** *El hecho generador del tributo es ser usuario potencial receptor del servicio de alumbrado público, entendido como toda persona natural o jurídica que forma parte de una colectividad, porque reside, tiene el domicilio o, al menos, un establecimiento físico en determinada jurisdicción municipal, sea en la zona urbana o rural y que se beneficia de manera directa o indirecta del servicio de alumbrado público.*

**3. Fórmulas o referentes utilizados por las autoridades municipales para determinar los elementos esenciales del impuesto sobre el alumbrado público**

**A. El carácter de usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica**

(..)

**Subregla a.** *Ser usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica es un referente válido para determinar los elementos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, toda vez que tiene relación ínsita con el hecho generador.*

**B. La propiedad, posesión, tenencia o uso de predios**

(..)

**Subregla b.** *La propiedad, posesión, tenencia o uso de predios en determinada jurisdicción municipal es un referente idóneo para determinar los elementos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, toda vez que tiene relación ínsita con el hecho generador.*

**C. El impuesto de industria y comercio**

(..)

**Subregla c.** *El impuesto de industria y comercio no es un referente idóneo para determinar los elementos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, pues no tiene relación ínsita con el hecho generador.*

**D. La existencia de activos ubicados o instalados en el territorio del municipio para desarrollar actividades económicas específicas**

(..)

**Subregla d.** *Las empresas dedicadas a la exploración, explotación, suministro y transporte de recursos naturales no renovables, las empresas propietarias, poseedoras o usufructuarias de subestaciones de energía eléctrica o de líneas de transmisión de energía eléctrica, las empresas del sector de las telecomunicaciones, empresas concesionarias que presten servicio de peajes o que administren vías férreas que tengan activos ubicados o instalados en el territorio del municipio para desarrollar una actividad económica específica serán sujetos pasivos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público siempre y cuando tengan un establecimiento físico en la jurisdicción del municipio correspondiente y, por ende, sean beneficiarias potenciales del servicio de alumbrado público.*

**E. Prueba de la calidad de sujeto pasivo del impuesto sobre el servicio de alumbrado público de las empresas que tienen activos en el territorio del municipio para desarrollar actividades económicas específicas**

(..)

**Subregla e.** *Tratándose de empresas que tienen activos en el territorio del municipio para desarrollar una determinada actividad económica, el municipio debe acreditar la existencia de establecimiento físico en la respectiva jurisdicción y con ello la calidad de*

---

*sujeto pasivo del impuesto sobre el alumbrado público.*

#### **4. Base gravable**

*La Sala considera que la base gravable del impuesto sobre el alumbrado público puede ser fija o variable, ya sea que se exprese en una determinada suma de dinero, o que se comprenda entre un máximo y un mínimo ajustado a la magnitud de la base gravable.*

*(..)*

**Subregla f.** *El consumo de energía eléctrica es un referente idóneo para determinar la base gravable de sujetos pasivos que tienen la condición de usuario regulado del servicio público de energía eléctrica.*

**Subregla g.** *La capacidad instalada es un parámetro válido para determinar la base gravable de las empresas propietarias, poseedoras o usufructuarias de subestaciones de energía eléctrica o de líneas de transmisión de energía eléctrica.*

**Subregla h.** *En los asuntos particulares, en que el sujeto pasivo encuadra en varias hipótesis para tenerlo como tal, solo está obligado a pagar el impuesto por una sola condición.*

#### **5. Tarifa**

*Frente a este elemento, la Sala ha considerado que las tarifas pueden expresarse en porcentajes fijos, proporcionales, o progresivos.*

*En todo caso, las tarifas deben ser razonables y proporcionales con respecto al costo de la prestación de este servicio a la comunidad. Costo que debe determinarse de conformidad con la metodología establecida por la CREG para la determinación de los costos máximos que deberán aplicar los municipios o distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público. La determinación de los costos reales del servicio y la redistribución entre los potenciales usuarios, en la práctica no es uniforme, dadas las dificultades que conlleva esa tarea por las particulares condiciones de las entidades territoriales y, por ello pueden acudir a distintos métodos razonables para calcular las tarifas.*

*Al regular el recaudo, en la Resolución 043 de 1995, la CREG prevé una limitación al señalar que “El municipio no podría recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento”.*

*En cuanto a las tarifas, vale recordar que en el impuesto de alumbrado público la tarifa debe reflejar el costo real de la prestación del servicio y, para el efecto, las entidades territoriales pueden acudir a distintos métodos para calcular las tarifas.*

*En los asuntos de carácter particular, la jurisprudencia ha mantenido el criterio de señalar que corresponde al sujeto pasivo del tributo desvirtuar “la razonabilidad y proporcionalidad” de la tarifa.*

**Subregla i.** *Las tarifas del impuesto sobre el servicio de alumbrado público deben ser razonables y proporcionales con respecto al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad.*

**Subregla j.** *La carga de probar la no razonabilidad y/o no proporcionalidad de la tarifa es del sujeto pasivo.”*

---

Con fundamento en el marco jurisprudencial dictado sobre la materia por el Consejo de Estado, máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, procede esta Sala a analizar el caso en concreto.

#### **2.3.4 Caso en concreto. Conclusiones.**

##### **2.3.4.1. Del alegado desconocimiento del derecho al debido proceso, derecho de defensa y contradicción**

La parte demandante aduce la violación al debido proceso y derecho de audiencia y defensa por parte de la entidad demandada, pues no le permitió controvertir las liquidaciones del impuesto de alumbrado público presentadas en los actos SH/059 del 28 de diciembre de 2017 y SHAP/011 del 17 de enero de 2018, en tanto los recursos interpuestos, decidió no tramitarlos desatendiendo lo establecido en los artículos 42 y 74 del CPACA, bajo el argumento que aún no se había expedido el acto administrativo de Resolución de Liquidación Oficial del Impuesto de Alumbrado Público, tal y como se señaló en el requerimiento SHAP/R009 del 21 de febrero de 2018 y la Resolución 005 de 2018.

Según la parte demandante, tales oficios constituyen típicos actos administrativos, susceptibles de interposición de los recursos de ley, razón por la cual, al no haberse atendido los recursos propuestos se violenta el debido proceso de la parte demandante, por no permitirle ejercer el derecho de defensa y contradicción de manera previa a la liquidación oficial del impuesto.

Pues bien, sea lo primero precisar que uno de los modelos para el recaudo de impuestos, además del de la autodeclaración privada y pago, es cuando la autoridad tributaria es la que se encarga de manera coercitiva de liquidar y cobrar el impuesto utilizando múltiples formas<sup>18</sup>.

En este modelo es de común ocurrencia que las actuaciones administrativas de determinación del impuesto sean sencillas, pues, las autoridades tributarias pueden, simplemente, conminar al contribuyente a que se acerque a las oficinas de tesorería para enterarse de la liquidación del impuesto y para pagarlo, o pueden enviar al domicilio del contribuyente las cuentas de cobro, las facturas, los formularios diligenciados del impuesto, etc.

La autoridad tributaria debe enterar de manera previa al contribuyente sobre el cobro del impuesto, de manera masiva o de manera individualizada, estableciendo plazos de pago y precisando lugares en donde se debe hacer el pago.

Adicionalmente, debe informar las oportunidades, la forma y las autoridades ante las que se puede controvertir el impuesto.

En estos casos, entonces, a diferencia del otro modelo, el recaudo del impuesto depende de la eficiencia de la autoridad que administra el impuesto, que tiene la obligación de exigir su pago inmediatamente se causa y, a más tardar, mientras no esté prescrita la obligación tributaria. Expedida la liquidación, podrá otorgar los recursos de ley para que pueda ser controvertida, en aras de garantizar el derecho de defensa y de contradicción.

---

<sup>18</sup> Acerca de los modelos para recaudar impuestos, consultar Consejo de Estado, Sección Cuarta, providencia del 2 de marzo de 2017, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, radicación 05001 23 31 000 2005 06567 01.

Tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado<sup>19</sup>, de acuerdo con lo previsto por los artículos 66 de la Ley 383 de 1997 y 59 de la Ley 788 de 2002, los municipios deben aplicar el procedimiento tributario establecido en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, **determinación** y **discusión** de los impuestos por ellos administrados. El término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrá disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de los tributos.

En el *sub examine* se encuentra probado que mediante oficio externo SH/059 fechado 28 de diciembre de 2017<sup>20</sup>, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO comunicó a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., que *“En documento de fecha 27 de noviembre de 2017, la administración Municipal de Villa del Rosario, le comunica la aplicación de un nuevo Acuerdo Municipal a través del cual se rigen nuevas tarifas para el impuesto de Alumbrado Público, y establece clasificaciones acorde a las actividades comerciales ejercida en el municipio. Basado en lo anterior, su empresa está clasificada en el Régimen Particular, con la actividad comercial – **Concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes (incluye vía férrea)** gravada con una tarifa de 30 Salarios Mínimos Mensual Legal Vigente (...)”*.

Así mismo, presentó a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., la liquidación del impuesto de Alumbrado Público para los meses de Junio (fecha de vigencia del Acuerdo 006) a Noviembre de 2017, así:

TARIFA MENSUAL:	<b>30 SMMLV</b>
TARIFA JUNIO	\$ 22,131,510.00
TARIFA JULIO	\$ 22,131,510.00
TARIFA AGOSTO	\$ 22,131,510.00
TARIFA SEPTIEMBRE	\$ 22,131,510.00
TARIFA OCTUBRE	\$ 22,131,510.00
TARIFA NOVIEMBRE	\$ 22,131,510.00
SALDO ANTERIOR	\$ 132,789,060.00
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 132,789,060</b>

Igualmente, está acreditado que mediante oficio externo SHAP/011 fechado 17 de enero de 2018, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO presentó a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., la liquidación del impuesto de Alumbrado Público para el mes de diciembre de 2017, así:

TARIFA MENSUAL:	<b>30 SMMLV</b>
TARIFA DICIEMBRE	\$ 22,131,510.00
SALDO ANTERIOR	\$ 132,789,060.00
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 154,920,570</b>

Además, le indicó que *“su empresa está clasificada en el Régimen Particular, con la actividad comercial – **Concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes (incluye vía férrea)** gravada con una tarifa de 30 Salarios Mínimos Mensual Legal Vigente (...)”*

Como se puede observar claramente, en tales oficios externos, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, le recuerda a la parte

<sup>19</sup> Sentencias del 30 de agosto de 2016, **Exp. 20671**, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, actor: Coninsa Ramón H S.A. y del 25 de julio de 2019, **Exp. 21972**, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, actor: Arquitectura y Concreto SAS.

<sup>20</sup> Folio 80 del expediente

demandante que en documento del 27 de noviembre de 2017 la administración comunicó la aplicación de un nuevo acuerdo municipal, a través del cual se rigen nuevas tarifas del impuesto sobre el alumbrado público y establece clasificaciones acorde a la actividad comercial, y la empresa está clasificada en el régimen particular con la actividad comercial –concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes (incluye vía férrea), gravada con una tarifa de 30 SMMLV; así mismo, le presentó la liquidación del impuesto por los periodos transcurridos a partir de junio, entrada en vigencia del Acuerdo 006 de 2017, y lo invitó a realizar el pago efectivo del impuesto adeudado.

La CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. presentó los días 17 y 26 de enero de 2018, recursos de reconsideración en contra de la liquidación del impuesto de alumbrado público contenida en los Oficios externos SH/059 y SHAP/011, emanados de la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO.

Mediante requerimiento SHAP/R009 del 21 de febrero de 2018, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO no tuvo como precedentes los recursos de reconsideración presentados por la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., contra los Oficios externos SH/059 y SHAP/011, con fundamento en el artículo 654 del Acuerdo 023 de 2013, Estatuto Tributario Municipal, *“ya que no existe acto administrativo de Resolución de Liquidación Oficial del Impuesto de Alumbrado Público, acto con el cual se da lugar a su interposición”*.

El 5 de marzo de 2018, la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. presentó recurso de reposición contra el requerimiento SHAP/R009 del 21 de febrero de 2018.

A su vez, mediante Resolución 005 de 2018, la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO le niega a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. la *“solicitud de aceptar los Recursos de Reconsideración interpuestos contra los oficios externos SH/059 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2017 Y SHAP/011 DEL 17 DE ENERO DE 2018, por cuanto no son susceptibles de su interposición teniendo en cuenta que la Administración Municipal no ha expedido el acto administrativo de RESOLUCION DE LIQUIDACION OFICIAL contra la CONCESIONARIA SAN SIMON S.A.”*

En efecto, para la Sala, y contrario a lo expuesto por la parte demandante, tanto el oficio externo SH/059 fechado 28 de diciembre de 2017, como el oficio externo SHAP/011 del 17 de enero de 2018, son **actos de cobro persuasivo, previos a la expedición de la liquidación oficial**, que constituye el acto definitivo por el cual la Administración determina el impuesto a cargo del contribuyente.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en providencia del 4 de mayo de 2015, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, precisó que el oficio de cobro persuasivo constituye un acto previo que garantiza el debido proceso de los contribuyentes, cuando en éste se informan los motivos *“...por los cuales consideró que la sociedad actora era sujeto pasivo de la obligación tributaria en discusión y expuso los factores que tuvo en cuenta para fijar y cuantificar el tributo”*, pues, en tal evento, se les da la oportunidad de manifestar sus opiniones con respecto al requerimiento de hecho, previo a proferir el acto administrativo de carácter definitivo. Es una primera etapa del proceso de cobro, que no es obligatoria sino simplemente discrecional de la entidad estatal, con el fin de lograr mayores niveles de eficiencia en el recaudo de la cartera en mora.

Sobre los recursos contra los actos de la administración tributaria en el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, el artículo 654 del Acuerdo 025 de 2013, contenido del Estatuto de Rentas Municipal, dispone que “*sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales de este estatuto, contra las **liquidaciones oficiales**, resoluciones que impongan sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas y demás actos producidos en relación con los impuestos administrados por la Secretaría de Hacienda **procede el recurso de reconsideración**”.* (Se realta).

Así, resulta claro para la Sala que el recurso de reconsideración presentado por la parte demandante contra los oficios SH/059 del 28 de diciembre de 2017 y SHAP/011 del 17 de enero de 2018, resultaba improcedente, pues se trataban de actos de naturaleza persuasiva, **previos al acto de liquidación oficial del impuesto**, y que obedecieron a una actuación administrativa mediante la cual el municipio acreedor invitó al demandante deudor a pagar voluntariamente su obligación del impuesto de alumbrado público, con el fin de evitar el trámite administrativo y los recursos que conlleva, y en general solucionar el conflicto de una manera consensuada y beneficiosa para las partes.

En ese orden, contrario a lo alegado por la parte demandante, el municipio demandado, **previo a expedir la liquidación oficial del impuesto**, a través de los oficios persuasivos SH/059 del 28 de diciembre de 2017 y SHAP/011 del 17 de enero de 2018, le informó a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., las razones por las cuales consideraba que debía pagar el tributo, garantizándole con ello el derecho de defensa. Constituyen por tanto actos previos que garantizaron el debido proceso del contribuyente demandante, cuando en estos se le informó los motivos por los cuales se considera que es sujeto pasivo<sup>21</sup>.

Uno de los aspectos relevantes en la aplicación del procedimiento tributario de orden nacional al territorial, es que los departamentos, municipios y distritos, en ejercicio de la función pública de administración y recaudo de los tributos, cuentan con la potestad para determinar el gravamen a cargo de los contribuyentes mediante un acto administrativo definitivo denominado **liquidación oficial**<sup>22</sup>.

