

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO CIRCUITO

Manizales, junio veinticuatro (24) de dos mil veintidós (2022)

Auto No. 804

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No.: 17001-33-33-004-2022-00160-00

Demandante: CERVECERÍA UNIÓN S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS

Dispone el art. 170 de la Ley 1437 de 2011 que, se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días.

De acuerdo a lo anterior, encuentra el Juzgado que deberá corregirse la demanda en los siguientes aspectos:

- Deberá aportar los actos administrativos demandados de manera legible, esto es, la Liquidación Oficial de Revisión No. 070 del 05 de noviembre de 2020 (Págs. 41-48 PDF No. 01 Expediente Electrónico)
- Dar cumplimiento al artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el numeral 8 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, esto es, acreditar la remisión de la demanda y los anexos a la entidad demandada, así como su corrección.
- Acreditar el derecho de postulación del abogado que presenta la demanda. (Art 74 CGP)

Por lo anteriormente expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES:

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la demanda que a través del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuso **CERVECERÍA UNIÓN S.A.** frente al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por los motivos expuestos.

SEGUNDO: OTORGAR el término de diez (10) días a la parte demandante para que proceda con la subsanación, teniendo en cuenta las consideraciones antes esgrimidas.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1571119b19990661200e24a6636aaa5ce612f5bb57dc66ecbf142b8506ac9fa6**
Documento generado en 24/06/2022 04:37:13 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, junio treinta (30) de dos mil veintidós (2022)

Radicación 17001-33-33-004-2021-00005-00
Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Elmer Fabian Betancur Valencia
Demandada: Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional
Sentencia: 100

1. ASUNTO:

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del trámite de la referencia y de conformidad con lo previsto en el art. 182 A del CPACA, introducido por la Ley 2080 de 2021.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Pretensiones:

1. Inaplicar por inconstitucional el artículo 171 del Decreto 1091 de 1995, al no incluir como beneficiaria del subsidio familiar a la cónyuge y/o compañera permanente a pesar de que los artículos 110 y 111 del Decreto 1029 de 1994 se encuentran vigentes a la fecha y de los cuales se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a través de la Radicación No. 8862 del 24 de octubre de 1996, y definen el concepto de familia así como su conformación y reconocimiento del subsidio familiar.

2. Que se declare la nulidad de los Oficios No. S-2020-032108-DITAH ANOPA-1.10 de fecha 18 de julio de 2020 y la Resolución No. 03634 del 24/12/2020, notificada el día 13/01/2021, por medio del cual le fue negado el reconocimiento y pago del subsidio familiar en un 39% del sueldo básico al señor BETANCUR VALENCIA.

3. Que, a título de restablecimiento del derecho, LA NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL, reconozca y ordene el pago del subsidio familiar en un 39% del sueldo básico con retroactividad al día 02 de julio de 2016, aplicando la prescripción cuatrienal, ya que con fecha 02 de julio de 2020 se interrumpió la prescripción de las mesadas.

4. Que de acuerdo con la anterior pretensión LA NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL, proceda a reconocer y pagar a la

parte demandante por intermedio de su apoderado, o a quien represente sus derechos, todas las sumas de dinero por concepto de la relación laboral que tiene con esa Institución, tal como salarios y partidas salariales, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado año a año, debidamente indexados hasta la fecha en que se realice el pago al señor BETANCUR VALENCIA

5. Igualmente disponer que LA NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL, pague solidariamente al señor ELMER FABIAN BETANCUR VALENCIA, las sumas de dinero que sean liquidadas, tal y como lo autoriza el artículo 192 del C.P.A.C.A., los intereses moratorios legales, liquidados desde la fecha en que se hicieron exigibles y hasta la fecha en que se produzca el pago real y efectivo de cada una de las mismas.

2.2. Fundamentos fácticos:

- Que el señor ELMER FABIAN BETANCUR VALENCIA ingresó a la Policía Nacional en el mes de enero de 1999, encontrándose hoy devengando asignación de retiro.
- El uniformado contrajo matrimonio el 19 de abril de 2006 y es padre de dos hijos, sin embargo, Durante el tiempo que ha estado vinculado a la Policía Nacional nunca se le ha pagado el subsidio familiar.
- Que el artículo 16 del Decreto 1091 de 1995, ordena el pago en dinero del subsidio familiar al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, pese a ello, ordena al Gobierno Nacional determinar la cuantía del subsidio.
- El personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional perciben en su asignación de retiro y/o pensión de invalidez como partida computable el subsidio familiar en un porcentaje que no exceda del cuarenta y siete por ciento (47%), de conformidad con los Decretos 1212 y 1213 de 1990.
- Que con fecha 02 de diciembre de 2020, fue expedida la constancia por parte de la Procuraduría Judicial a través de la cual no fue posible llegar a un acuerdo conciliatorio, dejando constancia que se convocó a audiencia de conciliación por falta de respuesta al recurso de apelación en contra de los actos aquí demandados el día 20/10/2020, posteriormente con fecha 13 de enero de 2021, la entidad accionada notificó la Resolución 03634 del 24/12/2020, a través de la cual confirmaba la negación de los actos administrativos aquí controvertidos.
- El salario que devenga el personal del Nivel Ejecutivo en comparación con el que devengan los oficiales de la Policía Nacional regidos por el Decreto 1212 de 1990, continua siendo desfavorable para los primeros, máxime que actualmente la Policía Nacional solo cuenta con dos escalafones (Nivel Directivo y Nivel Ejecutivo), ya que los Suboficiales y Agentes dejaron de incorporarse a la Policía Nacional

hace más de veinte años, tal como se observa en el Oficio S-2020-009850-DINCO del 16/12/2020.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

Considera trasgredidas normas legales y constitucionales relacionadas con la creación del subsidio familiar en Colombia.

En el concepto de violación, realizó un recuento sobre las normas que implementaron el subsidio familiar, resaltando que su reconocimiento tuvo como pretensión principal la protección de la familia.

Adicionalmente se refiere a los titulares directos e indirectos del reconocimiento del subsidio familiar, su inclusión en el régimen de carrera de la Policía Nacional hasta el año 1993.

Haciendo referencia a la creación del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y el reconocimiento del subsidio familiar, aduce que el derecho a la igualdad de la parte demandante se ha quebrantado por la flagrante discriminación en su aplicación.

2.4. Contestación de la demanda:

La entidad demandada afirma que el demandante se vinculó a la entidad como patrullero el cual ha estado regido desde la fecha de su creación por el Decreto 1091 de 1995, por lo que el reconocimiento y pago del subsidio familiar se realiza conforme a lo previsto por los arts. 16 y 17 de la citada normativa.

Indica que el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que en materia prestacional impera el principio de inescindibilidad normativa, agregando que no se viola el derecho a la igualdad.

Solicita no declarar la nulidad de los actos demandados, teniendo en cuenta que se encuentran ajustados a lo norma que regula el régimen de carrera del Personal del Nivel Ejecutivo.

2.5. Alegatos de conclusión:

2.5.1. Demandante:

La Policía Nacional al dar aplicación al Artículo 17 del Decreto 1091 de 1995, al no incluir como beneficiaria del subsidio familiar a la cónyuge y/o compañera permanente del miembro del Nivel Ejecutivo, está contrariando derechos de rango Constitucional como lo son los Artículos 42, 43 y 48 de la Carta Política de 1991 y es por ello que en el escrito de la demanda se está solicitando que se inaplique el citado Artículo que contradice a todas luces los Artículos Constitucionales ya referidos.

Hace un recuento de la normatividad que ordena el reconocimiento del subsidio familiar a todos los trabajadores.

2.5.2. Demandado:

Reitera que el régimen aplicable al demandante es el regulado en el Decreto 1091 de 1995, el cual excluye el subsidio para cónyuge. Afirma también que el subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo fue reducido, pero ello no implica que sea un aspecto desfavorable para estos, sino que se trata de dos normas distintas, sin que pueda tomarse lo más favorable de una norma y aplicar lo demás de la otra porque ello contraría el principio de inescindibilidad.

Insiste en las afirmaciones contenidas en la respuesta de la demanda solicitando negar las pretensiones de la misma, condenando en costas a la parte accionante.

El MINISTERIO PÚBLICO no se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico.

¿El demandante tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar en su asignación de retiro conforme los Decretos 1212 y 1213 de 1990, pese a que ingresó de manera directa a la Policía Nacional en el Nivel Ejecutivo, cuya norma aplicable para la liquidación de la asignación de retiro es el Decreto 1091 de 1995?

¿Es procedente inaplicar por inconstitucional el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995 por ser violatorio del principio de igualdad, al no incluir como beneficiaria del subsidio familiar a la cónyuge y/o compañera permanente?

2.2. Argumento Central:

Naturaleza jurídica del subsidio familiar en la asignación de retiro en miembros de la fuerza pública.

A través de la Ley 21 de 1982 "Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar", se define el subsidio familiar en su artículo 1.º como "una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad".

Los artículos 2.º y 4.º ibídem, reiteran lo contemplado en normas anteriores, esto es, en su orden, que el subsidio familiar "**no es salario, ni se computará como factor del mismo en ningún caso**" y "es inembargable", salvo las excepciones allí indicadas.

En el sector de la Fuerza Pública, el artículo 13 de la misma normativa precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían.

El Decreto 1212 de 1990, "por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional" consagra en su artículo 82 el subsidio familiar para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

"Subsidio familiar: A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%)."

PARAGRAFO 1o. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que, por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2o. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deberá hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación."

El Decreto 1213 de 1990 "Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional" prevé el subsidio familiar para los Agentes de la Policía Nacional, así:

"ARTICULO 46. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%)."

PARAGRAFO 1º. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Agentes que, por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuvieren disfrutando, o tuvieran derecho a disfrutar de porcentajes superiores al diecisiete

por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

(...)”