Finalmente, en el *sub-exámene* está demostrado que posteriormente se expidió el acto definitivo susceptible de recurso de reconsideración, esto es, la **Resolución 012 del 25 de junio de 2018**, mediante la cual la Secretaría de Hacienda del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO realizó la **liquidación oficial** a nombre del contribuyente CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. con NIT 900.162.704-6 por valor de \$249.975.360,00, por concepto de impuesto alumbrado público por los periodos de julio de 2017 a mayo de 2018, frente a la cual la parte demandante, en efecto, presentó recurso de reconsideración, el cual fue decidido de fondo mediante la **Resolución 020 del 11 de diciembre de 2018**, y que constituyen los actos aquí demandados.

En consecuencia, la Sala desestima el cargo.

#### **2.3.4.2. Del cargo de falsa motivación de los actos acusados e infracción de las normas en que deberían fundarse**

<sup>21</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 10 de febrero de 2016, Sección 4ª, expediente 20712.

<sup>22</sup> En el Libro V del ETN, las liquidaciones oficiales revisten diferentes modalidades y finalidades: (i) verificar la exactitud de las declaraciones presentadas por los contribuyentes o corregir los errores de las declaraciones privadas (v. gr. liquidación oficial de revisión y de corrección aritmética) o (ii) para suplir su falta adelantando, para tal fin, las investigaciones necesarias para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias en su jurisdicción, no declarados (v. gr. liquidación de aforo).

Alega la parte demandante que la liquidación oficial desconoció el hecho de que la CONCESIONARIA SAN SIMON S.A. es la administradora y operaria del sistema vial denominado “Área Metropolitana de Cúcuta y Norte de Santander” que se encuentra excluido del servicio de alumbrado público por no estar a cargo del Municipio, según lo establecido en el Decreto 2424 de 2006 y los Acuerdos 025 de 2013 y 006 de 2017 expedidos por el Concejo Municipal de Villa del Rosario.

Aunado a lo anterior, sostiene que el hecho de que el numeral 2 del artículo 3 del Acuerdo 006 de 2017 haya establecido para el impuesto de alumbrado público una tarifa específica para las “concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes”, no significa que las concesionarias de carreteras nacionales se encuentren sujetos a esa disposición, pues las concesiones que están sometidas a tal tarifa son las contratistas de vías a cargo del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, siendo improcedente que liquide el impuesto conforme tarifas contempladas en el acuerdo municipal por la estación del peaje “La Parada” cuando adicionalmente, mes a mes, factura y cobra una sobretasa denominada “Impuesto alumbrado público” que se encuentra en los recibos de pago expedidos por CENS S.A. E.S.P. y que son cancelados desde el año 2008 y a la fecha.

Expuesto lo anterior, la Sala pasará a examinar si efectivamente la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., **es sujeto pasivo** del impuesto sobre el alumbrado público en el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO.

Revisado el contenido de la **Resolución 012 de fecha 25 de junio de 2018**, se advierte que el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO realiza la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público correspondiente a los meses de julio a diciembre de 2017 y enero a mayo de 2018 en cuantía de \$249'975.360, a nombre de la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., con fundamento en el Acuerdo 025 de 2013, Acuerdo 006 de 2017, artículos 1 y 3, y Acuerdo 021 de 2017.

El artículo 1 del Acuerdo 006 del 5 de junio de 2017 “por medio del cual se modifica parcialmente el Acuerdo 013 de 2015 y el Acuerdo 025 de 2013, y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Concejo del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, respecto de los **elementos del impuesto de alumbrado público**, señala lo siguiente:

**“ARTÍCULO PRIMERO:** Modifíquese el **ARTÍCULO 230** del Acuerdo No. 025 de 2013, el cual quedará así:

**ELEMENTOS DEL IMPUESTO TRIBUTARIO:** Son elementos del impuesto de alumbrado público:

1. **HECHO GENERADOR:** El hecho generador del impuesto de alumbrado público es el beneficio por la prestación del servicio de alumbrado público (artículo 349 de la Ley 1819 de 2017).
2. **CAUSACIÓN:** El impuesto se causa a partir del momento en que las personas naturales o jurídicas domiciliadas en el Municipio de Villa del Rosario comienzan a ser usuarias del servicio de energía o en su defecto, desarrollan actividades económicas de producción, transporte (transmisión) y/o comercialización de bienes y servicios o posean lotes o predios no construidos en esta jurisdicción.
3. **SUJETO ACTIVO:** El municipio de Villa del Rosario es el sujeto activo, titular de los derechos de liquidación, recaudo y disposición de los recursos correspondientes, y quien podrá celebrar los contratos o convenios que garanticen una eficaz y eficiente recaudo con sujeción a la ley y a lo aquí acordado.
4. **SUJETO PASIVO:** Son todos aquellos usuarios o beneficiarios directos o

- indirectos, incluso los potenciales del servicio de alumbrado público.*
5. **BASE GRAVABLE:** las bases gravables están constituidas por el valor facturado a los usuarios por concepto de consumo de energía eléctrica, desarrollo de actividades económicas y avalúos de lotes o predios no construidos establecidos en el presente acuerdo.
  6. **PERIODO GRAVABLE:** Por regla general el periodo gravable de este impuesto será mensual y podrá facturarse directamente por el municipio o mediante convenio o contrato de facturación conjunta con el comercializador del servicio de energía eléctrica en el Municipio de Villa del Rosario. Así mismo el Municipio en el caso de lotes y predios no construidos podrá liquidar y facturar como una sobretasa del impuesto del predial”.

En lo que respecta a la **tarifa del impuesto de alumbrado público**, el Concejo del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, mediante Acuerdo 021 del 30 de noviembre de 2017, “por medio de la cual se modifica el artículo tercero del Acuerdo 006 de 2017”, estableció lo siguiente:

**“ARTÍCULO PRIMERO:** Modifíquese el **ARTÍCULO TERCERO: TARIFAS DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO** del Acuerdo No 006 de 2017, el cual quedará así:

**ARTÍCULO TERCERO: TARIFAS DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO:** Los contribuyentes del régimen en general tendrán una tasa o tarifa porcentual sobre el consumo de energía, liquidada para cada período de consumo o facturación de su servicio de energía eléctrica, mientras que para los contribuyentes del régimen en particular tendrán una tasa o tarifa diferencial por actividades económicas, de acuerdo con la siguiente clasificación:

1. **REGIMEN GENERAL:** Pertenecen a éste régimen todos aquellos contribuyentes a quienes se les determine el tributo como un porcentaje de la liquidación del consumo de energía eléctrica del mes, aplicado antes de subsidios y/o contribuciones. (..) Las tarifas a aplicar a los usuarios del Régimen General serán las presentadas en las siguientes tablas:

(..)

**TABLA DE TARIFAS DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO A APLICAR EN LOS SECTORES COMERCIAL, INDUSTRIAL, OFICIAL DEL RÉGIMEN GENERAL**

<b>CONTRIBUYENTE CATEGORÍA</b>	<b>TARIFA IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO REGIMEN GENERAL</b>	<b>TOPE MÁXIMO</b>
COMERCIAL  INDUSTRIAL  OFICIAL	12% DE LA LIQUIDACION DEL CONSUMO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN EL MES DE FACTURACION- ANTES DE SUBSIDIOS Y CONTRIBUCIONES	10 SMMLV

**Parágrafo Primero:** El uso o estrato del contribuyente corresponde al indicado en la factura del servicio público de energía eléctrica o de cualquier otro servicio público domiciliario que se preste al usuario.

(..)

**Parágrafo Cuarto:** Los usuarios-contribuyentes del Sector No Residencial:

*Comercial, Industrial y Oficial, regulados y no regulados, en ningún caso cancelaran por concepto de impuesto de Alumbrado Público menos del 12% del valor del consumo de energía eléctrica facturada en el respectivo mes. Así mismo el valor del impuesto en locales o predios de uso no residencial que no registren consumo de energía eléctrica, el impuesto a facturar será el tope mínimo indexado para el estrato 6.*

(..)

2. **RÉGIMEN PARTICULAR:** *Aquellos sujetos pasivos que por su actividad económica como elemento diferenciador, se les fija la tasa o tarifa mensual del tributo de Impuesto de Alumbrado Público en valores fijos calculados con base en Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes – SMMLV.*

*Pertenece a este régimen los contribuyentes que se beneficien potencialmente o directamente del servicio de Alumbrado Público.*

*Los valores de las tarifas del Impuesto de Alumbrado Público a aplicar a los contribuyentes del Régimen Particular por actividades económicas serán las presentadas en la siguiente tabla:*

**TABLA DE TARIFAS DEL IMPUESTO POR EL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO A CARGO DE LOS CONTRIBUYENTES DEL REGIMEN PARTICULAR.**

(..)

<b>ACTIVIDAD ECONOMICA</b>	<b>TARIFA EN SMMLV \$/ MES</b>
<i>Concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes (incluye vías férreas)</i>	30 SMMLV

**Parágrafo Octavo:** *Cuando el sujeto pasivo se encuentre clasificado en dos o más categorías de las establecidas, deberá a pagar la tarifa más alta. (...)*

Como se puede observar, con base en las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, el Concejo del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO reguló el impuesto de alumbrado público mediante los Acuerdos citados en los que se determinó los elementos del impuesto de alumbrado público y la estructura tarifaria, considerando como sujetos pasivos a “*todos aquellos usuarios o beneficiarios directos o indirectos, incluso los potenciales del servicio de alumbrado público*”, y fijando a los contribuyentes del régimen particular dedicados a la actividad económica de “*Concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes (incluye vías férreas)*” una tarifa mensual de 30 SMMLV. En el plenario no hay referencia de que tales actos de carácter general hayan sido anulados por la jurisdicción, por lo que son las normas aplicables.

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia de 3 de noviembre de 2010, expediente 16667, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, con fundamento en las Leyes 142 y 143, ambas de 1994 y las definiciones de *servicio de alumbrado público* contenidas en la Resolución CREG 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006, precisó que **el hecho generador** de impuesto de alumbrado público es **ser usuario potencial receptor del servicio de alumbrado público**, y definió que **usuario potencial** es todo sujeto que hace parte de una colectividad que reside en determinada jurisdicción municipal, sin que sea necesario que reciba de forma permanente el servicio de alumbrado público, pues este es un servicio en constante proceso de expansión. Indicó que el hecho de que potencialmente la

colectividad pueda beneficiarse del mismo, justifica que ningún miembro quede excluido de la calidad de sujeto pasivo.<sup>23</sup>

Al respecto, la Sala encuentra que el parámetro utilizado en los actos administrativos acusados por parte del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, para considerar a la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. como sujeto pasivo del tributo, fue el hecho de ser usuaria del servicio de energía eléctrica situada en ese municipio “Km2 Autopista Internacional, al lado del Peaje”, supuesto que se enmarca en la **subregla a**, que señala que “Ser **usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica** es un referente válido para determinar los elementos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, toda vez que tiene relación ínsita con el hecho generador”.

Conforme a las facturas obrantes en folios 421 a 430, correspondientes a los periodos del mes de julio de 2017 al mes de diciembre de 2018, generadas por la empresa CENS S.A. E.S.P., en el plenario está acreditado que la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., es usuario de servicio de energía eléctrica: dirección: Autopista Internacional vía San Antonio, ciudad-barrio: Villa del Rosario – corregimiento La Parada, clase de servicio: comercial.

Cabe resaltar además, que, de acuerdo con la **subregla d** de la sentencia de unificación, son sujetos pasivos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, las empresas concesionarias que presten servicio de peajes<sup>24</sup> o que administren vías férreas que tengan activos ubicados o instalados en el territorio del municipio para desarrollar una actividad económica específica, siempre y cuando tengan un establecimiento físico en la jurisdicción del municipio correspondiente y, por ende, sean beneficiarias potenciales del servicio de alumbrado público.

En el caso concreto, está demostrado que como consecuencia de la adjudicación de la Licitación Pública No. INCO-SEA-L 009 de 2006, el día 02 de agosto de 2007, se suscribió contrato de concesión 006 de 2007 entre la hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI y la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., con el objeto adelantar los “estudios y diseños definitivos, Gestión Predial, Gestión Social, Gestión Ambiental, Financiación, Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Operación y Mantenimiento del Proyecto de Concesión Vial “Área Metropolitana de Cúcuta y Norte de Santander”.

En la cláusula 2 del contrato de concesión se estipuló que “*EL CONCESIONARIO deberá ejecutar – en el plazo establecido en el presente CONTRATO – las Obras de Construcción, Mejoramiento y Rehabilitación y todas las actividades correspondientes a la operación y mantenimiento del proyecto, necesarias para mantener todos y cada uno de los Trayectos del Proyecto de conformidad con el pliego de condiciones*”. (Ver folio 183). Igualmente, en la cláusula 7 se acordó que “*EL INCO hará la cesión al CONCESIONARIO de los derechos de recaudo de las*

<sup>23</sup> Al respecto, consultar Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 3 de noviembre de 2010, exp. 16667, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de 5 de mayo 2011, exp. 17822 C.P. William Giraldo Giraldo, de 3 de octubre de 2011, exp. 18330, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, de 10 de mayo de 2012, exp. 18043 C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, de 15 de noviembre de 2012, exp. 18440, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, de 11 de julio de 2013, exp. 19302, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, de 7 de mayo de 2014, exp. 19928, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, de 26 de febrero de 2015, exp. 19042, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de 2 de julio de 2015, exp. 19943, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, de 24 de septiembre de 2015, exp. 21217, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, de 8 de marzo de 2019, exp. 23218, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, de 4 de abril de 2019, exp. 24062, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, entre muchas otras.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 23 de noviembre de 2018, exp. 23251, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

*siguientes Casetas de Peaje: (i) Una caseta denominada La Parada ubicada en el sector La Parada Municipio de Villa del Rosario con cobro en los dos sentidos y (ii) Una caseta denominada El Escobal (..) Las Casetas de Peaje antes mencionadas y relacionadas en las Especificaciones de Operación y Mantenimiento serán instaladas por EL CONCESIONARIO para su operación y mantenimiento dentro de los plazos y condiciones establecidos en este CONTRATO y en las Especificaciones Técnicas de Construcción, Mantenimiento y Operación de las instalaciones de Peajes y Equipos". (Ver folio 185 reverso).*

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal, la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., identificada con el NIT 900162704-6, con domicilio en la ciudad de Bogotá con matrícula N° 01722581 del 19 de julio de 2007, tiene la actividad principal: construcción de carreteras y vías de ferrocarril.

Revisado en el sitio web de la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A.<sup>25</sup>, se observa que la misma tiene un punto de atención al usuario ubicado en la Autopista Internacional km 2 al lado del peaje "La Parada", en el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, Norte de Santander.

Con base en todo lo anterior, en virtud de la **subregla d** de unificación jurisprudencial, se puede concluir que la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., es sujeto pasivo del impuesto sobre el servicio de alumbrado público en el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, ya que se trata de una concesionaria que presta el servicio de peajes, cuenta con un punto de atención y una caseta de peaje en el territorio del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, es decir, tiene un establecimiento físico en esa jurisdicción municipal para desarrollar el contrato de concesión 006 de 2007, y por tal motivo, resulta beneficiada directa o indirectamente, de forma transitoria o permanente con el servicio de alumbrado público.

Por último, la parte demandante alega que de conformidad con el Decreto 2424 de 2006, las concesionarias de carreteras nacionales como lo es la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., administradora y operaria del sistema vial denominado "Área Metropolitana de Cúcuta y Norte de Santander", se encuentra excluida del cobro del servicio de alumbrado público por no estar a cargo del Municipio, y por tanto, no está obligada a pagar impuesto sobre el servicio.

Ciertamente, el Decreto 2424 de 2006 "*por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público*", artículo 2, estipula lo siguiente:

*"Definición servicio de alumbrado público. Es el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o Distrito. El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público.*

*Parágrafo. La iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos, sometidos al régimen de propiedad respectivo, no hace parte del servicio de alumbrado público y estará a cargo de la copropiedad o propiedad horizontal. También se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no estén a cargo del municipio o Distrito".*

<sup>25</sup> <http://www.concesionariasansimon.com.co/>

El servicio de alumbrado público fue definido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas en el artículo 1 de la Resolución 043 de 1995 *“Por la cual se regula de manera general el suministro y el cobro que efectúen las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios a municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público”*, como el *“servicio público consistente en la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular”*.

La anterior definición junto con la contenida en el Decreto 2424 de 2006 han sido tenidas en cuenta por la jurisprudencia del Consejo de Estado, para señalar que el servicio de alumbrado público es un derecho colectivo<sup>26</sup> que los municipios tienen el deber de suministrar de manera eficiente y oportuna y que, a su vez, la colectividad tiene el deber de contribuir a financiar para garantizar su sostenibilidad y expansión<sup>27</sup>.

Sin embargo, para la Sala es claro que el impuesto de alumbrado público determinado y liquidado en los actos acusados, con fundamento en la reglamentación local vigente y aplicable, la calidad de sujeto pasivo no le es atribuida a la parte demandante por las carreteras que le fueron entregadas en virtud del contrato de concesión 006 de 2007, sino por ser usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica, desarrollar la actividad económica particular de *“Concesiones viales y/o de administración y/o de operación de peajes (incluye vías férreas)”*, y contar instalaciones situadas en el municipio, como son la estación de peaje y el punto de atención, lo que permite configurar la calidad de sujeto pasivo del impuesto, acorde con las subreglas a y d de unificación jurisprudencial, ya mencionadas.

Así las cosas, si bien el parágrafo del artículo 2 del Decreto 2424 de 2006 excluye del servicio de alumbrado público la iluminación de las carreteras que no están a cargo del municipio, también es cierto que, de acuerdo con las normas aplicables y la jurisprudencia unificada, el hecho de que la CONCESIONARIA SAN SIMÓN, dedicada a la actividad de concesión vial y operación de peajes, sea suscriptor y reciba el servicio de energía eléctrica en el territorio que comprende el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, donde se encuentra situada con una infraestructura (punto de atención y peaje para el recaudo de la forma de pago de la concesión), resulta suficiente para que sea sujeto pasivo del impuesto.

Aunado a lo anterior, debe entenderse que cuando las carreteras pasan por la jurisdicción del municipio se encuentran gravadas con el tributo, en tanto se benefician del alumbrado público prestado por ese ente territorial.

En este orden de ideas, no existen elementos de juicio para afirmar que la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. no es sujeto pasivo del impuesto sobre el servicio de alumbrado público en el MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, por ende, el cargo está destinado a fracasar.

<sup>26</sup> Literal j) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

<sup>27</sup> Sentencia del 11 de marzo de 2010, Exp. 16667, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

## 2.4. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, 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, presupuestos que no se configuran en la presente etapa procesal.

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

### FALLA:

**PRIMERO: NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda promovida por la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., por medio de apoderado, en contra del MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO, conforme a los fundamentos jurídicos y probatorios expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

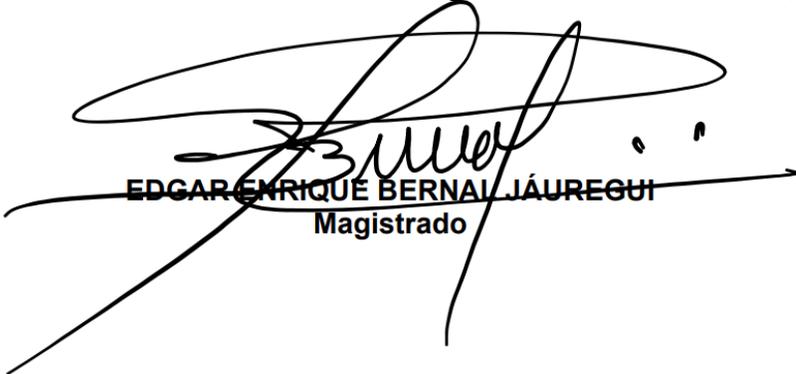
**SEGUNDO: ABSTENERSE** de efectuar condena en costas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO: DEVOLVER** a la parte demandante el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si los hubiere.

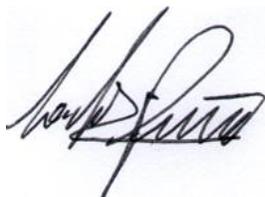
**CUARTO:** Una vez en firme la presente, **ARCHIVAR** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

### NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral Virtual de Decisión N° 2 del 12 de junio de 2020)



**EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI**  
Magistrado



**CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**  
Magistrado



**ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ**  
Magistrado



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

<b>Radicado:</b>	<b>Nº 54001-33-33-003-2014-00649-00</b>
<b>Accionante:</b>	<b>CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA Y OTROS</b>
<b>Demandado:</b>	<b>NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL</b>
<b>Medio de control:</b>	<b>REPARACIÓN DIRECTA</b>

### SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional contra la sentencia dictada el veintiocho (28) de agosto del año dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta en la que decidió:

**“PRIMERO:** Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de los perjuicios causados a los demandantes CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA, EDELSY MARIA MONTERO ACOSTA, EDILBERTO ALFONSO SERPA MONTERO, MARIA CAMILA SERPA MONTERO, ISAÍAS DÍAZ MONTERO y MARIA DEL CARMEN ACOSTA GLORIA.

**SEGUNDO:** Condenar a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a pagar:

a. **Por daño moral**, las sumas de dinero que se determinan a continuación:

<b>DEMANDANTE</b>	<b>CALIDAD</b>	<b>PERJUICIOS MORALES</b>
CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA	VICTIMA DIRECTA	40 SMLMV
EDELSY MARIA MONTERO ACOSTA	MADRE	40 SMLMV
EDILBERTO ALFONSO SERPA MONTERO	HERMANO	20 SMLMV
MARIA CAMILA SERPA MONTERO	HERMANA	20 SMLMV
ISAÍAS DÍAZ MONTERO	HERMANO	20 SMLMV
MARIA DEL CARMEN ACOSTA GLORIA	ABUELA MATERNA	20 SMLMV

b. **Por daño a la salud**, para CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA, la suma de CUARENTA (40) SMLMV.

c. **Por daño material**, en la modalidad de lucro cesante para **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA**, la suma de **SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL CIENTO CATORCE PESOS (\$65'871.174)**.

**TERCERO: Ordenar** a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, dar cumplimiento a este fallo dentro de los términos y condiciones a que alude el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.”

De conformidad con el artículo 153 del CPACA y en vigencia de la Ley 270 de 1996 la Sala de este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

## I. ANTECEDENTES

1.- Sentencia del 28 de agosto del año 2019, en la que se declaró responsable y se condenó a la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, la cual fue apelada por la parte condenada.

2.- Surtida la conciliación el 06 de noviembre de 2019 luego de la sentencia de primera instancia, las partes no presentaron propuesta conciliatoria alguna, declarándose fallida esta posibilidad por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, cumpliéndose con lo establecido en el artículo 192 inciso 4 del CPACA.

### A.- Posición de la parte demandante

3.- La demanda que dio origen al proceso fue interpuesta el 15 de octubre de 2014 por **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA** (víctima directa de la lesión) y su grupo familiar. Se dirigió contra la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, y tuvo como propósito obtener la reparación de los perjuicios sufridos por las lesiones del antes nombrado, en hechos ocurridos el día 17 de julio de 2012 en el municipio de Abrego – Norte de Santander, mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

4.- Las pretensiones se fundaron en los siguientes hechos:

4.1.- **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA**, fue reclutado por el Ejército Nacional como soldado campesino prestando el servicio militar obligatorio, para lo cual le practicaron todos los exámenes de conformidad a la ley, resultando apto para dicho deber.

4.2.- **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA**, el día 17 de julio de 2012, prestando el servicio militar en la base militar ubicada en la vereda de Oroque en jurisdicción del municipio de Ábrego – Norte de Santander, en desarrollo de la misión táctica dentro de la orden fragmentaria N° 001 “justicia”, seguridad y defensa cumpliendo una orden

emanada del C3 SÁNCHEZ CASTIBLANCO CARLOS, por orden de un superior intentó disuadir una pelea entre otros dos soldados campesinos y en el forcejeo el SLC OSCAR ARIAS URETA accionó el disparador de su arma de dotación hiriéndolo en el pie derecho, siendo trasladado de urgencia al Hospital de la ciudad de Ocaña.

Lo anterior se dejó descrito en el informe administrativo por lesiones N° 14 del 16 de octubre de 2012, suscrito por el Comandante del Batallón de Infantería N° 015 "Santander", donde se consignó que de acuerdo al artículo 24 del Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000, literal B, las lesiones fueron adquiridas en el servicio por causa y razón del mismo (fl. 31);

4.3.- La Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en acta N° 74485 de fecha 27 de noviembre de 2014, calificó las lesiones al soldado CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA con incapacidad permanente parcial no apto para actividad militar, con una disminución de la capacidad laboral del 21.7%, lesiones ocurridas en el servicio por causa y razón de este (fls. 88-89)

4.4.- Las lesiones sufridas por el exsoldado **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA**, las recibió prestando el servicio militar obligatorio

## **B.- Posición de la parte demandada**

Se pronuncia oponiéndose a las pretensiones de la demanda, advirtiendo que la causa inmediata del daño fue el disparo que recibió la víctima propinado por el SLC ARIAS URETA OSCAR quien accionó el disparador de su fusil. De ahí que se configure una "culpa personal del agente", en la medida que el agresor actuó sin causa justificada y por fuera de los fines funcionales del Ejército Nacional y solicita que en caso de considerarse que la fuente del daño es la prestación del servicio militar obligatorio, se declare la concurrencia de culpas entre el agente y la entidad estatal

## **C.- Sentencia recurrida**

El Juez Ad quo declaró la responsabilidad de la demandada, considerando que es administrativa y patrimonialmente responsable, toda vez que las lesiones sufridas por **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA** ocurrieron en servicio, por causa y razón de este, no apareciendo demostrada causal alguna exonerativa de la responsabilidad de la accionada, desarrollándola a través del título de imputación denominado "*daño especial*" en razón que se estableció que el joven **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA** durante la prestación del servicio obligatorio sufrió una lesión invalidante que ocurrió por causa y razón del mismo, en ese orden el daño del cual se deprecia la responsabilidad le resulta imputable al Estado, por lo que deberá ser indemnizado por la demandada, lo cual ordenó en relación al lucro cesante a realizarse a partir de la fecha del retiro como soldado como ocurrió el día 29 de diciembre de 2012.

## **D.- Recurso de apelación**

La NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia de fecha 28 de agosto de 2019 al encontrarse configurada las causales eximentes de responsabilidad de “*CULPA PERSONAL DEL AGENTE Y HECHO DE LA VICTIMA “SIC”*”, además de la falta de prueba sobre la conducta indebida del suboficial superior, incumpléndose el deber procesal de la carga de la prueba.

Frente a la liquidación precisa que en relación con el periodo indemnizable por el daño material – lucro cesante, se debe tomar desde la fecha de la consolidación del daño con la expedición del Acta de Junta Medica Laboral del 27 de noviembre de 2014 de conformidad a la sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera, proferida el 11 de julio de 2013. Exp. 28792, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio, en consecuencia solicita en caso de confirmarse la sentencia, se realice la corrección de la liquidación de los perjuicios materiales.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1 Problema Jurídico

De acuerdo con los puntos planteados en el recurso de alzada, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se concreta en dilucidar si resulta viable imputar a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL por el daño alegado por la parte demandante consistente en la lesión del soldado **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA**, ocurrida el día 17 de julio de 2012, mientras se encontraba prestando servicio militar obligatorio o si por el contrario se debe absolver de responsabilidad a dichas entidades, por encontrarse acreditada la causal excluyente de responsabilidad administrativa denominada “*culpa personal del agente*”, tal y como lo asegura el apoderado de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, y en caso de confirmarse la sentencia, pasar a revisarse la liquidación ordenada en cuanto al lucro cesante concretamente a la fecha de iniciación del término indemnizable de conformidad a lo solicitado en el escrito de apelación.

### 2.2 Tesis de la Sala en relación con el problema jurídico planteado

Para esta Sala, contrario a lo asegurado en el recurso de apelación, el aludido daño le resulta atribuible a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, bajo un régimen objetivo de responsabilidad, es el título de imputación de daño especial por las relaciones de especial sujeción que asume el Estado frente a los conscriptos, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, por lo que evidentemente resulta claro que la organización estatal debe responder por ellos frente a los daños que provengan de un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado regular; razón por la cual se procederá a confirmar la sentencia objeto de alzada, al no encontrarse causal de exoneración de la responsabilidad como lo plantea la apelación.

Ahora en cuanto al inicio del periodo indemnizable como lucro cesante, la Sala coincide con lo ordenado por el A Quo en cuanto consideramos que la indemnización se debe cuantificar desde la fecha que el conscripto se retira del servicio, esto es el 29 de diciembre de 2012.

## **2.3 Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala**

### **2.4.1 Responsabilidad estatal**

Primeramente, la Sala tiene en cuenta 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 integrantes de la fuerza pública voluntarios o profesionales.

Por una parte, con los 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, en tanto que en el caso de los soldados profesionales el ligamen se establece en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.

Por esta razón, 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 o a los patrulleros de la policía.

De otro lado, en lo concerniente al título de imputación aplicable a los daños causados a soldados y policías conscriptos, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha establecido que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional–, y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.

Sobre este punto, vale traer a colación la siguiente jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>1</sup>:

*“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de*

---

<sup>1</sup> Al respecto, consultar por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Expediente 18725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 15 de octubre de 2008. Expediente 18586 C.P. Enrique Gil Botero.

*responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas<sup>2</sup>; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:*

*... demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada<sup>3</sup> (negritas adicionales).*

De ahí que, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares en la medida en que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

De igual manera, con respecto a los conscriptos, el principio iura novit curia determina que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en uno o cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados, 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.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> En sentencia de 10 de agosto de 2005, Expediente 16205, el Consejo de Estado, al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridas por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, consideró: "...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho".

<sup>3</sup> Expediente 11401.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008. Expediente No. 18586

Respecto de la responsabilidad derivada de las obligaciones de especial sujeción que asume el Estado frente a los conscriptos, la Alta Corporación<sup>5</sup> ha precisado:

*“Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos (...) 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 conclusión, 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 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.”*

A pesar de todo, es probable que en este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades o el hecho del tercero como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por ende, no es procedente 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 soldados conscriptos, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión - a la Administración Pública.<sup>6</sup>

### 2.3.1 Caso en concreto

Verificados los elementos de juicio obrantes en el expediente, la Sala encuentra acreditadas las siguientes circunstancias:

- El actor **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA**, fue reclutado por el

<sup>5</sup> *Ibídem.*

<sup>6</sup> Sentencia del 15 de octubre de 2008. Expediente 18586.