Ahora bien, mediante el artículo 1.º de la Ley 180 de 13 de enero de 1995 se modificó el artículo 6.º de la Ley 62 de 1993, consagrándose, por primera vez de manera ajustada al ordenamiento jurídico, el nivel ejecutivo de la Policía Nacional como parte de la estructura de dicha Institución.

Adicionalmente la norma en cita, en su artículo 7.º, le confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República con el objeto de regular aspectos como la asignación salarial, primas y prestaciones sociales del nivel ejecutivo, disponiendo en el párrafo que *«(...) la creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo».*

En virtud de dichas facultades se expidió el Decreto 132 de 13 de enero de 1995, *«por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía nacional»*, que consagró:

(i) En el artículo 13, la posibilidad de que los agentes en servicio activo ingresaran al nivel ejecutivo.

(ii) En el artículo 15, la sujeción del personal que ingresara al referido nivel al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional.

(iii) En el artículo 82, que el ingreso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.

iv) En el artículo transitorio 1.º del Decreto 132 de 1995, se dispuso que el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraba incorporado a dicha entidad en el momento en que se declaró inexecutable parcialmente el Decreto 41 de 1994, quedará automáticamente incorporado *«[...]a la carrera que regula el presente Decreto, en el mismo grado, con la misma antigüedad que ostentaba, sin que para ello sea necesario ningún otro requisito y sin que se produzca solución de continuidad en la prestación del servicio policial para todos los efectos legales”*

Luego, el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 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, expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones del nuevo nivel de la Policía Nacional”*, estableciendo los siguientes factores: Remuneración mensual (artículo 3), primas de servicio (Artículo 4), de navidad (artículo 5), de carabinero (artículo 6), del nivel Ejecutivo (artículo 7), de retorno a la experiencia (artículo 8), de alojamiento en el exterior (artículo 9), de instalación (artículo 10), de vacaciones (artículo 11), y los subsidios de alimentación (artículo 12) y familiar (artículo 15).

En lo que respecta al subsidio familiar, la citada norma previó:

"ARTÍCULO 15. DEFINICIÓN. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso. (Negrillas y subrayas del despacho)

Sobre las prestaciones reconocidas en la asignación de retiro al personal del Nivel Ejecutivo, el artículo 49 ibidem, estableció:

"Artículo 49. Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.

a) Sueldo básico;

b) Prima de retorno a la experiencia;

c) Subsidio de Alimentación;

d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;

e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;

f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales. (Negrillas y subrayas del despacho)

En relación con el personal retirado de la Policía Nacional, el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", prevé que, para efectos de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia de los miembros del Nivel Ejecutivo, Oficiales, Suboficial y Agentes, prevé como partidas computables las siguientes:

"23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.

(subrayas y negrillas del despacho)

Finalmente, el Decreto 1858 del 6 de septiembre de 2012 reguló el “Régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional” para el personal que ingresó a la institución antes del 1° de enero de 2005. El artículo 3 del citado decreto fijó las partidas computables a la asignación de retiro para el personal que ingresó de manera directa al Nivel Ejecutivo a la Policía; es decir, después del año de 1995 y antes del 31 de diciembre de 2004:

“Artículo 3°. Fíjense como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1° de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

1. Sueldo básico.

2. *Prima de retorno a la experiencia.*
3. *Subsidio de alimentación.*
4. *Duodécima parte de la prima de servicio.*
5. *Duodécima parte de la prima de vacaciones.*
6. *Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.
(subrayas y negrillas del despacho).

De las normas transcritas, se observa que el subsidio familiar no constituye salario, ni factor, para liquidar la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía que sea retirado del servicio activo.

Premisas jurisprudenciales

El Honorable Consejo de Estado mediante providencia de fecha 12 de octubre de 2017¹, al analizar si el régimen laboral y prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional señaló que, si bien el régimen prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no reproduce con exactitud el previsto para el personal de Agentes de esa institución, este hecho no supone per se una "discriminación o desmejora" en materia laboral para los miembros del referido nivel. Por el contrario, un análisis en conjunto de ambos regímenes permite advertir que las prestaciones previstas para un miembro del Nivel Ejecutivo en el Decreto 1091 de 1995 superan en monto a las contempladas para el personal de agentes de la Policía Nacional.

Sobre el particular puede consultarse también la sentencia del 2 de febrero de 2017, Sección Segunda, Subsección B, M.P. César Palomino Cortés, proceso con radicado 25000-23-42-000-2013-02266-01 (3929-14).

En la sentencia del 15 de marzo de 2018, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 63001-23-33-000-2013-00121-01 (0387-15), el Consejo de Estado ha sostenido que, si bien el régimen del Nivel Ejecutivo no contempla el pago de las primas de actividad y antigüedad, ni del subsidio familiar con carácter salarial, no se generó una desmejora de las condiciones laborales de los agentes y suboficiales que se acogieron a la homologación:

«En efecto, si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya

¹ Sentencia del 12 de octubre de 2017, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 25000-23-42-000-2014-04128-01 (2165-16).

sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Suboficiales - Decreto 1212 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro).

Además, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.»

La Subsección A del Consejo de Estado, el 6 de mayo de 2021, radicado 63001-23-33-000-2017-00320-01 (243218) después de realizar una comparación de las asignaciones de retiro de los agentes y suboficiales en el año 2005 respecto al personal homologado del nivel ejecutivo, concluyó que **“4- En cuanto al subsidio familiar el régimen del nivel ejecutivo modificó la cobertura, incluyó en su reconocimiento a los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros, hermanos y padres, excluyó a las cónyuges y compañeras permanentes, no obstante, no puede hablarse de una desmejora, en la medida que continuó reconociéndose y cancelándose en porcentajes similares”**.

Sobre la excepción de inconstitucionalidad

Sobre el tema que aquí nos convoca, el Consejo de Estado² al resolver una tutela en la cual la parte actora estimó que la providencia de 24 de septiembre de 2020 proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encontraba viciada de defecto sustantivo por indebida aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los parágrafos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, el parágrafo 23 del Decreto 4433 de 2004 y el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012, que regulan las partidas computables para la

²SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04551-00(AC). Actor: HERNANDO DÍAZ REY. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y de desconocimiento de precedente de diversas sentencias de la Corte Constitucional sobre el subsidio familiar, en el juicio integrado de legalidad, concluyo lo siguiente, que en su parte pertinente *in extenso* se transcribe:

“5.1.2. La excepción de inconstitucionalidad

La Corte Constitucional ha establecido que la excepción de inconstitucionalidad es una facultad otorgada a los jueces o inclusive un deber que tienen los administradores de justicia de inaplicar una norma jurídica en aquellos eventos en que se evidencie una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales.

En consecuencia, “esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto interpartes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.³

Las normas cuya inaplicación solicitó vía excepción de inconstitucionalidad son las siguientes:

I) Parágrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995⁴:

“El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.”

II) Parágrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995:

“Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.”.

III) Parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004⁵:

“En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.”.

IV) Parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 de 2012⁶:

³ Corte Constitucional, Sentencia SU 132 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada

⁴ “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.”.

⁵ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”.

⁶ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

“Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.”

Como se mencionó en los antecedentes del presente proveído, el señor Hernando Díaz Rey se desempeñó al servicio de la Policía Nacional desde 1985, momento para el cual ingresó como Agente. Posteriormente, en 1994 fue homologado al nivel ejecutivo y culminó como intendente jefe de ese nivel su vida laboral en la entidad el 6 de enero de 2010.

Por lo anterior, mediante Resolución N° 005573 del 25 de noviembre de 2009 CASUR le reconoció su asignación de retiro conforme a lo dispuesto “...en los decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y demás normas concordantes...”, teniendo en cuenta, de forma particular, que en el primero de estos se estableció “...el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995.”. Durante su vigencia desempeñó sus funciones en la Policía Nacional el señor Hernando Díaz Rey desde 1994 hasta la fecha efectiva de su retiro en 2010.

Vale destacar, que en el fallo enjuiciado se hizo un estudio pormenorizado de las normas que regulan los requisitos para el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los miembros de la Policía Nacional, en el que se mencionó que el nivel ejecutivo de la entidad fue creado en 1995 y por medio de Decreto 1091 del hogaño se expidió su régimen de asignaciones y prestaciones sociales.

Posteriormente, en la misma providencia se precisó que las partidas computables contempladas en las asignaciones de retiro de los miembros pertenecientes al nivel ejecutivo de la Policía Nacional de quienes ingresaron antes del 1° de enero de 2005 se fijaron en el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, de la siguiente forma:

“Artículo 3°. Fíjense como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1° de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

1. Sueldo básico.
2. Prima de retorno a la experiencia.
3. Subsidio de alimentación.
4. Duodécima parte de la prima de servicio.
5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.
6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.”

Finalmente, tras analizar la sentencia de unificación de 25 de noviembre de 2019 de la Sección Segunda Subsección B del Consejo

de Estado, en la que se indicó que los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional desde su creación cuentan con régimen salarial y prestacional propio, concluyó que:

“De la jurisprudencia transcrita, se observa que se pretendió hacer un estudio de fondo, donde se estableciera si evidentemente se vulneraba el principio de igualdad, al reconocerse algunos factores salariales teniendo en cuenta los diferentes grados y cargos que se manejan en la institución, situación que se determinó que no se da, toda vez que se determina que el nivel ejecutivo no desmejoró las condiciones salariales ni prestacionales.”

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, se tiene que el señor Díaz Reyes en calidad de intendente jefe de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, no le asiste derecho a solicitar que se reliquide su asignación de retiro, toda vez que, al formar parte de esa clasificación, la norma es clara al indicar que se debe dar aplicación al Decreto 1858 del 6 de diciembre de 2012, donde no se contempla la partida de subsidio familiar en la prestación.”.