Ejército Nacional como soldado campesino el día 30 de julio del 2011 prestando el servicio militar obligatorio.

- Que el día 17 de julio de 2012, El actor **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA** prestando el servicio militar en la base militar ubicada en la vereda de Oroque en jurisdicción del municipio de Ábrego – Norte de Santander, en desarrollo de la misión táctica dentro de la orden fragmentaria N° 001 “justicia”, seguridad y defensa cumpliendo una orden emanada del C3 SÁNCHEZ CASTIBLANCO CARLOS, por orden de un superior intentó disuadir una pelea entre otros dos soldados campesinos y en el forcejeo el SLC OSCAR ARIAS URETA accionó el disparador de su arma de dotación hiriéndolo en el pie derecho, siendo trasladado de urgencia al Hospital de la ciudad de Ocaña.
- Informe administrativo por lesiones N° 14 del 16 de octubre de 2012, suscrito por el Comandante del Batallón de Infantería N° 015 “Santander”, donde se consignó que de acuerdo al artículo 24 del Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000, literal B, las lesiones fueron adquiridas en el servicio por causa y razón del mismo (fl. 31);
- La Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en acta N° 74485 de fecha 27 de noviembre de 2014, calificó las lesiones al soldado CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA con incapacidad permanente parcial no apto para actividad militar, con una disminución de la capacidad laboral del 21.7%, lesiones ocurridas en el servicio por causa y razón de este (fls. 88-89)

Del anterior material probatorio relevante allegado al plenario, la Sala, en primera medida, encuentra acreditado el hecho dañino sufrido por la parte demandante, consistente en la lesión del joven soldado **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA**, ocurrida el día 17 de julio de 2012 mientras se encontraba prestando servicio militar obligatorio como soldado regular en el municipio de Ábrego – Norte de Santander, con incapacidad permanente parcial no apto para actividad militar, con una disminución de la capacidad laboral del 21.7%, lesiones ocurridas en el servicio por causa y razón de este.

Establecida así la existencia de un daño antijurídico, se debe proceder al estudio de su imputabilidad a la demandada, la que para el A quo se configura a la luz de la teoría objetiva del daño especial y para la entidad apelante no existe tal fundamento de la responsabilidad aplicable al caso, por configurarse una causal excluyente de responsabilidad estatal como lo es la “*culpa personal del agente*”.

Esta unificada jurisprudencialmente la posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del Juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para

la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este contexto, en aplicación del principio *lura Novit Curia*, el Juzgador puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria.

En los anteriores términos, a juicio de la Sala, contrario a lo asegurado en el recurso de apelación, el aludido daño le resulta atribuible a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, bajo un régimen objetivo de responsabilidad, con el título de imputación de daño especial, independientemente de que la lesión se haya originado en un ataque perpetrado por un grupo al margen de la ley o terceros, pues lo verdaderamente relevante en el caso en concreto es la existencia de una relación de especial sujeción, la cual se traduce en el hecho de que el señor **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA**, haya ingresado a prestar su servicio militar como soldado campesino el día 30 de julio de 2011 en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política, con el objeto de defender la independencia nacional y las instituciones públicas; situación que evidentemente produce la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas.

Prueba de las anteriores consideraciones, fueron relacionadas atrás, además relacionadas y valoradas por el Juez Ad Quo en el momento de proferir sentencia de primera instancia que declaró la responsabilidad de la demandada y ordenó su indemnización.

Adicionalmente, en múltiples líneas jurisprudenciales el Honorable Consejo de Estado ha señalado que cuando la administración pública impone el deber de prestar el servicio militar, se configura como una especie de compromiso en el cual se entiende que esa persona que presta tal servicio “se encuentra sometida a su custodia y cuidado”, situándose en una posición de riesgo, lo que en términos de imputabilidad significa que la administración debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública, pues en dicha circunstancia el Estado se encuentra en una posición de garante frente a la persona que presta el servicio militar obligatorio.

De lo expuesto anteriormente, tenemos que el señor **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA**, el 17 de julio de 2012, sufrió una lesión al intentar disuadir una pelea entre otros dos soldados campesinos y en el forcejeo el SLC OSCAR ARIAS URETA accionó el disparador de su arma de dotación hiriéndolo en el pie derecho, determinándose por la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en acta N° 74485 de fecha 27 de noviembre de 2014, una incapacidad

permanente parcial no apto para actividad militar, con una disminución de la capacidad laboral del 21.7%, lesiones ocurridas en el servicio por causa y razón del mismo.

Entonces, en el caso concreto, el daño está plenamente demostrado, deviene imputable en el plano fáctico y jurídico a la entidad demandada porque tal y como se advirtió con antelación, tuvo su origen mientras el soldado campesino se encontraba al interior del servicio militar obligatorio y dicho menoscabo representa un resquebrajamiento de la igualdad de las cargas públicas y reviste la connotación de especial y anormal, en tanto no está demostrado que haya tenido su génesis en una falla del servicio o en la concreción de un riesgo excepcional al cual se le hubiere sometido.

Por lo tanto, a la parte demandante le bastaba acreditar la existencia del daño, su concreción durante la prestación del servicio militar obligatorio y a causa del mismo, mientras que, desde el otro extremo, le correspondía a la entidad demandada a efectos de exonerarse de responsabilidad, establecer la configuración de una causal exonerativa que desvirtuara la imputación jurídica del daño en cabeza de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, circunstancia que se echa de menos en el proceso, pues por el contrario, dentro del expediente se encuentra plenamente acreditado que la lesión sufrida y que padece el señor **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA** cuando prestaba el servicio militar como soldado campesino, teniendo como su causa directa en la incorporación a la prestación del servicio militar a la que se vio abocado el prenombrado por mandato legal con el fin de definir su situación militar y no el presunto hecho del tercero alegado por la parte demandada, pues tal y como se expuso con anterioridad mediante las pruebas relacionadas, la lesión aleve, se presentó mientras el soldado campesino se encontraba de servicio de seguridad en el municipio de Abrego, es decir realizando funciones propias de su cargo, estando uniformado y con todos los elementos asignados para el servicio, situación que a criterio de la Sala, conlleva a que el hecho del tercero, “*si es que hubo*”, no sea ajeno a la demandada.

Así las cosas, la Sala encuentra debidamente acreditado dentro del proceso los supuestos jurisprudenciales necesarios para declarar la responsabilidad objetiva de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, como lo es i) la existencia del daño, que para este caso concreto se configuró con la lesión del soldado campesino **CARLOS JOAQUÍN MONTERO ACOSTA** y ii) la existencia de un nexo causal entre ese daño y la actividad de la administración, pues está probado que el hecho se produjo durante la prestación del servicio militar; por lo que en ese orden de ideas, surge para la entidad demandada el deber de reparar los perjuicios a la parte demandante; razón por la cual, en cuanto a la declaratoria de responsabilidad estatal, la sentencia apelada deberá ser confirmada en la parte de la declaratoria de la responsabilidad administrativa de la demandada de conformidad a los términos de la apelación.

Una vez decidido la primera parte del recurso en la parte de la responsabilidad por el daño invocado, la Sala pasa a resolver lo subsidiariamente solicitado por la

demandado en el escrito de apelación referido a la iniciación del periodo a indemnizar con relación al daño material – lucro cesante, para lo cual compartimos lo expresado por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente Dr. MAURICIO FAJARDO GOMEZ en sentencia del 16 de septiembre del año 2013 dentro del proceso con radicación número: 50001-23-31-000-2000-00031-01(29088) actor: FELIX EDUARDO MONTOYA MOYANO y Demandado el MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

*“6.2.1 Lucro cesante. El Tribunal de primera instancia denegó el reconocimiento de indemnización por concepto de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, por cuanto consideró que en el expediente no se acreditó que la víctima directa del daño, antes de ingresar a prestar su servicio militar obligatorio, ejerciera una actividad productiva. Al respecto, la Sala considera que éste punto debe ser modificado por cuanto fue objeto de apelación por la parte actora, pero además por que la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido que las personas que ingresan a prestar su servicio militar obligatorio como soldados bachilleres, **a partir del momento en que finalizan su prestación, inician su vida productiva**<sup>13</sup>. En efecto, no existen pruebas en el proceso que determinen que la víctima percibía un ingreso como contraprestación por dicho servicio y mucho menos que antes de ser vinculado al Ejército como soldado bachiller ejercía una actividad productiva, **pero en consideración al criterio de la Corporación según el cual se entiende que a partir del retiro del servicio el demandante iniciaría su vida productiva, se accederá a la referida indemnización.** De igual manera se precisa que **la indemnización que dentro de esta sentencia se reconocerá será cuantificada desde la fecha en la cual el actor se retiró de la entidad, hasta su vida probable –con base, claro está, en su incapacidad física– y no a partir de la ocurrencia de los hechos.**”*

Entonces con esta consideración el criterio de la Sala y como lo es el del A Quo, compartimos la decisión entendiendo y aceptando que a partir del retiro del servicio el actor **CARLOS JOAQUIN MONTERO ACOSTA** iniciaría su vida productiva, y es desde este momento que debe acceder a la referida indemnización como se ordenó en la sentencia objeto de la apelación que nos ocupa, es decir, cuantificada desde la fecha en la cual el actor se retiró de la entidad a causa de su lesión, por lo que se confirmara igualmente lo decido por el Juez de primera instancia en este tema indemnizatorio.

#### **E.- Costas**

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

### **III. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia de primera instancia de fecha 28 de agosto del año 2019 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas.

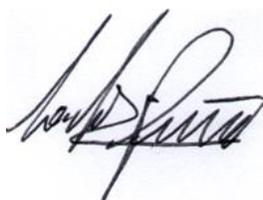
**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

*(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral Virtual de Decisión N° 2 del 12 de junio de 2020)*



**EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI**  
Magistrado



**CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**  
Magistrado



**ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ**  
Magistrado



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

**Magistrado Ponente:** Carlos Mario Peña Díaz

San José de Cúcuta, doce (12) de junio del dos mil veinte (2020)

**Ref. Radicado No:** 54-001-33-33-005-2014-01313-01  
**Accionante:** Héctor Julio Reyes Posada  
**Accionado:** Municipio de Villa del Rosario – Constructora FOJI LTDA – Administrador de la Copropiedad conjunto cerrado Punta Gaviota.  
**Medio de Control:** Protección de Derechos e Intereses Colectivos

Visto el informe secretarial que antecede se procede a decidir la apelación interpuesta contra de la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2018 proferida dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos promovida por el señor **Héctor Julio Reyes Posada** en contra del: **Municipio de Villa del Rosario – Constructora FOJI LTDA – Administrador de la Copropiedad Conjunto Cerrado Punta Gaviota.**

### 1.- ANTECEDENTES

El señor Héctor Julio Reyes Posada actuando en nombre propio en ejercicio del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos consagrada en el artículo 88 de la Carta Política y desarrollado por la Ley 472 de 1998, presentó demanda contra el Municipio de Villa del Rosario – Constructora FOJI LTDA – Administrador de la Copropiedad Conjunto Cerrado Punta Gaviota con el objetivo de que se protejan los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano, la preservación y restauración del medio ambiente y la salubridad pública<sup>1</sup>.

**1.1. Los hechos que sirven de fundamento a la acción instaurada son los siguientes:**

---

<sup>1</sup> Loas derechos colectivos considerados vulnerados por el demandante, visto a folio 2 del expediente.

Indica el accionante que en razón al Acuerdo 043 del 28 de diciembre de 2000 expedido por el Concejo Municipal de Villa del Rosario en el cual se adopta la Revisión General del Plan Básico de Ordenamiento Territorial (PBOT) del Municipio de Villa del Rosario, quedó establecido que la Carrera Sexta ubicada entre la calle 21 y 22 debe prolongarse y terminar hasta el anillo vial, encontrándose previamente demarcada para el uso de la comunidad, pero actualmente en la realidad, dicha carrera se encuentra cerrada por la instalación de un portón de acceso al Conjunto Residencial Punta Gaviota convirtiéndose en un terreno de propiedad privada, además aduce el accionante que el Conjunto Cerrado Punta Gaviota se apropió ilegalmente del lote señalado como Carrera Sexta, violando así los derechos e intereses colectivos más exactamente el espacio público de la comunidad del Municipio de Villa del Rosario.

El accionante en busca de la protección de los derechos colectivos e intereses de la comunidad presentó derecho de petición y querrela policiva ante la alcaldía municipal tendiente a la recuperación del espacio público de la Carrera Sexta frente a la entrada del Conjunto Cerrado Punta Gaviota.

La alcaldía municipal de Villa del Rosario mediante Resolución 456 del 18 de Diciembre del 2012 dio contestación a la medida policiva y decide negar la solicitud de restitución del espacio público, argumentándose en lo siguiente:

- Que, el conjunto cerrado Punta Gaviota cumple con todas las especificaciones establecidas en las normas pertinentes establecidas en el artículo 91 del PBOT del Municipio de Villa del Rosario.
- Que, sus licencias de urbanización son válidas y completamente legales.
- Que, sobre el predio en el que se construyó la mencionada obra denominado conjunto cerrado Punta Gaviota no pesa ni pesaba afectación a las obras publicas al momento de expedirse las licencias de urbanismo.
- Que, en los archivos de la alcaldía de Villa del Rosario no reposa documento alguno que acredite la compra por parte del Municipio de tales vías, por lo tanto las vías continúan siendo privadas.

Observaciones que concluyen con la adhesión a todos los lineamientos de la norma pertinente.

En consecuencia el accionante decidió interponer el mecanismo de protección de derechos e intereses colectivos para proteger a la comunidad del Municipio de Villa del Rosario.

## **1.2. PRETENSIONES**

Mediante el ejercicio de la acción la parte actora pretende:

1. *“Que se ordene al Municipio de Villa del Rosario la recuperación de la carrera Sexta hasta encontrar la oreja del anillo vial.*
2. *Que se ordene al Municipio de Villa del Rosario la demarcación y pavimentación de la Carrera sexta hasta la oreja del Anillo vial.”*

## **1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **1.2.1. De la Constructora FOJI LTDA.**

En la contestación de la demanda el representante judicial de la Constructora FOJI señaló que el actor en la demanda no hizo referencia al lugar exacto de ubicación de la Carrera 6 en el PBOT, haciéndose imposible su identificación, además argumentó que la Constructora FOJI procedió al cierre e instalación de la portería del Conjunto Cerrado Punta Gaviota amparándose en las licencias legales de urbanismo y construcción No. 0071, 0072, y 0248 expedidas por la Subsecretaria de Control Urbano del Municipio de Villa del Rosario.

Argumenta que las afirmaciones realizadas por la parte actora no pueden ser reflejo de posible realidad, pues considera que se requiere de un estudio técnico a fin de establecer la realidad de las cosas. Por lo anterior indica que no se están vulnerando los derechos colectivos denunciados.

En cuanto a las pretensiones presentadas, el demandado se opone a todas y cada una de ellas argumentando que la Constructora FOJI LTDA nunca ha bloqueado o taponado y/o impedido el acceso a las vías públicas, ni mucho menos las

autoridades administrativas han permitido tales abusos porque los terrenos y la vía nunca han sido de carácter público.

## **2.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

Mediante sentencia del diez (10) de diciembre de 2018, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cúcuta decide negar las pretensiones invocadas por el demandante en contra del Municipio de Villa del Rosario, Constructora Foji LTDA, y Copropiedad Conjunto Cerrado Punta Gaviota, pues luego del análisis fáctico-jurídico realizado y la valoración de las pruebas recaudadas, no se logra acreditar que el Conjunto Cerrado Punta Gaviota se encuentre amenazando, vulnerando o poniendo en peligro los derechos colectivos invocados por el actor popular por las siguientes razones:

El Conjunto Cerrado Punta Gaviota cumple con las disposiciones del PBOT y de las normas respectivas, como licencias de urbanización y construcción<sup>2</sup> expedidas por la Subdirección de Control Urbano del Municipio de Villa del Rosario.

En el acervo probatorio no se acreditó la existencia de escrituras públicas de cesión de áreas destinadas a vías públicas, ni documento alguno que autentique la compra, o cualquier otra forma de adjudicación del título de dominio por parte del Municipio de Villa del Rosario de los terrenos que comprenden la carrera 6 entre calle 21 y 22 del Conjunto Cerrado Punta Gaviota.

Dentro de las pruebas decretadas de oficio se solicitó al Instituto Nacional de Vías- INVIAS<sup>3</sup>, información correspondiente a la naturaleza de la vía y posible invasión de la misma, quien informó que la carrera 6 es una vía urbana dentro del Barrio Portal de los Alcázares, además que no era posible determinar si se presentó invasión indebida.

Al mismo tiempo se decretó prueba de oficio, donde se requería que la Secretaría de Infraestructura del Departamento Norte de Santander informara de la existencia de invasión o no a la carrera 6 por parte del Conjunto Cerrado

---

<sup>2</sup> Copias de Licencias de Construcción y Urbanismo No. 0071, 0072, 0248 Folios: 86 al 103 del cuaderno principal.

<sup>3</sup> Ver oficio DT-NSA 3228 del 29 de Enero de 2016 folio 199 al 202 del cuaderno principal.

demandado, a lo que contestó en palabras textuales *“pero por lo observado en la visita, no se puede afirmar categóricamente que efectivamente haya invasión o indebida utilización del espacio público, en el sector de la referencia.”*<sup>4</sup>

El Acuerdo No. 015 del 9 de septiembre de 2013 el cual modificó el Acuerdo Municipal No. 043 de diciembre de 2000, por el cual se adopta el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Villa del Rosario en su artículo 16 establece lo siguiente: *“Que el barrio Punta Gaviota se encuentra ubicado de la calle 17 a la calle 23 vía anillo vial oriental a la autopista internacional, el cual limita por el sur con el anillo vial oriental, por el norte con el portal de los alcázares, por el occidente con el bunker/Toyota y por el oriente con el anillo vial oriental.”*<sup>5</sup> y además se pudo determinar que en su artículo 62 tabla 20 en el ítem denominado-vía urbana de segundo orden no aparece registrada la carrera 6 objeto de discusión en el proceso.

De acuerdo a lo anterior el despacho judicial de instancia llega a la conclusión de que a pesar que se construyó un portón en las calles 21 y 22, siendo esta la entrada principal del Conjunto Cerrado Punta Gaviota, no se constituye una violación o invasión al espacio público, pues dicho conjunto cumple con todos los requisitos de diligenciamiento como licencias de urbanización y construcción, y por lo tanto este está constituido dentro de las zonas comunes de carácter privado y no de uso público.

### **3.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

La parte accionante decide, interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando lo siguiente:

#### **3.1 DE LA PARTE ACCIONANTE**

El señor Héctor Julio Reyes Posada a través de escrito de apelación<sup>6</sup>, solicita revocar la decisión contenida en el fallo objeto de recurso de fecha 10 de diciembre de 2018 y en su lugar pide se acceda a las pretensiones invocadas en la acción popular en referencia.

---

<sup>4</sup> Inspección realizada por la Secretaria de Infraestructura, 31 de diciembre de 2015 folio 194-196.

<sup>5</sup> Acuerdo Municipal No. 015 de 2013 Artículo 16 Pag: 23

<sup>6</sup> Visto a folio del 410 a 416 del expediente

Sostiene que el Conjunto Punta Gaviota no corresponde a un conjunto cerrado por cuanto no aparece en el PBOT actual ni en los anteriores como un conjunto de modalidad cerrado y por lo tanto no puede tener áreas y vías comunes y menos un portón de entrada con acceso restringido pues en la tabla número 8 de dicho acuerdo aparece el mencionado conjunto en el numeral 6 como de tipo abierto cuya ubicación se detalla de la calle 17 a la calle 23 lindando con el anillo vial.

Además se debe tener en cuenta el Plan Básico de Ordenamiento Territorial que se encontraba vigente para la fecha de construcción del conjunto, es decir el acuerdo 043 del 28 de diciembre del 2000, por cuanto en este se establece la existencia de la carrera 6 y para eso se hace imprescindible que el despacho estudie el oficio SUC 061 del 31 de julio de 2012 emanado de la subsecretaria de control urbano donde confirma la existencia de la carrera 6 y además se constató que el conjunto cerrado punta gaviota no permite la continuidad de las mimas que se generan en la urbanización Portal de los Alcazares y también el informe rendido por el Subsecretario de Infraestructura del Municipio de Villa del Rosario el 9 de febrero de 2012, contenido en el oficio SIV 007 donde aduce lo siguiente: *“Una vez ubicados sobre la carrera 6 del sector lomitas en la urbanización portal de los alcázares existe una vía que lleva al predio materia de esta diligencia, que se encuentra obstaculizada por una portería con su respectiva reja metálica que restringe la libre movilización.”*

A su vez, el despacho debe tener en cuenta dentro de su valoración probatoria las escrituras públicas<sup>7</sup> que obran en el proceso las cuales dan cuenta que desde el año 1997 se viene hablando de la existencia de la carrera 6 y que es solo a partir del año 2008 que esta desaparece con la construcción del conjunto cerrado Punta Gaviota, donde se puede inferir de acuerdo a sus linderos la existencia de la carrera 6, pues las manzanas 1, 2, 3 y 4 linderan al occidente con la carrera 6.

Así las cosas, el actor solicita se revoque la decisión contenida en el fallo pues a pesar de que existen permisos de construcción para el conjunto Punta Gaviota, lo cierto es que dichas licencias no pueden estar por encima de los acuerdos del PBOT del Municipio de Villa del Rosario.

---

<sup>7</sup> Escrituras públicas aportadas al proceso, a folios 148 al 168.

### **3.2 De la Constructora FOJI LTDA.**

La apoderada de la Constructora FOJI LTDA a través de escrito de apelación<sup>8</sup>, solicita confirmar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Oral Administrativo de Cúcuta expedida el 10 de diciembre de 2018, donde se negó las pretensiones invocadas por el accionante.

Manifiesta que el A quo tomó una decisión adecuada a derecho puesto que la carrera 6 donde se encuentra ubicado al Conjunto Cerrado Punta Gaviota nunca ha sido vía pública, por lo tanto con la instalación de la portería no se vulneró ningún derecho colectivo específicamente el espacio público, porque precisamente el cierre de la vía se encuentra fundamentado en las licencias de construcción y urbanismo No. 0071, 0072 y 0248 expedidas por la Subsecretaria de Control Urbano del Municipio de Villa del Rosario en las fechas 09 de septiembre de 2008 y 05 de octubre de 2009 respectivamente.

Señala además que resulta importante tener en cuenta las inspecciones ordenadas de oficio por parte de la juez Quinto administrativo<sup>9</sup> del mismo modo la resolución No. 456 del 18 de septiembre de 2012, expedida por la Alcaldía de Villa del Rosario donde se niegan las pretensiones del actor, el oficio SCU-137-012 del 5 de septiembre del 2012 expedida por el Subsecretario de Control Urbano, la Inspección ocular por parte del señor inspector de policía la parada del 06 de septiembre de 2012, donde realmente se puede inducir la naturaleza privada de dicha vía, y los argumentos para que no sea considerada como una vía pública.

Finalmente la apoderada judicial aduce que el conjunto cerrado Punta Gaviota cumple con todos los lineamiento de las normas respectivas de un terreno que se ha desarrollar como conjunto cerrado y en el marco legal permitido pues por medio de las licencias de construcción y urbanismo, se autorizó a la constructora FOJI LTDA para efectuar el correspondiente cerramiento en muro y la posterior construcción de 154 viviendas para la conformación del Conjunto Cerrado Punta Gaviota.

---

<sup>8</sup> Visto a folios 442 a 449 del expediente

<sup>9</sup> Visto a folios 187 a 202 del expediente

## **4. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA**

### **4.1 Problema jurídico.**

Considera la Sala que el problema jurídico que surge del análisis del libelo de la demanda, así como de las contestaciones respectivas y las pruebas decretadas en el presente caso, es el siguiente:

Si la sentencia proferida por el Juez Quinto Administrativo Oral de Cúcuta el día 10 de diciembre de 2018 debe ser confirmada, o si por el contrario la misma debe ser revocada o modificada, procediéndose al estudio de fondo del presente asunto para determinar si las partes demandadas amenazan los derechos e intereses colectivos señalados por el actor y en caso que se demuestre dicha amenaza, determinar si las mismas son las competentes para realizar las acciones para superarla.

### **4.2. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado.**

#### **4.2.1.- Tesis de la parte Accionante.**

Considera que en el caso que nos ocupa, se da una clara violación a los derechos e intereses colectivos a cargo del Conjunto Cerrado Punta Gaviota y la Constructora FOJI LTDA en contra de los pobladores del Municipio de Villa del Rosario, ya que con la instalación de un portón de acceso a dicho conjunto residencial realizado sobre una vía de carácter público, es decir la carrera 6, se encuentra vulnerado el Derecho Constitucional al espacio público establecido expresamente en los artículos 82 y 88 de la Carta Fundamental bajo el título de los Derechos Colectivos y del Ambiente.

#### **4.2.2.- Tesis del A quo.**

La Juez Quinto Administrativo Oral de Cúcuta en sentencia del 10 de diciembre de 2018, decidió no amparar los derechos colectivos al espacio público, y ordenó negar las pretensiones invocadas en la presente acción popular por el accionante Héctor Julio Reyes Posada en contra del Municipio de Villa del Rosario, Constructora FOJI LTDA y Copropiedad Conjunto Cerrado Punta Gaviotas, puesto

que luego de realizado el análisis factico jurídico reseñado y la valoración de las pruebas recaudadas, se logra acreditar y probar que los accionados no se encuentran amenazando vulnerando o poniendo en peligro el Derecho Colectivo invocado por el actor popular.

#### **4.2.3- Tesis de la Sala.**

En el presente caso para la Sala debe confirmarse la decisión de instancia, pues no existe vulneración a los derechos colectivos al espacio público por la instalación de un portón el cual evita el tránsito con ocasión del cerramiento de la carrera sexta ubicada entre las calles 21 y 22 del Municipio de Villa del Rosario, por parte del Conjunto Cerrado Punta Gaviota y de la Constructora FOJI LTDA, toda vez que no encuentra demostrado en el actual Plan Básico de Ordenamiento Territorial (PBOT) es decir, el acuerdo No. 015 de 2013, que el Conjunto Cerrado Punta Gaviota este invadiendo el espacio público.

De esta manera, los argumentos del impugnante no están llamados a prosperar y por tal razón la sentencia de primera instancia de fecha 10 de diciembre de 2018, será confirmada en todas sus partes.

#### **4.2.4. Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala:**

En orden a resolver la cuestión planteada en el apartado anterior, la Sala estima pertinente abordar los siguientes temas: (i) De los derechos e intereses colectivos; (ii) Consideraciones generales sobre la acción popular; (iii) Del derecho constitucional al espacio público (iv) De la normatividad vigente aplicable al caso en concreto (v) Análisis de las pruebas obrantes dentro del proceso; (vi) El caso concreto.

#### **4.2.5 De los Derechos e Intereses Colectivos**

En reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado ha manifestado que *“los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley”* *“los derechos particulares comunes a un grupo de personas no constituyen derechos*

*colectivos” “No deben confundirse los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables. La distinción entre intereses subjetivos y colectivos de un grupo depende de la posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica. Así, de los derechos colectivos puede afirmarse que a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás, y solo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar”<sup>10</sup>*

#### **4.2.6 Las acciones populares, finalidad y procedencia**

Las acciones populares tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro, agravio o daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas. Se caracterizan por poseer un carácter altruista pues mediante su ejercicio se busca que la comunidad afectada pueda disponer de un mecanismo jurídico para la rápida y sencilla protección de los referidos derechos, cuya amenaza o vulneración, así como la existencia del peligro, agravio o daño contingente, deben probarse necesariamente para la procedencia del amparo. Se tienen entonces como supuestos sustanciales para la procedencia de las acciones populares, los siguientes: a) Una acción u omisión de la parte demandada; b) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana; y c) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.

A su vez, el mecanismo de la acción popular se encuentra consagrado en la

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2007, Radicación número: 76001-23-31-000-2003-01856-01(AP). C.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

constitución política de Colombia en su artículo 88<sup>11</sup> y reglamentadas por la ley 472 de 1998 quienes buscan la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Ahora bien, en el caso que nos atañe, la constitución política establece en ese mismo artículo el deber del estado de proteger los derechos e intereses colectivos relacionados con el espacio público, derecho consagrado expresamente en el artículo 82 de la carta donde se reconoce el derecho a gozar del espacio público y le atribuye al estado el deber de velar por la protección a su integridad y por su destinación al uso común.

#### **4.2.7 Del Derecho al Espacio Público**

En principio, resulta pertinente resaltar que el artículo 82 de la Constitución Política señala:

**ARTICULO 82.** *“Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común”.*

En el marco legal el espacio público de acuerdo a la ley 9 de 1989 se puede conceptualizar así:

**Artículo 5:** *“Entiéndase por Espacio Público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses de los habitantes.”*

En este orden de ideas dentro del marco jurisprudencial la Corte Constitucional

---

<sup>11</sup> Constitución Política de Colombia Artículo 88: *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos*

define el espacio público en su sentencia T-508 de 1992<sup>12</sup>:

- “a) Como deber del Estado de velar por la protección de la Integridad del Espacio Público.*
- b) Como deber del Estado de velar por su destinación al uso común.*
- c) Por el carácter prevalente del uso común del Espacio Público sobre el interés particular.*
- d) Por la facultad reguladora de las entidades públicas sobre la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.*
- e) Como Derecho e Interés Colectivo.*
- f) Como objeto material de las acciones populares y como bien jurídicamente garantizable a través de ellas”.*

#### **4.2.8 Régimen Normativo aplicable al Caso en Concreto**

Respecto a lo atinente del espacio público y el ordenamiento territorial del suelo, la Ley 9 de 1989 modificada por la ley 388 de 1997, define lo siguiente:

**Artículo 5º CONCEPTO.** *El ordenamiento del territorio municipal y distrital comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.*

**Artículo 3 FUNCIÓN PÚBLICA DEL URBANISMO:** *El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines: 1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común (...)*

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sala de Revisión No. 5, Sentencia T-508 de 1992, MP: Dr. FABIO MORON DIAZ, 28 de agosto de 1992.

Por lo tanto y de acuerdo a lo anterior, le corresponde a los Municipios formular y adoptar los planes de ordenamiento del territorio contemplados en la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo y la ley 388 de 1997, y además reglamentar de manera específica los usos del suelo en las áreas urbanas, de expansión y rurales.