Así las cosas, luego de analizar el caso del señor Díaz Rey quien afirmó que las normas que regulan las partidas computables de las asignaciones de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional le resultaban inconstitucionales con el único argumento que de su aplicación se desprendía una desigualdad respecto a los demás miembros de la institución; acertadamente el Tribunal accionado finiquitó su decisión aclarándole que al haber sido parte del nivel ejecutivo de la entidad y tener un régimen especial, las normas de este eran las que regían para el reconocimiento de su prestación social.

Vale precisar que el señor Díaz Rey no mencionó ninguna otra particularidad que rodeara su caso y por la cual fuera procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad. De otro lado, si lo que pretende es imputar de contrarias a la Carta Política a las normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se le indica que la vía adecuada sería la acción pública de inconstitucionalidad, cuyo eje fundamental está encaminado a proteger la supremacía constitucional.

Por lo expuesto, se descarta la configuración del defecto sustantivo endilgado a la providencia de 24 de septiembre de 2020”.

Bajo esta tesitura, encuentra el juzgado que a nivel de la Institución de la Policía Nacional existen diferentes categorías que están divididas en oficiales, suboficiales, agentes y personal de nivel ejecutivo, y estas a su vez tienen un régimen diferente, pues para las tres primeras categorías encontramos el Decreto 1212 y 1213 de 1990, sin embargo, para el personal de nivel ejecutivo, el Gobierno Nacional desarrolló el Decreto 1091 de 1995 y en el artículo 3 del Decreto 1858 de 2012 fijó las partidas computables en las asignaciones de retiro de los miembros pertenecientes al nivel ejecutivo en la cual no se enlistó el subsidio familiar, sin que ello evidencie una desigualdad o contradicción entre las disposiciones aplicables al caso concreto y las normas constitucionales, por encontrar que el régimen del nivel ejecutivo es más beneficioso que el régimen de agentes, oficiales y suboficiales.

2.3. Pruebas:

Descendiendo al caso sub examine, el Despacho observa en el plenario lo siguiente:

- Según se desprende de la hoja de servicios vista en el folio 29 del PDF 01 del expediente electrónico:

- El señor Elmer Fabian Betancur Valencia, ingresó a la Policía Nacional como "AUXILIAR DE POLICÍA" con fecha de inicio el 26 de enero de 1999 y fecha de terminación el 26 de enero de 2000; posteriormente ingresó como "ALUMNO NIVEL EJECUTIVO" el 12 de marzo de 2001, terminó el 03 de abril de 2002; seguidamente pasó a "NIVEL EJECUTIVO" con fecha de inicio el 04 de abril de 2002 y fecha de terminación el 17 de junio de 2020, finalmente fue dado de "ALTA TRES MESES", desde el 17 de junio de 2020 al 17 de septiembre de 2020.

- El demandante percibía en actividad, entre otras, subsidio familiar del nivel ejecutivo la suma de \$68.810.

- Al demandante le fue reconocida la asignación de retiro mediante resolución No. 01544 del 10 de junio de 2020.

- Las partidas computables en la asignación de retiro fueron: SUELDO BÁSICO, PRIM. RETORNO EXPERIENCIA. PRIM. NAVIDAD, PRIM. SERVICIOS, PRIM. VACACIONES, SUBSIDIO ALIMENTACION.

- Contrajo matrimonio con la señora YULIAN CAROLINA MUÑOZ LOAIZA, según consta en el Registro civil de matrimonio visible a folio 25 del PDF 01.

- Procrearon dos hijas, GABRIELA BETANCUR MUÑOZ e ISABELLA BETANCUR MUÑOZ, según consta en Registros civiles de nacimiento visibles a folios 24 y 26 del PDF 01.

- Presentó reclamación administrativa a través del derecho de petición radicado por el actor el día 02 de julio de 2020 solicitando la inclusión de la partida Subsidio Familiar en la asignación de retiro, según consta en folios 13 a 19 del PDF 01.

- Mediante Oficio No. S-2020-032108-DITAH-ANOPA-1.10 de fecha 18 de Julio de 2020, notificado electrónicamente el día 22 de julio de 2020, la POLICÍA NACIONAL negó la anterior solicitud.

- Mediante Resolución No. 03634 del 24 de diciembre de 2020, la entidad accionada resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante, confirmando la decisión.

2.4. Caso concreto y conclusión:

Pretende el demandante que se le reconozca y pague como partida computable a su asignación de retiro EL SUBSIDIO FAMILIAR, en un 39% del

salario básico, porcentaje que corresponde a su esposa y sus dos hijas, con el argumento que se inaplique el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995.

La entidad demandada como argumento de defensa sostuvo que para el reconocimiento de la prestación se ciñó a la literalidad de la norma Decreto 1091 de 1995 y el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en el numeral 23.2 del artículo 23 que establece las partidas con las cuales se liquidan las asignaciones de retiro del nivel ejecutivo reajustadas de conformidad con el sistema de oscilación.

Se colige de las pruebas obrante en el proceso, que cuando el demandante se incorporó a la Institución, lo cobijó el Decreto 1091 de 1995 que, en punto particular al Subsidio familiar, se regula en el artículo 15 y solicita la aplicación del artículo 46 del Decreto de 1990 para el incremento del subsidio familiar en su asignación de retiro. Para una mayor ilustración, el Despacho traerá un paralelo de las normas en comento:

CONCEPTO Y NORMA NIVEL AGENTE DECRETO 1213 DE 1990	Definición legal	CONCEPTO Y NORMA NIVEL AGENTE DECRETO 1091 DE 1995	Definición legal
SUBSIDIO FAMILIAR Art. 46	<p>A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:</p> <p>a. Casados el treinta por más los porcentajes a que se ciento (30%), tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.</p> <p>b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.</p> <p>c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%)</p>	Subsidio Familiar Art 15 y ss.	El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo. (hijos, hermanos y padres)

Al respecto advierte el Despacho que, no obstante la norma que precede es más amplia al incluir a la cónyuge o compañera permanente del uniformado, tal como se indicó en las normas que regulan la materia desde la creación del Nivel Ejecutivo y lo señalado por el H. Consejo de Estado en los pronunciamientos jurisprudenciales citados, si bien en el Nivel Ejecutivo no se incluyó la partida del subsidio familiar en la asignación de retiro, también lo es que incluyó otros factores como el sueldo básico, la prima de retorno a la experiencia, el subsidio de alimentación, la

duodécima parte de la prima de servicios; la duodécima parte de la prima de vacaciones y la duodécima parte de la prima de navidad devengada en servicio activo, lo que en conjunto arroja una asignación superior a la que se reconoce en el grado de agente, oficiales y suboficiales.

De todo lo analizado, resulta claro para el Despacho, que el actor no fue discriminado ni se le desmejoraron sus condiciones prestacionales, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro, ya que analizado en conjunto el régimen del Nivel Ejecutivo resulta más favorable, y tal como se advirtió en la jurisprudencia, la inaplicación por inconstitucionalidad de una norma se usa con el fin de proteger, en un caso concreto los derechos fundamentales que se vean vulnerados, y en este caso no encuentra el despacho que las normas que regulan la asignación de retiro del Nivel Ejecutivo contraríen preceptos constitucionales.

En conclusión, el Despacho negará las pretensiones invocadas por el demandante, por considerar, que no le asiste derecho a que se le inapliquen las normas que invoca, para que de esta forma se le reconozca el subsidio familiar a su compañera permanente y sus hijos en los porcentajes del 30%, 5% y 4%, respectivamente, bajo normas aplicables para el régimen de Agentes (Decreto 1213 de 1990), como quiera que desde su ingreso a la Institución hizo parte del Nivel Ejecutivo, régimen que se le debe aplicar en toda su integridad y que reconoce la partida del subsidio familiar para los hijos, entre otros. Y como se percibe en la hoja de servicios, el demandante, cuando estaba activo en el servicio, recibía por este concepto la suma de \$68.810 para sus dos hijos, que corresponde al valor del subsidio familiar fijado en el artículo 28 del Decreto 324 de 2018.

2.5. Costas:

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la demanda se presentó con fundamentos razonables, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que a través del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró el señor **ELMER FABIAN BETANCUR VALENCIA** frente a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, de acuerdo a los planteamientos hechos en la parte considerativa.

SEGUNDO: SIN CONDENAS EN COSTAS, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: RECONOCER PERSONERÍA para actuar como apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL** al **Dr. CARLOS PATIÑO MORENO**, identificado con cédula de ciudadanía 10.261.738 y T.P. 101.214 del C.S. de la J., conforme al poder contenido en el folio 10 del PDF 6 del expediente electrónico.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente previa anotación en el aplicativo "Justicia Siglo XXI" una vez en firme la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **dfea2aa4abaf1348b430628bf6fb2f1b82c1f0af520bb709528d445925793344**

Documento generado en 30/06/2022 12:56:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 17001-33-33-004-2016-00415-00
Medio de Control: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: CARLOS ALBERTO ZAPATA PALACIO
Demandados: MUNICIPIO DE LA DORADA- CALDAS
Sentencia No.: 102

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0978 del 14 de julio de 2016 suscrita por el Alcalde de La Dorada, Caldas, en la cual declara insubsistente el nombramiento del señor CARLOS ALBERTO ZAPATA PALACIO, del cargo de Director del Fondo de Vivienda Popular del Municipio de La Dorada Caldas-FONVIPO.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del Derecho se condene a la demandada a reintegrar al accionante al cargo Director del FONVIPO, o en otro cargo igual o de superior categoría.

TERCERA.- Que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías y demás derechos y prestaciones sociales de orden laboral dejados de percibir por el accionante, desde el momento de la declaración de insubsistencia del accionante hasta el reintegro efectivo del mismo.

CUARTA.- Que se declare que para todos los efectos legales y especialmente para los fines del sistema de seguridad social y demás prestaciones sociales a que tiene derecho el accionante, que no ha existido solución de continuidad en la relación laboral entre la fecha que se declaró la insubsistencia y aquella en que se produzca el reintegro efectivo del cargo.