De igual modo la expedición de las licencias de construcción y urbanísticas conforme al artículo 99 de la ley 388 de 1997 se deben sujetar al plan de ordenamiento territorial expedido por el municipio y a las normas urbanísticas el cual estará constituido por las políticas, acciones, programas y normas para encauzar y administrar el desarrollo físico urbano.

**Artículo 99: Numeral primero:** “Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rural, se requiere licencia expedida por los municipios, los distritos especiales (...)”

**Numeral tercero:** “Dichas licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 (...)”.

De igual manera en la ley 136 de 1994 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, establece dentro de las funciones del municipio:

### **Artículo 3 FUNCIONES DEL MUNICIPIO:**

**Numeral 9:** “Formular y adoptar los planes de ordenamiento territorial, reglamentando de manera específica los usos del suelo en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes y teniendo en cuenta los instrumentos definidos por la UPRA para el ordenamiento y el uso eficiente del suelo rural. (...)”

**Numeral 23:** “En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal. Continuarán a cargo de la Nación, las vías urbanas que formen parte de las carreteras nacionales, y del Departamento las que sean departamentales”.

Pero para que se dé la promulgación de las licencias de urbanismo y construcción, se debe tener en consideración por parte del municipio, que

estas solo podrán expedirse una vez el plan de ordenamiento territorial sea adoptado, antes de eso no se podrán expedir licencias de construcción de acuerdo a la sujeción establecida en el numeral 3 artículo 99 de la ley 388 de 1997, en cuanto a eso el artículo 20 de la ley 388 de 1997 establece lo siguiente:

**ARTICULO 20. OBLIGATORIEDAD DE LOS PLANES DE ORDENAMIENTO.**

*“Cumplido el período de transición previsto en la presente ley para la adopción del plan de ordenamiento territorial, las autoridades competentes sólo podrán otorgar licencias urbanísticas una vez que dicho plan sea adoptado. Ningún agente público o privado podrá realizar actuaciones urbanísticas que no se ajusten a las previsiones y contenidos de los planes de ordenamiento territorial, a su desarrollo en planes parciales y a las normas estructurales del plan o complementarias del mismo.”*

En conclusión de acuerdo al articulado descrito anteriormente, le corresponde en el caso en concreto al Municipio de Villa del Rosario la expedición del Plan básico de ordenamiento territorial tal como lo establece la ley 388 de 1997, la ley 9 de 1989 y la ley 136 de 1994, plan básico establecido actualmente en el acuerdo 015 de 2013 expedido por el Concejo Municipal de Villa del Rosario y con sujeción a este se dará la tramitación y expedición de licencias urbanísticas y de construcción.

**4.2.9 Relación de las pruebas relevantes obrantes en el proceso.**

Revisado el plenario, la Sala encuentra necesario resaltar los siguientes medios probatorios:

- ✓ Resolución No. 456 del 18 de septiembre de 2012<sup>13</sup>.
- ✓ Oficio de diligencia de inspección ocular por parte de la inspección promiscua de la policía la parada del 6 de septiembre del 2012 <sup>14</sup>
- ✓ Oficio de la Secretaria de Planeación expedido el 14 de septiembre de 2012<sup>15</sup>
- ✓ Oficio del Instituto Geográfico Agustín Codazzi del 7 de octubre de 2011<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Folios 18 al 21 del expediente

<sup>14</sup> Folios 42 al 43 del expediente

<sup>15</sup> Folio del 44 al 60 del expediente

<sup>16</sup> Folio 61 del expediente.

- ✓ Carta preliminar catastral, Plano del Sistema Vial Urbano Villa del Rosario<sup>17</sup>.
- ✓ Copias de las licencias de construcción No. 0071, 0072, 0248 expedidas en las fechas de 9 de septiembre de 2008, 9 de septiembre de 2008 y 05 de octubre de 2009 respectivamente<sup>18</sup>.
- ✓ Oficio No. SCU 061 expedido por la Subsecretaria de Control Urbano del 31 de julio de 2012.<sup>19</sup>
- ✓ Oficio expedido por la Subsecretaria de Control Urbano expedido el 08 de febrero de 2012.<sup>20</sup>
- ✓ Escrituras públicas aportadas por la parte accionante de los terrenos debatidos  
21
- ✓ Oficio expedido por la Subsecretaria de Vías e Infraestructura el día 9 febrero de 2012.<sup>22</sup>
- ✓ Acuerdo No. 015 de 2013 (PBOT) expedido por el Concejo Municipal de Villa del Rosario.<sup>23</sup>
- ✓ Prueba de oficio por parte de la Secretaria de Infraestructura de Norte de Santander. <sup>24</sup>
- ✓ Prueba de oficio por parte de la Secretaria de Planeación. <sup>25</sup>
- ✓ Prueba de oficio por parte del Instituto Nacional de Invías. <sup>26</sup>

---

<sup>17</sup> Folio 62 del expediente.

<sup>18</sup> Folios 86 a 103 del expediente.

<sup>19</sup> Folios 84 al 85 del expediente.

<sup>20</sup> Folios 215 al 216 del expediente.

<sup>21</sup> Folios 145 a 168 del expediente.

<sup>22</sup> Folios 172 a 177 del expediente.

<sup>23</sup> Folios 251 a 339 del expediente

<sup>24</sup> Folios 194 al 196 del expediente.

<sup>25</sup> Folio 198 del expediente

<sup>26</sup> Folio 199 al 202 del expediente.

#### **4.2.9 Del caso concreto:**

En el caso *sub examine*, encuentra la Sala que el accionante señala como pretensión, que se garanticen los derechos e intereses colectivos relacionados con el espacio público, ordenándole al Municipio de Villa del Rosario la recuperación de la carrera sexta hasta encontrar la oreja del anillo vial, la cual se encuentra obstaculizada por un portón de acceso al Conjunto Cerrado Punta Gaviotas, ocasionando un cerramiento en la vía pública.

Ahora bien, para la Sala no es posible concluir a partir de las pruebas obrantes en el proceso, la vulneración del derecho e interés colectivo al espacio público, por las siguientes razones:

**1)** En el Acuerdo No. 015 de 2013 por el cual se expide el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Villa del Rosario, que el Conjunto Punta Gaviota ubicado en la calle 21 con carrera 6 es una urbanización de tipo abierto, así lo establece el artículo 16 del acuerdo en su tabla numero 8<sup>27</sup> donde se enuncian los barrios de la zona urbana del municipio de Villa del Rosario de tipo abierto, circunstancia que por sí sola no permite inferir que la carrera sexta se constituye ineludiblemente como una vía de carácter público, pues como se indicó se trataba de un espacio privado, del cual la parte demandante no demostró como entregada en cesión al Municipio para la prolongación de la vía.

**2)** Las licencias de urbanización y construcción otorgadas a la constructora FOJI LTDA, para la creación del conjunto Punta Gaviota fueron expedidas conforme a la Ley 388 de 1997 donde se establece en su artículo 99 Numeral 3, la sujeción de estas al Plan Básico de Ordenamiento Territorial expedido por el Municipio y a las normas urbanísticas, el cual estará constituido por las políticas, acciones, programas y normas para encauzar y administrar el desarrollo físico urbano, por lo tanto se da la existencia de una jerarquía normativa, del PBOT del Municipio de Villa del Rosario sobre las licencias de construcción No. 0071, 0072 y 0248<sup>28</sup> otorgadas a la Constructora FOJI LTDA., a partir de esto se puede concluir que no existió una cesión por parte de esta última al Municipio de Villa del Rosario, lo que pone en duda la naturaleza pública de la vía.

---

<sup>27</sup> Acuerdo No 015 del 2013, Artículo 16, tabla No. 8, página 23.

<sup>28</sup> Folios 86 a 103 del expediente.

3) Por su parte el Sub Secretario de control urbano del Municipio de Villa del Rosario con fecha del 31 de julio de 2012 mediante oficio No. SCU 061<sup>29</sup> informa al Alcalde del Municipio, lo siguiente:

*“La zona donde se desarrolló el proyecto punta gaviota es una parte del área de la urbanización portal de los alcázares que fue englobada mediante escritura público No. 046-08 de fecha septiembre 9 de 2008 para la construcción de 51 viviendas del conjunto cerrado punta gaviotas. Acto administrativo otorgado con los procedimientos de ley conforme al decreto 564 del 2006 debidamente ejecutoriado sin imposición del recurso alguno según consta en archivo.*

*En el año 1994 se planteó la construcción de la urbanización PORTAL DE LOS ALCAZAREZ para la construcción de 614 unidades de vivienda y la construcción de 2 centros comerciales según documentos en archivo, pero el proyecto nunca fue construido en su totalidad y se construyeron 2 manzanas hasta la calle 23*

*Al no ejecutar en su totalidad los urbanizadores no hicieron el trazado físico de las vías, no desarrollan las áreas de cesión y no entregaron formalmente al municipio estas áreas, ni las vías, y continuarán siendo de propiedad privada por lo que nunca fueron de uso público y estos criterios, lineamiento fueron recogidos en el año 2000 por el P.B.O.T. sin consultar que no existen escrituras públicas de la entrega de vías y áreas de cesión por parte de los urbanizadores en los archivos del municipio.”*

El argumento del Secretario para determinar la carrera 6 como propiedad privada es que no se hicieron los trazados físicos de la vía para el año de 1994 por que no se continuó la obra y que por lo tanto estos terrenos son de propiedad privada y que nunca fueron de uso público, lo que se corrobora con la copia auténtica de las escrituras públicas de los terrenos en cuestión, donde la carrera sexta funciona como lindero, y es mediante la escritura pública 2395 del 6 de octubre de 2003 donde la SOCIEDAD MONAPE S.A transfiere el 50% de la manzana 3 a la

---

<sup>29</sup> Folio 84 y 85 del expediente.

Constructora FOJI LTDA y luego mediante escritura pública 1765 del 14 agosto de 2008 la Constructora FOJI LTDA hace relación a los lotes de su propiedad identificados como lote 3b dividiéndolos en manzana 1, manzana 2, manzana 3 y manzana 4 la cual tiene lindero al occidente con la carrera 6ª, sin que de esta última se tenga noticia sobre su cesión al municipio.

4) De acuerdo al plano de construcción del conjunto Punta Gaviota aportado<sup>30</sup> y al oficio realizado por la Subsecretaria de control urbano de fecha 08 de febrero de 2012<sup>31</sup>, se concluye que para la construcción del conjunto se tuvo en cuenta los planes aprobados que establecían la existencia de la carrera 6, la cual se insiste como lo indicó la Juez de instancia no se tiene como un área cedida al municipio para fijación de una vía pública.

5) De manera que pese a existir certeza sobre la existencia y ubicación de la vía tal y como se desprende del informe presentado por la Subsecretaria de Inviás e Infraestructura de fecha 09 de febrero de 2012, respecto a una visita de inspección ocular realizada por el subsecretario de control urbano concluye lo siguiente:

*“En el fondo ingresando sobre la misma vía ya dentó del conjunto punta gaviota conseguimos un muro en el bloque que restringe el acceso al predio de la práctica de la visita. Que dicha vía tiene un ancho de carril de 6 metros pavimentada hasta el muro, que al costado derecho de esta vía lindero con la construcción el bunker se aprecia un andén construido de 1 metro de ancho a lo largo de la carrera 6 que pasa el muro de ladrillo y restringe el paso, sobre el mismo se encuentran postes de energías de alumbrado público con su respectiva luminaria durante la visita se puede apreciar que la vía de la carrera sexta tiene libre movilidad hasta empalmar con la calle 22 ya que a partir de este punto la continuación de la carrera sexta se encuentra la portería principal del conjunto punta gaviota y se vuelve un paso restringido.”(...)*

6) y del informe técnico emitido por la Secretaria de Planeación Municipal de Villa

---

<sup>30</sup> Folio 178 del expediente.

<sup>31</sup> Folio 170 y 171 del expediente.

del Rosario de fecha 14 de septiembre de 2012,<sup>32</sup> en el cual se anexa material fotográfico, informa el ingeniero Simón Vargas Palomino que se evidencia la ubicación de la carrera sexta sobre las calles 22 y 21 especialmente donde se encuentra ubicado el Conjunto Punta Gaviota, señalando la presunta infracción a las normas urbanísticas al espacio público, por la existencia de un muro, afirmación que contraría el contenido del PBOT del Municipio, pues la prolongación de la vía no se tiene como probada a partir del citado acto administrativo, menos aún el carácter público del espacio de terreno.

7) No se puede concluir entonces la naturaleza pública de la vía objeto de análisis, pues no se tiene prueba de su cesión al ente territorial o cualquier otra forma de adjudicación del título de dominio por parte del Municipio de Villa del Rosario de los terrenos que comprenden la carrera 6 entre calle 21 y 22 del Conjunto Cerrado Punta Gaviota, carga probatorio que recae en la parte demandante en los términos del artículo 167 del CGP<sup>33</sup> en el ejercicio del medio de control de protección de derechos o intereses colectivos, así lo ha entendió el H. Consejo de Estado, cuando señala en sentencia de fecha 30 de Junio de 2011, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, radicación número: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP):

Con fundamento en lo anterior la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere que la acción u omisión sea probada por el actor, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y la normalización de una situación que pueda ser protegida con la expedición de la sentencia producto de la acción popular. La carga de la prueba le impone al actor popular el deber de precisar y probar los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda.

---

<sup>32</sup> Folios 44 al 60 del expediente.

<sup>33</sup>“ Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

En la sentencia de primera instancia el A quo resolvió no amparar los derechos e Intereses colectivos al espacio público con base a las pruebas decretadas de oficio por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta a las entidades de Oficina de Planeación del Municipio de Villa del Rosario, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, a la Secretaria de Infraestructura de Norte de Santander, y al Instituto Nacional de Vías (INVIAS), para que determinaran o verificaran si existe invasión o indebida utilización del espacio público, de las que se puede extraer:

- Mediante informe presentado por la Secretaria de Planeación de fecha 28 de diciembre de 2015<sup>34</sup> aduce lo siguiente:

*“El tramo de vía que comprende la carrera sexta para el conjunto cerrado punta gaviota está considerado dentro de las zonas comunes de carácter privado de acuerdo a la licencia de urbanismo expedida por la subsecretaria de control urbano y al plan básico de ordenamiento territorial aprobado mediante el acuerdo No. 015 de septiembre 9 de 2013 por el cual se ajustó el PBOT para el municipio de villa del rosario.” (...)*

- Mediante informe presentado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi de fecha 07 de enero de 2016<sup>35</sup> menciona lo siguiente:

*“En atención a lo solicitado en el oficio mencionado en el asunto y en mi calidad de responsable del área de conservación catastral, me permito informarle que para hacer el estudio solicitado del sector correspondiente al municipio de villa del rosario, se debe allegar a este despacho, nombre de las manzanas, referencia catastral, nombres de propietarios, número de folio de matrícula y/o identificación de las personas a investigar, por lo tanto es necesario para poder realizar la consulta en nuestro sistema de información catastral.” (...)*

---

<sup>34</sup> Folio 198 del expediente.

<sup>35</sup> Folio 197 del expediente.