QUINTO: Que se ordene el cumplimiento a la Sentencia dentro de los términos de los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo igualmente que la condena será actualizada y se reconocerán los intereses, y si no se efectúa el pago en forma oportuna la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios en la forma ordenada por el artículo 193 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte accionada.

2.2. Supuestos fácticos:

El accionante afirma lo siguiente en los hechos de la demanda:

- Mediante Resolución N° 0011 del 04 de enero de 2016 el Alcalde del Municipio de la Dorada, Caldas, nombra al señor CARLOS ALBERTO ZAPATA PALACIO, en el cargo de Director del Fondo de Vivienda Popular del Municipio de la Dorada Caldas-FONVIPO, Acta de posesión No. 010 del 04 de enero de 2016.

- Mediante oficio de julio 13 de 2016, radicado en la Alcaldía de la Dorada, el accionante presenta su renuncia al cargo de Director del FONVIPO a petición del señor Alcalde, en la cual se deja constancia que renuncia presionado porque el nominador le pidió que lo hiciera para nombrar a la señora LUCÍA ZÁRATE GIRALDO quien estaba próxima a tomar su grado profesional, ofreciéndole a cambio que lo nombraba en la dirección administrativa que el accionante escogiera en la administración municipal, frente a lo anterior el accionante le manifestó al señor Alcalde que no aceptaba otro cargo porque le desmejoraba el nivel del cargo y sus condiciones laborales, tales como su salario y demás prestaciones sociales.

- Que el Alcalde de La Dorada, molesto por la presentación de la renuncia motivada que radicó el accionante en vez de pronunciarse sobre si aceptaba o no la renuncia expidió la Resolución N° 0078 del 14 de julio de 2016 declarándolo insubsistente en una clara desviación de poder, falsa motivación, violación al debido proceso y violación a la ley.

- Que el señor Alcalde, sostuvo una conversación telefónica con el accionante el día 12 de julio de 2016, donde lo presiona para que presentara la renuncia de manera rápida y le explica que las razones de la remoción del cargo son que necesita el cargo para designar a su amiga LUCIA ZARATE GIRALDO, quien estaba próxima a graduarse de una carrera profesional, y la otra, por venganza porque en la administración anterior el accionante fue funcionario de la Alcaldía y el hoy Alcalde era Secretario de Salud y dice que el accionante lo desconocía.

- El día 13 de julio de 2016 el accionante presentó renuncia motivada a su cargo, señalando la presión del Alcalde, razón por la cual este último lo cita

en su oficina para reclamarle por el hecho de haber presentado en la ventanilla de radicación la renuncia motivada y en presencia del accionante le rompe la carta de renuncia.

- Que el Alcalde expidió la Resolución N° 0978 del 14 de julio de 2016 para declarar insubsistente al accionante en el cargo de Director de FONVIPO, situación ilegal, porque ante la renuncia presentada por este debía resolverla, y en su lugar la destruyó y a la fecha no se ha pronunciado sobre ella, y lo que hizo fue ejercer la potestad de libre nombramiento y remoción, para lo cual motiva su competencia en normas y jurisprudencia, para materializar su actuación de ira, de venganza, de desviación, abuso y actuar grosero.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

Las normas que la parte demandante considera han sido violadas son las siguientes:

- Artículos 1, 2, 25, 29, 44, 48 y 209 de la Constitución Política.
- Artículo 44 del CPACA.
- Artículo 41, literal d) de la Ley 904 de 2004.
- Decreto 1227 de 2005, artículo 10.
- Decretos 3820 de 2005, 1937 de 2007 y Decreto 4968 de 2007.

Como concepto de violación, se esbozaron los siguientes argumentos:

- Aduce que el Alcalde de La Dorada- Caldas actuó como si la regla de derecho que impone el deber de dar trámite y resolver la renuncia presentada, no existiera, es decir, como si no existiera el deber de todo servidor público de dar trámite a las actuaciones administrativas que esta debía necesariamente adelantarse, porque fue el mismo Alcalde quien le pidió la renuncia, la cual se presentó dejando constancia que era presionada por el nominador, y en su lugar hizo uso arbitrario de la competencia discrecional con ánimo vengativo, de ira y en detrimento del servicio público.

- Señala que la administración al expedir el acto administrativo, funda su decisión en hechos falsos y materialmente inexactos, como que desvincula la administración y lo declara insubsistente su cargo, alegando facultad de libre nombramiento y remoción, cuando lo que estaba de por medio era una desviación o abuso de poder.

- La Alcaldía de La Dorada- Caldas vulneró los principios de imparcialidad y moralidad de la administración, toda vez que infringió claras reglas obligatorias de derecho, en tanto favoreció claros intereses

personales y políticos, pues exigió la renuncia y luego lo declaró insubsistente, para designar a LUCÍA ZARATE GIRALDO.

- Con la expedición de los actos administrativos, no existe motivo legal en que se pueda fundar, por lo que incurren en carencia de motivo legal, falsa motivación y defectuosa calificación de los motivos, cuando lo que estaba de manera oculta en el acto administrativo, era el ánimo de favorecer a la nombrada para designarla en el cargo y con el interés de ocultar la destrucción que había hecho de la carta de renuncia y que a la fecha se ha abstenido de darle respuesta.

- Al expedir el acto administrativo de insubsistencia, la Alcaldía de La Dorada, usó su competencia, aparentemente motivado por el interés general, con la intención de tomar una medida desproporcionada con los fines que le sirven de causa, para vengarse de odios políticos y personales para favorecer a LUCÍA ZARATE GIRALDO, quien por falta de experiencia en el cargo y por estar recién graduada, desmejora el servicio, pues quien fuera declarado insubsistente tiene una solvente hoja de vida con experiencia que garantizaba una adecuada función pública al servicio eficiente de la comunidad.

- Advierte que el acto acusado, incurrió en la causal de nulidad de los actos administrativos establecidos en el artículo 137 del CPACA, de desviación y abuso de poder.

2.4. Contestación de la demanda:

El Municipio de La Dorada contestó la demanda de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones de la misma e indicando que el acto se encuentra debidamente motivado y como se puede observar, en el mismo no se mencionó la necesidad de nombrar a terceras personas o situaciones políticas de venganza o similares como de manera errónea lo plantea la parte accionante.

Refirió que, por sustracción de materia, si se hizo uso de la facultad discrecional no se requería pronunciarse sobre la renuncia.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó:

"Inexistencia de causal de nulidad".

"Falta de legitimación en la causa por pasiva"

"Inexistencia de desviación de poder".

"Ausencia de prueba del desmejoramiento del servicio"

2.5. Alegatos de Conclusión:

2.5.1. Parte Demandante:

Aduce que quedó demostrado que la designación del demandante como Director del FONVIPO se debió a la trayectoria y competencia demostrada en el ejercicio de los mismos, además de cumplir con el perfil y requisitos exigidos para dicho cargo.

Señala que quedó probado que mediante misiva de julio 13 de 2016, radicada en el despacho de la Alcaldía de la Dorada, el señor CARLOS ALBERTO ZAPATA PALACIO presentó su renuncia al cargo de Director del FONVIPO a petición del señor Alcalde Diego Pineda Álvarez, en la cual le deja constancia que renuncia presionado porque el nominador le pidió que lo hiciera para nombrar a la señora LUCÍA ZÁRATE GIRALDO.

Indica que en el proceso no hay prueba que la remoción del demandante se debió a mejoras del servicio, pues quedó probado que el señor Carlos Alberto Zapata Palacio, reunía los requisitos de idoneidad y experiencia, acreditando los títulos de Tecnólogo en Contabilidad y Costos de Corporación de Educación del Norte del Tolima -CORDEUCACIÓN- de febrero de 2012, y Contador Público de la Universidad de Ibagué -de noviembre de 2015.

Menciona que no hay duda que el acto administrativo demandado incurrió en una desviación de poder y falsa motivación, porque el Alcalde al ver que su presión sobre el demandante no consiguió que le presentara una renuncia pura y simple, enterado de la renuncia presentada y radicada el 13 de julio de 2016 a las 2:56 p.m. en el Despacho del Alcalde de La Dorada -Caldas, era motivada, en un acto de abuso de autoridad y desviación de poder, expidió la Resolución N° 0978 de fecha 14 de julio de 2016, declarando insubsistente el nombramiento del accionante en el cargo de Director de FONVIPO, encubriendo así su designio consistente en la necesidad de nombrar una persona de su preferencia -la señora Lucía Zarate Giraldo, más no la mejora del servicio, para lo cual se valió de la facultad de libre nombramiento y remoción para declarar insubsistente al demandante.

Concluye que no se trata de la discusión sobre la competencia que tiene el nominador para declarar insubsistente un cargo de libre nombramiento remoción, que por ley la tiene, se trata es de la instrumentalización de dicha figura administrativa para encubrir los móviles y lograr así el designio del nominador de satisfacer sus preferencias por encima del buen servicio, es decir, el problema jurídico a resolver es la desviación de poder y el abuso de autoridad que se presentó en este caso concreto.

2.5.2. Parte Demandada:

Refiere que en las pruebas allegadas al proceso, no se corrobora tal afirmación subjetiva, tampoco se aportan al proceso los informes de gestión

necesarios para probar tal descripción, por el contrario, quedo probado por intermedio de los interrogatorios realizados a los testigos que el demandante no hizo un debido empalme a la administración o a la recién nombrada Dra. Zarate del cargo desempeñado, aunado a lo anterior, no se presentaron evidencias por parte del demandante de las gestiones realizadas en favor de Fonvipo y su deber ser como entidad al servicio de los intereses de vivienda y mejoramiento de los doradenses, situación que si quedó plenamente demostrada por la Dra. Zarate quien manifestó bajo la gravedad de juramento sobre sus excelentes gestiones administrativas como convenios con Confamiliares de Caldas, Departamento de Caldas, Ministerios del Orden Nacional, entre otras entidades.