- Mediante informe presentado por la Secretaria de Infraestructura de Norte de Santander de fecha 31 de diciembre de 2015<sup>36</sup> aduce lo siguiente:

*“Pero por lo observado en la visita, no se puede afirmar categóricamente que efectivamente haya invasión o indebida utilización del espacio público en el sector de referencia, tampoco al efectuar la visita y realizar la observación externa, se puede afirmar que exista invasión o indebida utilización del espacio público por parte del conjunto cerrado Punta Gaviota.” (...)*

- Mediante informe presentado por el Instituto Nacional de vías de fecha 29 de enero de 2016<sup>37</sup> se aduce lo siguiente:

*“INVIAS no puede determinar si se presentó invasión o indebida utilización del espacio público en lo referente a la no continuidad de la carrera 5ª no pavimentada y actualmente con siembre de árboles (palmas) encontrándose al final con un tapón constituido por un muro posterior de las viviendas que conforman el conjunto cerrado Punta Gaviota.”*

Con relación a lo anterior se puede determinar que los informes presentados por las entidades nombradas, no son sustento probatorio suficiente para definir la situación privada o pública de la carrera sexta ubicada entre las calles 21 y 22, descansando la carga probatoria en la parte demandante en los términos del artículo 167 del C.G.P., la que no fue satisfecha a consideración de esta Sala en comunión con la decisión adoptada por el A quo, por lo que deberá confirmarse en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Cúcuta mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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

---

<sup>36</sup> Folio 194 al 196 del expediente.

<sup>37</sup> Folio 199 al 202 del expediente.

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes, la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta, el diez (10) de diciembre de dos mil quince (2018) por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, **REMITIR** copia auténtica de ésta decisión al Municipio de Villa del Rosario, la Constructora FOJI LTDA y el Conjunto Punta Gaviota.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

(La anterior providencia fue aprobada en Sala de Decisión No.3 del 12 de junio del 2020)



**CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**

Magistrado.-



**ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ**

Magistrado.-



**HERNANDO AYALA PEÑARANDA**

Magistrado.-



# TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

RADICADO:	54-001-33-40-009-2015-00001-01
ACCIONANTE:	SIMÓN ANTONIO BLANCO POLO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la **parte demandada**, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el **30 de junio de 2017** por el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cúcuta**.

## 1. ANTECEDENTES:

### 1.1 Síntesis del asunto:

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad del acto administrativo **oficio No. OFI15-49700 de fecha 23 de junio de 2015**, a través del cual la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA**, negó petición de reconocimiento, pago e inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la pensión de invalidez del demandante.

Como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, deprecia se condene a la demandada, al reconocimiento y pago a favor del señor **SIMÓN ANTONIO BLANCO POLO**, de la reliquidación de la pensión de invalidez, con inclusión del subsidio familiar, al igual que el pago de los dineros indexados junto con los intereses de ley, desde la fecha del reconocimiento de la asignación de inclusión y hasta la actualización del pago total de la obligación, y se le condene en costas y agencias en derecho.

### 1.2 La sentencia apelada<sup>1</sup>:

El *A quo*, en la sentencia que es objeto de alzada, decidió inaplicar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, declarando la nulidad del acto administrativo demandado, y a su vez condenó a la entidad demandada, a efectuar el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro de la que es beneficiario el señor **SIMÓN ANTONIO BLANCO POLO**, desde el 24 de mayo de 2012, incluyendo como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje reconocido a la fecha de su retiro, con los ajustes anuales de ley.

Así mismo, con ocasión a la prescripción trienal, manifestó que en atención a lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, establece que las pensiones previstas en este prescriben al término de tres años. En tal sentido, tuvo en cuenta la solicitud de inclusión de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la pensión de invalidez del actor, la cual fue radicada el 25 de mayo de 2015, concluyendo que para el lapso de tiempo comprendido entre el 30 de enero de 2011, fecha en que fue reconocida la pensión, hasta el 24 de mayo de 2012 opera la regla prescriptiva descrita en el artículo antes mencionado.

<sup>1</sup> Folios 174 a 177 del expediente.

De igual manera, ordenó el pago de las mesadas resultantes a pagar, de las cuales se deben descontar las sumas de las mesadas ya pagadas, y cancelarse el valor de las diferencias pensionales respectivas a partir del 25 de mayo de 2012.

Por último, se abstuvo de condenar en costas y agencias en derecho a la parte vencida.

### **1.3 Argumentos de la apelación presentada por la entidad demandada<sup>2</sup>:**

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA**, mediante su apoderada, la recurre en apelación y en la sustentación de la alzada, aduce que no incluyó el porcentaje que devengaba el entonces soldado profesional **SIMÓN ANTONIO BLANCO POLO**, dentro de las partidas computables para el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues el Decreto 4433 de 2004 no contempla esta partida, ya que el subsidio familiar no hace parte de las partidas computables para el reconocimiento de pensiones del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, estableciendo en el artículo 13, literal 13.2 *“Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares, la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, si liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así: **Soldados Profesionales:** 13.2.1. Salario Mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000. 13.2.2. Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente Decreto.”*

Así, el subsidio familiar, no hace parte de las partidas computables para el reconocimiento de pensiones de personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales; por lo que no hay derecho del actor a que se incluya este porcentaje para que le sea reajustada su pensión de invalidez por expresa prohibición de la Ley (Decreto 4433 de 2004).

### **1.4 Trámite procesal de segunda instancia:**

Impetrado oportunamente y sustentado el recurso, el *A quo* procedió a conceder la alzada 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. Durante el término de traslado concedido, ocurrieron las siguientes intervenciones:

#### **1.4.1. La entidad demandada.**

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de alzada (fls. 198 a 200).

#### **1.4.2. Parte demandante y el Ministerio Público:**

No se pronunciaron en esta etapa procesal.

## **2. CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

### **2.1. Competencia:**

---

<sup>2</sup> Folios 179 a 181 del expediente.

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:

En esta oportunidad la Sala considera que el problema jurídico a resolver en el *sub lite* consiste a establecer si se encuentra ajustada a derecho la sentencia de primera instancia, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA**, la reliquidación de la pensión de invalidez del señor **SIMÓN ANTONIO BLANCO POLO**, incluyendo como partida el subsidio familiar en el porcentaje reconocido a la fecha de su retiro, con los ajustes anuales de ley.

## 2.3. Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico:

En cuanto a la partida denominada subsidio familiar, de conformidad con la subregla fijada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, los soldados profesionales que causaron su derecho a la asignación de retiro **con anterioridad al mes de julio de 2014**, el subsidio familiar no es partida computable para la reliquidación de la prestación.

Por tanto, en el caso del exsoldado profesional **SIMÓN ANTONIO BLANCO POLO**, teniendo en cuenta que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión el **30 de enero de 2011**, antes de entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, la Sala llega a la conclusión que no es procedente la inclusión de dicha partida en la liquidación de su asignación de retiro.

Por tales razones, se **revocará** la sentencia apelada, para en su lugar **desestimar** las pretensiones de la demanda.

## 2.4. Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala:

### 2.4.1 De la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de Soldados Profesionales. Marco normativo y jurisprudencial:

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del **25 de abril de 2019**, con ponencia del magistrado William Hernández Gomez<sup>3</sup>, sobre la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, ha llegado a la conclusión de que para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal. Veamos:

*“5.4.1. De la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014*

*188. En capítulos precedentes se señaló que en sentencia del 17 de octubre de 2013 la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se consideró que la exclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados*

<sup>3</sup> , radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, accionante: JULIO CESAR BENAVIDES BORJA, demandado: CREMIL.

profesionales atenta contra el derecho a la igualdad, concluyó que existía un trato diferenciado sin una justificación razonable, al excluir un emolumento cuya finalidad es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de quienes están a su cargo, con base en el siguiente razonamiento:

(..)

Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio, el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 20161, empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

190. No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014, mencionado previamente. Para lo cual, la Sala determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2003, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica.

191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática», por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad», por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

193. En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, y a las que se hizo referencia in extenso en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

194. A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

**195. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se**

**amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.**

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

198. i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.

200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

**201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.**

202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad". (Negrilla de la Sala).

Con base en los anteriores razonamientos, el Alto Tribunal fijó la 3 subregla de unificación consistente en que *"Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal"*.

Aunado a lo anterior, precisó que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Atendiendo el marco jurisprudencial dictado sobre la materia por el Consejo de Estado, máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, procede esta Sala a analizar el caso en concreto.

#### 2.4.2. Caso en concreto. Conclusiones:

En el *sub exámine*, una vez verificado el contenido de los antecedentes administrativos, en especial, del expediente de reconocimiento de la pensión de invalidez y que contiene la hoja de servicios y el acto administrativo de reconocimiento correspondiente al señor **SIMÓN ANTONIO BLANCO POLO**, obrantes en folios 67 a 101 del plenario, la Sala encuentra acreditado que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión, baja efectiva del día **30 de enero de 2011** (ver hoja de servicios en folio 83), habiendo prestado sus servicios, así: el servicio militar obligatorio, del 18 de marzo de 1998 al 25 de septiembre de 1999, luego como **soldado voluntario**, del 1 de noviembre de 1999 al 31 de octubre de 2003, y como **soldado profesional**, del 1 de noviembre de 2003 al 1 de mayo de 2011, incluidos los 3 meses de alta.

Ahora, en cuanto a la partida denominada subsidio familiar, teniendo en cuenta que el demandante cumplió los requisitos para la pensión de invalidez y se retiró del servicio sin entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, su situación se encuadra en la hipótesis contemplada en la regla 3 fijada en la sentencia de unificación, acorde de la cual, para quienes causaron su derecho a la prestación **con anterioridad al mes de julio de 2014**, el subsidio familiar no podrá ser tenido en cuenta como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, entiéndase pensión de jubilación, de los soldados profesionales.

Por tanto, en el caso del exsoldado profesional **SIMÓN ANTONIO BLANCO POLO**, teniendo en cuenta que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión el **30 de enero de 2011**, antes de entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, la Sala llega a la conclusión que no es procedente la inclusión de dicha partida en la liquidación de su asignación de retiro.

Por tales razones, se **revocará** la sentencia apelada, para en su lugar **desestimar** las pretensiones de la demanda.

#### 2.4.3. Costas:

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, ya 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: REVOCAR** la sentencia de primera instancia proferida el día **30 de junio de 2017**, por el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cúcuta**, y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de efectuar condena en costas en la segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

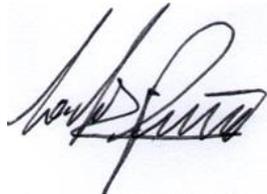
**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala Virtual de Decisión N° 002 del 12 de junio de 2020)



**EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI**  
Magistrado



**CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ**  
Magistrado



**ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ**  
Magistrado



# TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

EXPEDIENTE:	54-001-33-40-010-2017-00009-01
DEMANDANTE:	EDINSON LEAL PARRA
DEMANDADO:	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Surtido el trámite procesal de primera instancia, procederá esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la **parte demandada**, en contra de la sentencia proferida por el **Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta**, el día **24 de julio de 2019**.

## 1. ANTECEDENTES

### 1.1. Objeto del proceso:

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad del acto administrativo a través del cual el ente demandado negó el reconocimiento de la asignación de retiro solicitada por la parte demandante, y como consecuencia de lo anterior, se reconozca y pague en favor de Intendente **EDINSON LEAL PARRA** la asignación de retiro en los términos establecidos en el artículo 144 Decreto 1212 de 1990 a partir de la fecha en que fue retirado del servicio activo.

### 1.2. La sentencia apelada<sup>1</sup>:

El **Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta**, en la providencia recurrida proferida el 24 de julio de 2019, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del **Oficio No. E-00003-2016-001533-CASUR Id 179035 de fecha 14 de octubre de 2016**, suscrito por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio del cual se negó la petición de reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor EDINSON LEAL PARRA, ordenando a la CASUR, reconocer, liquidar y pagar la asignación de retiro en favor del demandante, conforme lo previsto en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, esto, con fundamento en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, Corporación que declaró nulo el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 2004 y artículo 51 del Decreto 1091, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad debe aplicarse la ley 923 de 2004 en el reconocimiento de la asignación de retiro el demandante.

Además, indicó que al momento de entrar en vigencia la ley 923 de 2004, el actor se encontraba en servicio activo en la Policía Nación, por tanto no se podía exigir servicio superior al regido por las disposiciones de dicha norma, aplicándose la transición señalada en el artículo 3 ordinal 3.1 inciso segundo ibidem, siendo el único condicionamiento; que al momento de la entrada en vigencia de la ley en mención la persona se encuentre al servicio activo de la fuerza pública, situación que acontece en el caso del actor, resultando aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, esto es 15 años de servicio para el reconocimiento de la prestación

<sup>1</sup> Grabación fl 240 a 249 del cuaderno principal.

cuando el retiro se diera por causa distinta a la voluntad propia, situación que cumple el demandante.

### **1.3. Contenido del recurso de apelación propuesto<sup>2</sup>:**

La **entidad demandada**, por intermedio de apoderado, interpone recurso de apelación en contra de la referida sentencia, solicitando que se revoque el fallo de primera instancia, alegando que el demandante, desde su ingreso a la institución, tenía claro que iría a pertenecer al escalafón del nivel ejecutivo, en consecuencia, las normas aplicables son las que regulan dicha carrera y no el Decreto 1212, como lo malinterpreta el *A quo*, ya que tal norma rige solamente para el personal de oficiales y suboficiales.

Agrega que el Consejo de Estado, mediante fallo del 12 de abril de 2012, R.I. 107407, M.P. Alfonso Vargas Rincón, decretó la nulidad del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que resulta contrario a la Ley 923 de 2004 y perdió la norma acusada fuerza de ejecutoria por pérdida de vigencia, recobrando vigencia el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, resultando ésta la norma aplicable para el demandante.

Por otro lado, resaltó la importancia del Decreto 1858 de 2012, norma que ha sido el soporte de la negativa del reconocimiento prestacional, vigente para la fecha de retiro del actor, la cual modificó los tiempos de reconocimiento de dicha prestación, siendo aplicable en el caso del demandante el artículo 2 ibídem, destinado al personal del nivel ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa, el cual exige 25 años de servicio en caso de ser retirados o separados en forma absoluta o destituidos, por lo que el actor no reúne los requisitos para hacerse acreedor del reconocimiento pensional.

Sumado a lo anterior, destaca que en la hoja de servicios expedida por la Policía Nacional, al superar los estudios en la escuela de formación, fue dado de alta como miembro del nivel ejecutivo de la Policía, con fecha fiscal del 1 de septiembre de 1995, lo que significa su ingreso al escalafón policial y la nómina de la institución.

Además, expresó que la expedición del acto administrativo que reconoce la asignación de retiro, es un acto complejo que requiere de la concurrencia de dos voluntades de la administración, esto es, la Policía Nacional cuando debe dar de alta al ex – servidor, y una vez fenecido este término remitir la hoja de servicios a la CASUR, para que de aplicación al artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, situación que no ocurrió en el caso del señor EDINSON LEAL PARRA, siendo por tanto necesario integrar al presente proceso a la Policía Nacional; por último, solicita que se condene en costas y agencias del derecho a la parte demandante.