Indica que frente a la solicitud de nulidad del acto por no haberse dado trámite a la renuncia, carecía de objeto la respuesta, pues se expidió la resolución 0978 de 14 de julio de 2016 que declaró insubsistente al actor, y en gracia de discusión, mínimo operó el silencio administrativo negativo, y sea esta la oportunidad de resaltar que el acto, contempla una parte considerativa donde se acreditaron los elementos jurídicos necesarios, donde se acreditó la competencia y se argumentó la causal legal para adoptar la decisión, motivo por el cual no le asiste razón al actor en sus dichos.

Menciona que con respecto a la motivación del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, es necesario poner de presente, que para tomar la decisión se hizo el respectivo análisis tanto de la hoja de vida del Dr. Carlos Alberto Zapata Palacio, como de la Dra. Lucía Zarate, sumado a ello, también se tuvieron en cuenta los principios de moralidad administrativa, eficacia, economía, celeridad, e imparcialidad, además de ello el acto administrativo estuvo fundado en el marco constitucional numeral 3 del artículo 315 de la Constitución Nacional en cuanto a las atribuciones del alcalde.

Manifiesta que es palmario que la confianza del nominador frente al funcionario y la excelencia en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado es de relevada importancia para la nominación de este tipo de cargos; al respecto, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción, como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública, razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Afirma que el demandante no logró desvirtuar con sus elementos probatorios, la legalidad del acto administrativo demandado o el abuso del poder, así mismo tampoco logró probar que la persona que lo reemplazó desmejoró el servicio, por el contrario, se logró demostrar, más allá de toda duda razonable, que la Dra. Lucía Zarate cumplió a cabalidad con las

gestiones encomendadas, y logró beneficiar al Municipio, al FONDO DE VIVIENDA POPULAR DEL MUNICIPIO DE LA DORADA CALDAS- FONVIPO y a la población en general con soluciones reales de vivienda para los doradenses, al celebrar gran cantidad de convenios de mejoramiento integral de viviendas y construcción de viviendas nuevas, tal y como ella lo anunció en su testimonio en la etapa probatoria.

Concluye que el debate probatorio arrojó como resultado la claridad irrefutable y meridiana de que la facultad discrecional ejercitada por el alcalde para la declaratoria de insubsistencia del demandante fue adecuadamente utilizada y que cumplió a cabalidad y de manera presta con sus obligaciones.

2.5.3. Concepto del Ministerio Público:

No emitió concepto.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El fondo del asunto:

Se pretende en este caso, la nulidad de la Resolución No. 0978 del 14 de julio de 2015, mediante la cual el Alcalde Municipal del Municipio de La Dorada-Caldas declaró insubsistente al señor Carlos Alberto Zapata Palacio en el cargo de libre nombramiento y remoción de Director del Fondo de Vivienda Popular, y como restablecimiento del derecho el reintegro al cargo y el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir.

3.2. Problema Jurídico:

En consonancia con lo analizado el Despacho deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Se ajusta a la legalidad la resolución No 0978 del 14 de julio de 2015, proferida por el Alcalde del Municipio de La Dorada - Caldas, con la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Carlos Alberto Zapata Valencia?

3.3. Premisas normativas y jurisprudenciales:

3.3.1. Los empleos de libre nombramiento y remoción

Por disposición constitucional los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre

nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley (artículo 125). La misma disposición establece que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público y exige que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se efectúe previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la Ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.

Por su parte la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, tiene dentro de su articulado una serie de normas que hacen referencia a los empleos de libre nombramiento y remoción:

“Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) Empleos temporales.

Artículo 2º. Principios de la función pública.

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. **Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción**, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

(...)

Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

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

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

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

c) **INEXEQUIBLE.**

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Parágrafo 1°. INEXEQUIBLE.

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

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

(Negrillas del Despacho)

Con respecto a este tipo de nombramientos ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

*"Se colige de lo anterior que el cargo desempeñado por el demandante, era de libre nombramiento y remoción, designación que tiene amparo normativo en el artículo 125 de la Constitución Política². Este precepto, establece como regla general que los servidores del Estado sean incorporados mediante el sistema de méritos y además que permanezcan en el cargo, mientras no hayan incurrido en las causales específicas de retiro previstas por el legislador. No obstante, **la Constitución también prevé que los directores y responsables de las instituciones, pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir, de toda su confianza, quienes encarnan y materializan las políticas administrativas y las estrategias del director para el desarrollo de la misión institucional, por lo que el manejo de este grupo especial de personas de confianza debe ser flexible.** Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que algunos cargos deban ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responda a la discrecionalidad del Presidente, Director, Gerente o Responsable de la entidad, todo con amparo en el citado artículo 125 de la Carta.*

La Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. Así en la sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, esa Corporación dejó sentado:

"En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

De otro lado, el artículo 107 del Decreto No. 1950 de 1973, otorga al nominador la potestad discrecional de poner fin a la relación laboral; dispone la norma que:

¹Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02831-01 (0653-10).

² Cita de cita. "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (. . .)"

“En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”

Entonces, esa facultad discrecional permite que los empleados de libre nombramiento y remoción puedan ser retirados de sus funciones, con el fin de garantizar el buen servicio público, es decir, ese vínculo no genera ningún tipo de estabilidad, a menos que exista una limitación de orden legal, la cual debe ser alegada y demostrada, cuando el asunto transita al examen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, el estudio de las pruebas señala nítidamente que el demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, es decir, que no pertenece a la carrera administrativa y por lo mismo carece del privilegio de estabilidad. En armonía con lo dicho, la protección que la ley brinda a los funcionarios de carrera no otorga estabilidad a los funcionarios que carecen de ella, como acontece con el demandante.”
(Resaltado por fuera del texto original)

3.3.2. De la facultad discrecional para declarar la insubsistencia a un empleado de libre nombramiento y remoción

Este aspecto ha sido estudiado por la doctrina³, reseñándolo de la siguiente manera:

“En principio, puede afirmarse que la insubsistencia es el producto de la facultad discrecional de remover de la cual están investidas las autoridades nominadoras, para declarar sin efecto el nombramiento hecho a un funcionario público, con el propósito de hacer cesar su vinculación con el empleo para el cual fue designado. (...)

Dicha facultad actúa respecto a los empleados que no tengan vinculación alguna con la carrera administrativa, y es de carácter discrecional frente a tales servidores. (...)

Son empleados que no tienen vinculación con la carrera administrativa quienes ejercen empleo de libre nombramiento y remoción, o quienes desempeñando cargos de carrera no pertenecen a ella por no haber ingresado mediante los procedimientos previstos en la ley para ese efecto.

³ Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Undécima Edición. Editorial Temis. Bogotá, 2009. Pgs. 351-352.

A la decisión de declaratoria de insubsistencia ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad. Este proceso de formación del convencimiento de la necesidad de desvincular del servicio a un funcionario, por esta causal, es de libre apreciación. (...)

La declaratoria de insubsistencia es una medida, prevista por nuestra legislación, a favor de la administración y como tal amparada por la presunción de legalidad. Pero tal presunción es desvirtuable, probando que el acto de insubsistencia se hizo con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo expidió, situación que se da cuando el agente que la decreta persigue fines contrarios a los del buen servicio, que son obviamente los que deben perseguir las autoridades investidas de esta facultad. (...)"

De la misma manera la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado frente al tema⁴:

"b) La facultad de libre nombramiento y remoción no requiere motivación"

(...)

También ha dicho esta Corporación⁵ que los empleados que están sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción, no tienen la misma estabilidad de quienes están inscritos en carrera administrativa, porque existen razones justificadas constitucional y legalmente para ello, dado que se trata de cargos de dirección, con funciones decisorias o que implican una gran responsabilidad, por lo que en todo caso exigen una relación de confianza. En estas condiciones, la Carta Constitucional⁶ autorizó a los nominadores para que, en estos casos, en los que el funcionario no pertenece a la carrera, puedan declarar insubsistente su nombramiento sin motivación alguna y en cualquier momento, mientras ejerza la facultad discrecional en aras del buen servicio público, el cual se presume en todos los casos.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02080-01(1293-09).

⁵ Cita de cita. Sentencia de 1 de julio de 2008, radicación 11001-03-15-000-2004-01517, C.P. Ligia López Díaz.

⁶ Cita de cita. artículo 125 de la Constitución Nacional

(...)

Así las cosas, siendo que la discrecionalidad es la facultad de la cual está revestido el nominador para declarar insubsistente un nombramiento, por ser ejercida respecto de empleos que no pertenecen a la carrera administrativa, no requiere motivación alguna y se presume inspirada en el buen servicio público.

Por ende, como el empleo desempeñado por el actor, es un cargo de libre nombramiento y remoción del nivel directivo (en el que debe existir cierto grado de confianza entre el nominador y su servidor), era viable el retiro del servicio mediante la declaratoria de insubsistencia del nombramiento y sin necesidad de motivación alguna, circunstancia por la cual, el cargo de nulidad no está llamado a prosperar.

(...)

Así las cosas, la falta de motivación del acto de declaratoria de insubsistencia del demandante, no constituye un vicio de nulidad, porque, repite la Sala, tratándose del ejercicio de la facultad discrecional del nominador, ésta no requería motivación alguna, y se presume ejercida en aras del buen servicio.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia transcritas, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad.

3.3.3. Desviación de poder como vicio de ilegalidad

No obstante, lo anterior, por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, es susceptible de ser desvirtuada, carga que le corresponde al demandante. Dicha presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos.

Tal como se afirmó anteriormente, los actos discrecionales buscan lograr la mejor prestación del servicio público, sin embargo, pueden estos actos contener un vicio de ilegalidad denominado desviación de poder que consiste en que la voluntad del funcionario buscó un fin distinto al perseguido en la ley. Concepto que ha sido decantado por la doctrina de la siguiente manera:

“Se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dice el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, “con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió”.