### **1.4. Actuación procesal de segunda instancia:**

Impetrado oportunamente el recurso anteriormente enunciado, y siendo concedido por el *A quo*, se remite el expediente a esta Corporación, procediéndose a surtir el trámite de segunda instancia, para lo cual se admite el recurso de apelación y corriéndose posteriormente traslado para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y

---

<sup>2</sup> Folios 253 a 261 del Cuaderno principal

juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA. Dicho traslado fue descorrido de la siguiente manera:

#### 1.4.1 CASUR<sup>3</sup>:

A través de su apoderado, reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación y la solicitud de revocatoria de la sentencia de primera instancia para que en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, resaltando a su vez que el demandante no cuenta con el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, por no reunir el tiempo mínimo exigido en las disposiciones aplicables, ya que cuenta con un tiempo de servicio 19 años, 6 meses y 10 días según hoja de servicio, y como fue retirado por la causal de destitución el 16 de junio de 2016, conforme a la jurisprudencia, se requiere un tiempo mínimo de 20 años.

#### 1.4.2 Parte demandante<sup>4</sup>:

Elaborado un recuento de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, señaló que el señor EDINSON LEAL PARRA es beneficiario de régimen de transición señalado en el artículo 3º, ordinal 3.1º inciso segundo de la Ley 923 de 2004, esto, como quiera que para el caso sub examine resulta aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 del 1990, el cual exige sólo 15 años de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro, “**cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal**”, requisitos con los que cumple el actor, por lo que no se puede reclamar un tiempo superior al señalado en la norma ibídem.

## 2. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

### 2.1. Competencia:

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011 –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:

Acorde a los argumentos expuestos por la parte apelante, la Sala es del parecer que el problema jurídico en el presente caso se contrae a determinar si se encuentra ajustada o no a los preceptos normativos y jurisprudenciales la sentencia de primera instancia, proferida el día **24 de julio de 2019** por el **Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta**, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad del acto acusado, y ordenando el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor **EDINSON LEAL PARRA**, conforme lo previsto en el **artículo 144 del Decreto 1212 de 1990**.

### 2.3. Decisión:

La Sala procederá a **confirmar** en su integridad la sentencia de primera instancia, ya que el demandante le es aplicable la transición señalada en el inciso segundo ordinal, 3.1. del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, toda vez que cumplía con el único condicionamiento de **encontrarse en servicio activo** al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre del 2004) y por tanto

<sup>3</sup> Folios 306 a 308 del expediente.

<sup>4</sup> Folios 284 a 305 del expediente.

no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores, sino por el contrario, el consagrado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, aplicable al señor EDINSON LEAL PARRA, de 15 años de servicios en su condición de Suboficial (Intendente), **cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia**, requisito que cumple el demandante, toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de **19 años, 6 meses y 10 días**, y su retiro se generó por mala conducta.

## 2.4. Argumentos de la decisión:

### 2.4.1. De los hechos probados y las conclusiones sobre el caso concreto

En el caso bajo estudio se encuentra probado lo siguiente:

- A través de Resolución No. 02318 del 11 de mayo de 2016, *“por la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un intendente de la Policía Nacional”* el Director General de la Policía Nacional, retira del servicio activo de la policía nacional por destitución al señor EDINSON LEAL PARRA (fl. 51).
- De acuerdo con la Hoja de Servicio No. 13544678, vista a folio 47 del expediente, se tiene que la causal de retiro del señor EDINSON LEAL PARRA la destitución, además se tiene que el prenombrado prestó servicio en la Policía Nacional, con las siguientes novedades:

	<b>“Fecha de inicio</b>	<b>Fecha termino</b>
<b>Servicio militar</b>	16 diciembre 1996	20 noviembre 1997
<b>Alumno Nivel Ejecutivo:</b>	25 febrero 1998	23 diciembre 1998
<b>Nivel Ejecutivo:</b>	24 diciembre 1998	16 junio 2016

**Total:** 19 años, 6 mes y 15 días.”

- Mediante petición radicada ante la entidad demandada el 11 de septiembre de 2016, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro (fls. 52 a 60).
- Mediante oficio E-00003-2016-001533-CASUR Id 179035 de fecha 14 de octubre de 2016 (fl. 61), el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, negó el reconocimiento de asignación mensual de retiro al señor Intendente EDINSON LEAL PARRA, bajo las siguientes consideraciones:

*“De conformidad con el Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el Decreto 1858 del 06-09-2012, norma de carácter especial que regulan la carrera del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, entre otros pronunciamientos establecen, que el personal de Nivel Ejecutivo que ingreso al escalafón por incorporación directa, que sean retirados o separados en forma absoluta o **destituidos** deben acreditar ( 25 ) años de servicio, condición que no cumple el mencionado señor, para efecto del reconocimiento de asignación mensual de retiro.”*

### 2.1.1. Marco normativo y jurisprudencial:

Para efectos de establecer el régimen pensional y de asignación de retiro de sus miembros, el Gobierno, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, expidió el **Decreto**

**Reglamentario 1091 de 1995**, *“Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995”*, el cual, en su artículo 51 reguló lo concerniente a la asignación de retiro, hasta cuando fue anulado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Alberto Arango Mantilla a través de la sentencia de fecha 4 de febrero de 2007, proferida dentro del Radicado No. 11001-03-25-2004-00109-01(1240-04).

Posteriormente, a través de la Ley Marco 923 de 30 de diciembre de 2004, se señalaron las normas, objetivos y criterios a observar por el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con el artículo 150, ordinal 19, literal e) de la Constitución Política. En desarrollo de la misma, se expidió el **Decreto Reglamentario 4433 de 2004**, *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”* el cual, en el artículo 25, reglamentó la asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional.

El párrafo 2 del artículo 25 de dicho Decreto fue declarado nulo por la Sección Segunda de Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 12 de abril del 2012, C.P. Alfonso Vargas Rincón, R.I. 1074-2007, por considerar que dicha normativa al no diferenciar la norma entre quienes ingresaron por primera vez al Nivel Ejecutivo al momento de su creación, respecto de los que ingresaron en virtud del proceso de homologación, no se respetó la especial protección que el párrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995 y el numeral 3.1., inciso 2 del artículo 3 de la Ley Marco 923 de 2004, establecieron para estos últimos, y en esa medida, la norma acusada desmejoró su situación prestacional, al aumentar el requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro.

Por lo anterior, el Gobierno expidió el **Decreto Reglamentario 1858 de 2012**, *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”*, cuyo artículo 1 reguló lo relacionado con la asignación de retiro del personal homologado, **es decir Suboficiales y Agentes que se incorporaron al Nivel Ejecutivo, conservándoles el requisito de tiempo de servicio exigido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, o sea, 15 y 20 años de servicio, según la modalidad de retiro**. Asimismo, el artículo 2 del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, reguló lo atinente a la asignación de retiro del personal incorporado directamente, es decir, quienes ingresaron por primera vez a la institución policial en el Nivel Ejecutivo, manteniendo para este grupo de uniformados, el requisito de tiempo de servicios de 20 y 25 años.

La Sección Segunda de la Alta Corporación, a través de la providencia de fecha 08 de octubre de 2015, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado número: 110010325500020130054300, Número Interno 1060-2013, al analizar la legalidad del **artículo 2 del Decreto 1858 de 2012**, precisó que la intención del legislador al expedir la Ley Marco 923 de 2004 consistió en que al personal uniformado homologado hasta el 31 de diciembre de 2004, se le deben aplicar las normas del régimen propio de su antiguo escalafón de Agente y Suboficiales, es decir, los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1990, mientras que a los uniformados incorporados de manera directa hasta esa fecha, se les aplique las normas vigentes al momento de entrar a regir la ley en cita, esto es, 31 de diciembre de 2004, que era el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, sin poder anticiparse que en el 2007 esta normativa iba a ser declarada nula por el Consejo de Estado,

exigiéndose entonces, un tiempo de servicio de 25 años cuando se trate de retiro por solicitud propia.

Posteriormente, en sentencia del 3 de septiembre de 2018, C.P. Cesar Palomino Cortes, la Sección Segunda de la Alta Corporación, decidió declarar, con efectos *ex tunc*<sup>5</sup>, **la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012**, al concluir que con la incorporación al ordenamiento jurídico de dicha norma, el Gobierno Nacional desconoció los términos temporales previstos en el artículo 3.1 inciso 2 de la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004. Así mismo, que al desconocer y traspasar dichos límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental.

Es claro entonces, que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, analizando la legalidad de las nuevas disposiciones relacionadas con el tiempo de servicio requerido para obtener el reconocimiento de la asignación de retiro, en función del marco general dispuesto en la Ley 923 de 2004, se inclinó por acudir a la normatividad anterior a los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, esto es, a los **Decretos 1212 y 1213 de 1990**, al considerar que además de los vicios en su formación, éstas normativas desaparecieron del ordenamiento positivo al ser declaradas nulas.

La anterior postura ha sido acogida por la Alta Corporación en sus sentencias, tal y como se puede evidenciar en la providencia del 8 de septiembre del 2017, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez<sup>6</sup>, cuando señaló:

*“(...) En conclusión, tal como fuere decidido por el a quo, el actor por ser miembro activo del Ejército Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3.º ordinal 3.1.º de dicha normativa y, en esa medida para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 (15 años por ser retirado en forma absoluta), imponiéndose razones para confirmar el fallo apelado sin consideración adicional. (...)”* (Negrilla de esta Sala).

Conforme a lo anterior, la Sala acoge la conclusión de que para respetar la expectativa de quienes se encontraban próximos al alcanzar la asignación de retiro, el legislador dispuso un marco general con destino a la fuerza pública, que estableció que quienes se encontraran en servicio activo al momento en que éste cobró vigencia, no se les podía exigir tiempo de servicio mayor al previsto en el régimen anterior.

#### **2.4.2. Caso concreto:**

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-121-16, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: “La anulación de un acto administrativo produce efectos *ex tunc*, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión”

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 8 de septiembre del 2017, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno: 3473 – 2014, demandante: Wilson Javier Chaparro Ladino, demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

En el caso en concreto, conforme se expuso en el acápite respectivo de hechos probados, la Sala encuentra evidenciado que el señor EDINSON LEAL PARRA, prestó sus servicios a la Policía Nacional e ingresó al nivel ejecutivo por incorporación directa antes del 31 de diciembre de 2004, fecha para la cual ya se encontraba en servicio activo según Hoja de Servicio No. 13544678: además, su retiro se dio el 16 de junio de 2016, cuando cumplía 19 años, 6 meses y 10 días de servicio, por causa de “destitución”.

Al momento de ingresar al servicio de la Policía Nacional en el nivel ejecutivo (24 de diciembre de 1998), se encontraba vigente el **Decreto 1212 de 1990**, Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales, el cual, en su **artículo 144** señalaba un tiempo de servicio de 15 años para el reconocimiento de la asignación **cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia**.

Así las cosas, la Sala considera que si bien el acto demandado, para negar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, se fundamentó en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 del 2012, lo cierto es, que tal y como se expuso en el acápite de marco normativo y jurisprudencial, dicha regulación fue declarada nula por el Consejo de Estado, y por consiguiente, ello afecta su situación jurídica en tanto al proferirse la sentencia de nulidad del párrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 (12 de abril de 2012), no se encontraba consolidada su situación, toda vez que precisamente está en discusión su derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con base en el artículo declarado nulo.

La consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del artículo 51 del Decreto 1091, del párrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 y del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, es que se aplique para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante la Ley reglamentada, es decir, la Ley 923 de 2004 tal como lo ha señalado en asuntos similares la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>7</sup>.

Bajo ese orden de ideas, a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2004) el demandante se encontraba en servicio activo en la Policía Nacional y por tanto, no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores.

En este punto, es importante enfatizar que como el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 no hace referencia a la “destitución” como causal de retiro del servicio, lo cierto es que dicha situación puede ser enmarcada dentro de la causal de mala conducta, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, motivo por el cual, al hacerse una interpretación amplia de la norma, debe entenderse tal causal como un tipo en blanco en donde se encuentran incluidos acontecimientos que al verse cuestionados pueden culminar en una sanción bien sea de carácter penal, fiscal o disciplinario, y que al ser llevadas al caso concreto, evidencian que el retiro del servicio se realizó con fundamento en la existencia de mala conducta sin que ello implique la negativa al reconocimiento de la asignación de retiro una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos legales del interesado.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 19 de abril de 2018, CP: William Hernández Gómez, dentro del Radicado número: 05001-23-33-000-2013-01922-01, la cual a su vez cita la sentencia de 9 de marzo de 2017, Consejero Ponente William Hernández Gómez, expediente 4295-2013, al considerar que «el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro de 15 a 18 años».

En consecuencia, atendiendo que la figura de la destitución puede enmarcarse dentro de la causal de retiro del servicio por mala conducta, en el *sub lite*, dado que el retiro del servicio de la parte demandante se produjo por mediante la Resolución 02318 de 2016<sup>8</sup>, expedida por el Director General de la Policía Nacional, “*por la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un intendente de la Policía Nacional*”, en donde le fue impuesto al señor Intendente EDINSON LEAL PARRA, el correctivo disciplinario de Destitución e Inhabilidad general por un término de doce (12) años, como consecuencia del fallo proferido dentro de la investigación disciplinaria No. DENOR-2016-14, retirando del servicio activo de la Policía Nacional por Destitución al prenombrado; de este modo, la situación del señor EDINSON LEAL PARRA debe enmarcarse dentro de la causal de retiro de mala conducta comprobada, respecto de la cual el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 exige un tiempo de servicios mínimo de 15 años para obtener la asignación de retiro, condición que cumple el actor al haber laborado por **19 años, 6 meses y 10 días** de servicio al servicio del Policía Nacional<sup>9</sup>.

En esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro, la Sala considera que al demandante le es aplicable la transición señalada en el inciso segundo ordinal, 3.1. del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, toda vez que cumplía con el único condicionamiento de **encontrarse en servicio activo** al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre del 2004) y por tanto no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores, sino por el contrario, el consagrado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, aplicable al señor EDINSON LEAL PARRA, de 15 años de servicios en su condición de Suboficial (Intendente)<sup>10</sup>, **cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia**, requisito que cumple el demandante toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de **19 años, 6 meses y 10 días**, y su retiro se generó por mala conducta.

Así las cosas, la Sala procederá a **confirmar** en su integridad la sentencia de primera instancia.

## 2.5. **Condena en costas:**

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia a la entidad recurrente, 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, presupuestos que no se configuraron en la presente etapa procesal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión Oral 002, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A:**

<sup>8</sup> Folio 51 del cuaderno principal.

<sup>9</sup> Al respecto debe señalarse que la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 14 de septiembre de 2017 dentro del proceso 760012331000200602942-01 consideró que “los conceptos de retiro por «separación absoluta» y «destitución» previstos en las disposiciones disciplinarias de la Policía Nacional son equiparables a la causal de «mala conducta comprobada» contenida en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, ello en virtud de la evolución normativa que ha tenido tal régimen”.

<sup>10</sup>El ingreso de suboficiales al nivel ejecutivo, conforme al artículo 9 del Decreto 1791 de 2000, fue, para el grado de Sargento Segundo, al grado de Intendente.

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del **veinticuatro (24) de julio de dos mil diecinueve (2019)**, proferida por el **Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta**, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantado por el señor **EDINSON LEAL PARRA** en contra de la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR**, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

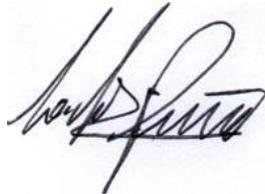
**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala Virtual Oral de Decisión N° 2 del 12 de junio de 2020)



**EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI**  
Magistrado



**CARLOS MARIO PEÑA DIAZ**  
Magistrado



**ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ**  
Magistrado