Esa finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interés general. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad de tipo económico, partidista o ideológico, ese acto sería ilegal por desviación de poder. (...)

En segundo lugar, el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácitamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual, si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal.”⁷

En ese sentido, cuando se alega como causal de ilegalidad la desviación de poder, tal manifestación debe ser probada por quien la afirma, con respecto al tema ha sido clara la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁸:

“Argumenta el apelante que se desmejoró el servicio porque la entidad demandada nombró en su reemplazo a un funcionario que apenas se iniciaba como empleado de la Registraduría, con el fin de atender cuotas políticas, en contravía de los postulados del buen servicio público.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder; de tal suerte que cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por

⁷ Derecho Administrativo General y Colombiano. Decimocuarta Edición. Libardo Rodríguez R. Editorial Temis. Bogotá, 2005. Pgs. 268-269.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02080-01 (1293-09)

la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad.

Se ha dicho también que esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar. En tratándose de actos de retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia, reitera la Sala, que la facultad discrecional de remover libremente al personal no puede sustentarse en razones diferentes a las del buen servicio y debe ejercerse en consonancia con el interés general, sin que pueda inspirarse dicha potestad en motivos de orden personal o para favorecer intereses propios o de terceros.

Ahora bien, como los actos administrativos se presumen legales, quien pretenda desvirtuar esta presunción, debe demostrar dentro del proceso en el que se controvierte la legalidad del acto discrecional, que la verdadera motivación del mismo obedeció a razones ajenas y diferentes a las del buen servicio, generándose la desviación del poder que por ley tiene el nominador.

Así las cosas, para que la desviación de poder prospere como causal de nulidad del acto de insubsistencia discrecional, tratándose de un empleado público que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, como es el caso del actor, debe soportarse en pruebas pertinentes y suficientes, con la contundencia necesaria para que no quede duda de que la motivación del acto fue diferente al buen servicio, o de que con la vinculación de otro servidor en el mismo cargo se generó o generará una desmejora del servicio público.

(...)

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, la idoneidad para el ejercicio de un cargo, el buen desempeño de las funciones y la preparación profesional, que en sentir del actor constituyen razones para su permanencia en el empleo, a juicio de esta Sala, no le otorgan por sí solos la prerrogativa de estabilidad laboral, puesto que tal comportamiento y aptitudes son apenas las exigencias contenidas en la Constitución y la ley, para quienes desempeñan un empleo público. Y es que la noción de buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del servidor, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis corresponde efectuar al nominador⁸.

(...)

Como se anotó anteriormente, cuando se impugna un acto de insubsistencia, cuya naturaleza es discrecional, alegando que en su expedición no mediaron razones del mejoramiento del servicio, es indispensable para desvirtuar la presunción de legalidad que este reviste, aducir y allegar la prueba que así lo demuestre. Ciertamente, se ha dicho⁹, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.

Así las cosas, se deben concretar y probar los motivos distintos a la buena marcha de la administración que determinan la expedición del acto de insubsistencia; de lo contrario, se llegaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que, por disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso.

La apreciación de los medios de prueba exige que el juzgador pueda lograr un nivel de convicción sobre la desviación de poder, de manera que el juicio de probabilidad que construya permita arribar a conclusiones razonables. Estas, desde luego, requieren que dicho juicio de probabilidad se funde en elementos fácticos de los cuales se pueda inferir que la administración se desvió de los propósitos que planteó la ley, cuando confirió a la autoridad el ejercicio de la facultad discrecional.”

Bajo estos presupuestos conceptuales, se deberá analizar la legalidad del acto administrativo que declaró la insubsistencia del accionante en el cargo de Director del Fondo de Vivienda Popular del Municipio de La Dorada-Caldas-FONVIPO.

3.4. Examen del caso concreto:

Si bien es cierto en la situación en la que se encuentran los empleados de libre nombramiento y remoción gozan de fuero de relativa estabilidad laboral, la finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente será razonable, cuando la medida consista en asegurar la confianza que supone el ejercicio del cargo y el buen servicio.

⁹ Cita de cita. sentencia de 15 de septiembre de 2011, Rad: 73001-23-31-000-2005-00811-01 (0485-2009) C.P: Gerardo Arenas Monsalve.

En este caso, al señor Carlos Alberto Zapata Palacio, le fue realizado un nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción según las voces de la Ley 909 de 2004 mediante la Resolución No. 0011 del 04 de enero de 2016 suscrita por el Alcalde Municipal de La Dorada-Caldas y a través de la Resolución n° 978 del 14 de julio de 2016, se separó del cargo al demandante, acto administrativo que está motivado únicamente con las previsiones normativas y jurisprudenciales que atañen a los cargos de libre nombramiento y remoción, lo cual se encuentra conforme con las regulaciones que en la materia establece el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, alega el accionante que en el presente asunto se configuró la desviación de poder como vicio de ilegalidad del acto que declaró la insubsistencia, pues a su juicio se logró probar dentro del proceso el desmejoramiento del servicio con la vinculación de la persona que lo reemplazó en el cargo y los móviles personales que provocaron la decisión de su retiro del mismo, toda vez que la insubsistencia se declaró para nombrar a una persona cercana al Alcalde y por encima de la renuncia que había sido presentada por el señor Zapata Palacio.

La entidad se defiende indicando que el motivo de la declaratoria de insubsistencia se encuentra enmarcado en el mejoramiento del servicio, atendiendo a que el accionante no cumplía a cabalidad sus funciones, además de que la persona nombrada cuenta con una mejor hoja de vida en lo que tiene que ver con estudios y experiencia, se probó el mejoramiento del servicio, por lo que no existe una desviación de poder.

Ahora bien, para determinar si los dos presupuestos para declarar la ilegalidad del acto administrativo de insubsistencia se cumplen, procede el Despacho a realizar el siguiente análisis:

3.4.1. Sobre el mejoramiento del servicio

Como ya se dijo, el acto de desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción, trae implícito un móvil: el mejoramiento del servicio, presunción que corresponde desvirtuar a la parte demandante.

El señor Zapata Palacio afirma que la nombrada con posterioridad a su declaración de insubsistencia, no contaba con los estudios y la experiencia suficiente para un buen desempeño en el cargo, afirmación que, entre otras cosas, sustenta en que el título profesional de la nombrada fue obtenido con posterioridad al nombramiento (acápite de hechos de la demanda) o que fue obtenido con muy pocos días de anticipación al mismo (acápite de concepto de la violación).

Respecto del objeto del Fondo de Vivienda Popular de La Dorada- Caldas el Acuerdo No. 0037 de 1993, por medio del cual se creó, estableció:

ARTÍCULO TERCERO: El Fondo de Vivienda Popular y de Interés Social de La Dorada- Caldas, "FONVIPO", tendrá como objeto dotar de vivienda digna a los hogares de la comunidad doradense, desarrollar la política de vivienda de interés social y promover las organizaciones populares de vivienda.

Por su parte, el Acuerdo No. 006 de 2008 "Por medio del cual se modifican y fusionan los Acuerdos 037 del 24 de agosto de 1993 y 027 de mayo 19 de 1998, que hacen relación al Fondo de Vivienda Popular y de Interés Social, del municipio de La Dorada", preceptuó:

Artículo 5º. *El Fondo de Vivienda Popular del municipio de La Dorada- Caldas, FONVIPO, estará gobernado por una junta directiva y un director que será su representante legal y su autoridad administrativa.*

(...)

Parágrafo 1º. *El Director de FONVIPO deberá tener el siguiente perfil: Profesional universitario en áreas de arquitectura, ingeniería de obras civiles o afines y en áreas administrativas con conocimiento en gerencia de proyectos. Este deberá acreditar título profesional.*

Dicha preceptiva fue ratificada en el Acuerdo 007 del 09 de junio de 2016 del Concejo Municipal de La Dorada – Caldas.

Para dilucidar entonces el mejoramiento del servicio, se trae a colación el siguiente cuadro comparativo, en el cual se pueden observar los estudios, la experiencia laboral y el número de años dedicados al servicio público, según datos reportados en el Formato Único de Hoja de Vida de cada uno de los involucrados:

COMPARATIVO HOJAS DE VIDA

	Carlos Alberto Zapata Palacio	Lucía Zarate Giraldo
ESTUDIOS	- Técnico Laboral por Competencias en Preparación Física y Entrenamiento Deportivo (18/12/10).	- Tecnóloga en Administración y Finanzas (Diciembre de 2007). - Administradora de Empresas (Julio de 2016).

	<ul style="list-style-type: none"> - Tecnólogo en Entrenamiento Deportivo (27/11/11). - Tecnólogo en Contabilidad y Costos (11/02/12). - Contador Público (27/11/15). 	
CARGOS DESEMPEÑADOS	<ul style="list-style-type: none"> - Coordinador de Escuela Academia de Fútbol Boca Junior Xeneize (2005-2007). - Coordinador Programas Deportivos (01/04/08-30/06/10). - Docente Jornadas Escolares Complementarias (abril-noviembre 2011). - Director Administrativo-División de Deportes (02/01/12 - 02/10/15). 	<ul style="list-style-type: none"> - Auxiliar Administrativa Planeación (02/01/04 - 15/06/10). - Auxiliar Administrativa Secretaría de Salud (27/05/11). - Directora Gestión del Riesgo (01/04/14 - 31/05/14). - Directora Administrativa Planeación (02/06/14 - julio de 2016).
EXPERIENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO	4 años	11 años

Se observa a partir del cuadro comparativo lo siguiente:

- i) Ambos cuentan con títulos como tecnólogo y como profesional, sin embargo, los títulos obtenidos por Lucía Zarate Giraldo son más afines con las áreas reseñadas en los Acuerdos 006 de 2008 y 007 de 2016.
- ii) La experiencia de Lucía Zarate Giraldo da cuenta de su trayectoria en diferentes cargos administrativos en el mismo municipio, entre ellos, los de Directora Administrativa de Gestión del Riesgo y de Planeación, mientras la experiencia de Carlos Alberto Zapata Palacio está orientada a la Coordinación de Programas Deportivos y Director Administrativo de la División de Deportes, lo que indica que los cargos desempeñados por la señora Lucía Zarate Giraldo son más concordantes con el objeto

para el cual fue creado el Fondo de Vivienda Popular de La Dorada- Caldas.

- iii) La experiencia en el servicio público de la señora Lucía Zarate Giraldo es ampliamente superior a la del señor Carlos Alberto Zapata Palacio.

Adicional a lo anterior, la señora Zarate Giraldo indica en su declaración ante el Despacho que se encontraba en carrera administrativa en el mismo ente territorial desde el año 2011, que no encontró metas de resultado cuando recibió el cargo, ni se realizó empalme, además indicó que durante el ejercicio del cargo, que se prolongó hasta el 23 de octubre de 2018, se obtuvieron los siguientes logros: titulaciones de predios fiscales a personas que ejercían posesión, convenio con CONFA para mejoramiento de vivienda, gestión de recursos para la construcción de viviendas de personas que solo contaban con el lote, convenio con la Central Hidroeléctrica de Caldas para dotar de alumbrado público a una urbanización que no contaba con este, construcción de la Urbanización "Alameda" compuesta por 16 viviendas, implementación del proceso de descentralización para que el Fondo manejara sus propios recursos, creación de un aplicativo contable para fortalecer la independencia contable.

Entre tanto, el accionante no refiere en su demanda, ni aportó prueba alguna, de donde se pueda inferir cuáles fueron las gestiones que realizó en el desempeño de su cargo, que pudieran servir de patrón de comparación para establecer que efectivamente con el nombramiento de la señora Zarate Giraldo se desmejoró el servicio. Únicamente se cuenta con unas referencias hechas por esta misma en su declaración, donde indica que recuerda que el accionante había realizado algunos aportes al Plan de Desarrollo Municipal, que había realizado una solicitud para la independencia financiera del fondo e iniciado los trámites para un Convenio de titulación.

En ese sentido, no logró el accionante desvirtuar la presunción de mejoramiento del servicio implícita en el acto administrativo que lo desvinculó de su cargo de libre nombramiento y remoción.

3.4.2. Sobre la desviación de poder

En segundo lugar, en lo que respecta a los móviles personales y políticos alegados por el actor, no existe ninguna prueba contundente dentro del plenario que pueda indicar la existencia de este causal de nulidad del acto administrativo, pues solo se cuenta con las afirmaciones del accionante, las cuales plasmó en su carta de renuncia y en la demanda, pero que no

cuenta con un respaldo probatorio, toda vez que las grabaciones aportadas fueron desestimadas en la etapa correspondiente de la audiencia inicial, y los testimonios practicados, solicitados por la entidad demandada, no dan cuenta de la existencia de un móvil personal o político para declarar la insubsistencia del accionante, con lo cual todo se limita a meras conjeturas y apreciaciones subjetivas frente al actuar del funcionario que expidió el acto demandado.

Como tampoco es prueba de la desviación de poder, el hecho según el cual el alcalde municipal dos días antes de la declaratoria de insubsistencia, le había mencionado a la señora Lucía Zárate su intención de nombrarla en el cargo de Directora del FONVIPO, pues es claro que si la administración ya había optado por relevar al funcionario de su cargo, lo más lógico es que buscara con quien reemplazarlo, pues no resulta concurrente con las necesidades del servicio público que un cargo permanezca vacante durante mucho tiempo.

Ahora bien, como argumento adicional con el cual la parte demandante pretende sustentar la nulidad del acto administrativo demandado, se plantea que la declaración de insubsistencia se hizo pese a que el día anterior el señor Zapata Palacio había presentado su carta de renuncia, razón por la cual lo que debió hacer la administración fue aceptar la renuncia y no declarar la insubsistencia.

Al respecto es importante mencionar que la desviación de poder en casos como el que se resuelve se materializa de dos maneras: una, provocando la renuncia de manera velada por parte de la administración, y dos, declarando la insubsistencia al usar de manera desmedida la facultad discrecional.

Bajo este entendimiento, es que no resulta trascendente la disertación jurídica que propone el demandante, toda vez que, independientemente de la forma como haya sido desvinculado de la administración, sea por aceptación de la renuncia, sea por declaración de insubsistencia, el vicio de ilegalidad alegado no pudo ser probado, razón por la que no es relevante establecer cuál de las dos vías era la correcta, menos aún, cuando la renuncia previa no puede considerarse causal de nulidad del acto administrativo demandado.

En este orden de ideas concluye el Despacho en relación con el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente al señor Carlos Alberto Zapata Valencia, no se probó el vicio de ilegalidad alegado, esto es, la desviación de poder, como tampoco se desvirtuó la presunción de

mejoramiento del servicio implícita en el acto de insubsistencia, razón que impone negar las pretensiones de la demanda.

3.5. Costas:

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la demanda se presentó con fundamentos razonables, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de "*Inexistencia de causal de nulidad*" e "*Inexistencia de desviación de poder*" interpuestas por el Municipio de La Dorada- Caldas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso el señor **CARLOS ALBERTO ZAPATA PALACIO** en contra del **MUNICIPIO DE LA DORADA-CALDAS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENAS en costas por lo expuesto.

CUARTO: En firme esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 21f96df38f25cef73e2a6fb00dad053d43a44e7592d75764a94bf201a703589

Documento generado en 30/06/2022 12:56:23 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Radicación	17001-33-33-004-2018-00419
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Alberto Tami Hernández
Demandado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Sentencia	108

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el art. 182 A del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 189608 del 23-011-2016 expedido por CASUR.
- Que se restablezca el derecho a favor del demandante en contra de CASUR y se reajuste la asignación de retiro con aplicación de mayor porcentaje entre el IPC decretado por el Gobierno Nacional, para incrementar las asignaciones básicas de los integrantes de la fuerza pública y en cumplimiento de la escala gradual del porcentaje desde 2001 hasta 2018, con fundamento en los artículos 14, 279 de la Ley 100 de 1993 y 1° de la Ley 238 de 1995, Constitución Nacional, artículos 13, 46, 48 y 53, en el artículo 169 del Decreto 1211 de 19990.
- Ordenar el pago de intereses moratorios, sobre el dinero proveniente del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados a partir de la conciliación en la forma y señalado en los artículos 176, 177 y 178 del CPACA.

- Reconocimiento y pago de agencias y costas en derecho al no conciliar.

2.2. Hechos:

- Manifiesta que el demandante obtuvo asignación de retiro el 14 de marzo de 2001, misma que no ha sido reajustada anualmente tanto en los años anteriores y posteriores mediante la aplicación del principio de oscilación.
- Aduce que el último año de prestación de servicio fue en el Municipio de Supía, Caldas.
- Que radicó ante CASUR la solicitud de reliquidación, reajuste y pago de la pensión que viene disfrutando de conformidad con los porcentajes señalados.
- CASUR a través del acto administrativo demandado solicitó una audiencia de conciliación, misma que se realizó, pero se declaró fallida.

2.3. Normas violadas y concepto de violación:

Considera el desconocimiento del mandato constitucional y normas legales que protegen la seguridad social, Arts., 2, 4, 13, 46, 48, 53 y 58 y Ley 238 de 1995 artículo 1; Ley 100 de 1993 artículos 14 y 279 en su párrafo 4º y la Ley 4ª de 1992 en su artículo 2º literal a) y 84 del C.C.A.

Argumenta que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional desconoce la supremacía constitucional sobre la norma legal; que el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones es de orden superior y de aplicación preferencial ante cualquier norma legal que le sea contraria, encontrándose por consiguiente que el principio de oscilación que se le está aplicando al demandante, es válido y constitucional en la medida que los porcentajes de aumentos anuales del personal en servicio activo, deben ser iguales o superiores al IPC, del año anterior, certificado por el DANE.

En este caso CASUR ha dejado de aumentar el 9,43% afectando sustancialmente al poder adquisitivo de la asignación de retiro del poderdante.

2.4. Contestación de la demanda:

Responde manifestando que CASUR, de acuerdo a los parámetros establecidos por el Gobierno Nacional esta presta a conciliar, reconocer y pagar lo concerniente al reajuste del IPC en tanto el titular tenga derecho, según las políticas en esta materia plasmadas en el acta No. 01 del 04 de enero de 2019, numeral 1 IPC. Agrega que el reajuste corresponde a los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, cuando sea el caso, aplicando la

prescripción cuatrienal de las mesadas no reclamadas de manera oportuna, dependiendo de la fecha de radicado del derecho de petición.

Advierte que el demandante le es imposible reconocerle el aumento solicitado para los años 1997, 1998, 1999 y 2000 ya que para la época se encontraba en servicio activo en la Policía Nacional.

Recuerda que adquirió la asignación mensual de retiro mediante resolución No. 1268 del 14 de marzo de 2001, efectiva a partir del 7 de marzo de 2001.

Se opone a la condena en costas teniendo te cuenta que no se ha presentado una conducta dilatoria o de mala fe; al actor se le ha reajustado su asignación mensual de retiro, conforme a lo estipulado en el Decreto 4433 de 2004 y demás que regulan la materia y periódicamente incrementan la asignación de retiro para que no sufra devaluación monetaria.

Planteó los siguientes medios exceptivos: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO.

2.5. Traslado de excepciones:

La parte demandante no se pronunció frente a las excepciones propuestas por CASUR, según constancia secretarial vista en el folio 78 de expediente físico digitalizado, archivo 01C1Fs1A80.pdf.

2.6. Traslado de alegatos:

La parte demandante se ratificó en los hechos y pretensiones presentados en el libelo introductor.

La entidad demandada se ratificó en la contestación de la demanda y en la propuesta conciliatoria, siempre y cuando el actor tenga derecho, allegando todos los anexos sobre la misma.

Sobre la propuesta conciliatoria, el Despacho observa que en el acta expedida por la Procuraduría 181 Judicial I Para Asuntos Administrativos del 21 de febrero de 2018 y que se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio por parte del señor Alberto Tami Hernández, se dejó plasmado el siguiente argumento: *“Me ratifico en los hechos y pretensiones y no acepto la propuesta por la prescripción que en ella se aplica y se debe tener el principio de legalidad de la Ley con efectos retroactivos. En el caso particular y adelantado el proceso judicial, resulta más beneficioso el reconocimiento que efectúa la jurisdicción que el efectuado por la entidad en se extrajudicial”*.

Por lo anterior y dado el silencio de la parte demandante ante la manifestación que hace la entidad durante este trámite procesal, es que se pasará a proferir la sentencia respectiva.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El Fondo del Asunto:

Se pretende en esta oportunidad, la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 189608 **del 23 de noviembre de 2016**, relacionado con la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del accionante, conforme a la variación del IPC.

3.2. Problema Jurídico:

¿Tiene derecho el accionante a que se le reajuste su asignación de retiro conforme a lo establecido en la Ley 238 de 1995, esto es, teniendo en cuenta la variación del IPC del año inmediatamente anterior?

3.3. Argumento central:

3.3.1. Premisas fácticas:

Se encuentra demostrado en el proceso con los medios de prueba documentales decretados y oportunamente allegados al proceso, los siguientes hechos que interesan a este debate:

- Que al demandante se le reconoció asignación de retiro por parte de la entidad demandada, mediante la resolución No. 1268 de 2001, a partir del 7 de marzo de 2001.
- La parte demandante le solicitó a la entidad le reliquidara y reajustara su asignación de retiro.
- La entidad, a través del acto administrativo atacado, le negó el derecho al reajuste solicitado invitándolo a una conciliación.

3.3.2. Premisas normativas y jurisprudenciales:

Es pertinente señalar la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de todos los servidores públicos, incluyendo allí a los miembros de la Fuerza Pública.

De conformidad con las normas Constitucionales vigentes, el artículo 150, numeral 19, dispuso que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejerce la función de dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los

empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública; así mismo corresponde al Congreso regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

En ejercicio de esta atribución, el Congreso expidió la Ley 4ª de 1992, Ley marco que regula en forma general las materias relacionadas con el régimen de las remuneraciones oficiales, y el de prestaciones de trabajadores oficiales y empleados públicos, y la fuerza pública. En su artículo 13 estableció:

“ARTÍCULO 13. En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º.

PARÁGRAFO. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996”.

En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, los cuales contemplaron una prima de actualización que tuvo vigencia hasta el momento de consolidarse la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, lo que tuvo lugar con la expedición del Decreto 107 de 1996, fijando a partir de este año la citada escala salarial porcentual. Para los años subsiguientes, fueron expedidos para tal efectos los Decretos 122/97, 058/98, 062/99, 2724/00, 2737/01, 745/02, 3552/03, 4158/04, 923/05, 407/06, 1515/07 y 673/08.

Debe advertirse que a partir de la vigencia del Decreto 4433 de 2004 (art. 42), se estableció de nuevo el mismo sistema que existió bajo la vigencia de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, esto es, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad, así:

“Art. 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado.

En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.

- La Corte Constitucional en sentencia C-432 del 06 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, en relación con el régimen especial que cobija a la Fuerza Pública específicamente estableció:

“Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no sólo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto”.

Así entonces, es claro para el Despacho que los miembros de la Fuerza Pública, gozan de un régimen especial, por lo que, en principio, a luces del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social no les sería aplicable. En efecto, esta norma establece:

*“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.
(...)*

- La anterior normativa fue adicionada por la Ley 238 de 1995 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 con el siguiente párrafo:

Parágrafo 4º. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”

Los Arts. 14 y 142 de la misma Ley 100 de 1993 determinan:

“Artículo 14. Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

Artículo 142. Mesada adicional para pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno

de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

A su vez, el Decreto 1213 de 1990, "Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional", estableció en su artículo 110 que las asignaciones de retiro y pensiones de dicho personal varía de conformidad con los aumentos de los salarios del personal en actividad, así:

"Art. 110. OSCILACION DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para un Agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de este Estatuto; en ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Agentes o beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley".

El principio de oscilación, atrás referido, fue concebido como una prerrogativa de los miembros de la Fuerza Pública, en razón a su régimen salarial, prestacional y pensional especial, decretado en consideración a su especial función. Sin embargo, cuando se demuestra que dichos reajustes consagrados en la norma especial ratificados en la Ley 4ª de 1992, son menos favorables que los establecidos para el reajuste de las pensiones ordinarias según el IPC, como indica la ley 238 de 1995, debe aplicarse la norma más favorable, como señala el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de mayo de 2007, con ponencia del Dr. Jaime Moreno García¹:

"... a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.

("...")

En relación con la competencia para expedir la ley 238 de 1995, la Sala no pone en duda que el Congreso de la República la tenía en los términos de la Constitución Política (artículo 150).

("...")

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la

¹ C. de E. Expediente No. 8464-05. Actor: José Jaime Tirado Castañeda. Sent. 17 de mayo de 2007. C.P. Jaime Moreno García.

aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente.

("...")

Al punto la Sala tiene en cuenta que desde la Constitución Política de 1886 a los reconocimientos periódicos que les hace el estado a los retirados de las fuerzas militares se les denominó genéricamente PENSIONES (art.169) y que en la actual sucedió otro tanto (art.220), habiéndose ampliado a los miembros de la fuerza pública (militares y policías)."

Pero, hasta ahora fue la Corte Constitucional la que llegó en principio a concluir que las asignaciones de retiro no son pensiones (sentencia C-941 del 15 de octubre de 2003), criterio este que posteriormente fue rectificado mediante la sentencia C-432 de 2004 para reconocer que se asimilaba la asignación de retiro a las pensiones de vejez o de jubilación.

Porque, estima la Sala que las asignaciones de retiro, obviamente son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, de donde resulta irrelevante el argumento esgrimido por el Tribunal frente a los mandatos del artículo 220 de la Constitución Política, máxime que no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo establece el inciso 2º del artículo 36 del decreto 4433 de 2004."

("...")

7. Límite del derecho. El reajuste pensional aquí reconocido, debe liquidarse hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema que existió bajo la vigencia del decreto 1212 de 1990, o sea decir, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad."

Esta posición ha sido reiterada por la citada Alta Corporación en fallos posteriores proferidos por la Sección Segunda como los siguientes: Subsección "B", C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, octubre dos (02) de dos mil ocho (2008), Rad. 25000-23-25-000-2004-009502-01(0174-07); Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, dieciséis (16) de abril de dos mil nueve (2009), Rad. 25000-23-25-000-2007-00476-01(2048-08) y Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, once (11) de junio de dos mil nueve (2009), Rad. 25000-23-25-000-2007-00718-01(1091-08).

No sobra hacer una breve alusión a lo manifestado por la Corte Constitucional al referirse al principio de favorabilidad respecto del régimen pensional de estas personas²:

“(…)

4. Principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de las Fuerzas Públicas.

4.1. De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)³ y 217⁴ de la Constitución Política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan⁵.

La Jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que cuando se hace referencia a la expresión régimen prestacional, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud⁶.

4.2. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, “...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que

² Sentencia T-685/07, Referencia: expediente T-1631943, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

³ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;”

⁴ El artículo 17 de la CP, consagra: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

⁵ Ver Sentencia C-432 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada recientemente en la Sentencia T-372 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

⁶ En este sentido ver las sentencias: C-654 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell), C-835 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-101 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), las cuales además indican que el fundamento jurídico de las prestaciones derivadas de las contingencias propias de la seguridad social, se encuentran en el artículo 150, num. 19, lit. e) de la Constitución, que corresponde a las materias sujetas a ley marco.

resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”, se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador.⁷

Por su parte, el artículo 2° del Decreto 4433 de 2004⁸, que regula el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública contiene una finalidad protectora de los derechos adquiridos en materia prestacional, para ampararlos contra los efectos negativos del tránsito de legislación. Así, las situaciones consolidadas bajo el imperio de una legislación, no quedan afectadas por la nueva normatividad.

También ha considerado esta Corporación que la obligación constitucional de interpretar las normas legales del modo más favorable al trabajador y, de esta forma, garantizar el derecho al debido proceso, conduce a inferir la imposibilidad de la “exclusión de beneficios en el caso de regímenes especiales porque si la norma señala varios aspectos beneficiosos, no se puede decir que unos se aplican y otros no. Tal proceder afecta el carácter inescindible de las normas y viola los principios constitucionales antes referidos”⁹. (Negrillas originales).

En conclusión, ha dicho la Corte que en la determinación del régimen o la normatividad aplicable al reconocimiento de una pensión o al reajuste de la misma correspondiente a una persona que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 pertenezca a un régimen especial o tenga derecho a la aplicación del régimen de transición allí previsto, la autoridad administrativa deberá respetar los principios de favorabilidad y la garantía de los derechos adquiridos, en especial si se trata de aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con el fin de preservar, en todo caso, el derecho fundamental al debido proceso.

⁷ Sentencia C-168 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz).

⁸ El artículo 2° del Decreto 4433 de 2004, establece lo siguiente: “Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.”

⁹ Ver sentencia T-631 de 2002, (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

(...)"¹⁰

Así las cosas, es preciso aplicar a las asignaciones de retiro, el incremento anual con base en el IPC, ordenado en la Ley 100 de 1993, cuando este resulte más favorable a la aplicación de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, durante el tiempo posterior a la expedición de la ley 238 de 1995, y hasta la expedición del decreto 4433 de 2004, que volvió a consagrar el incremento de las asignaciones de retiro, según el principio de oscilación teniendo en cuenta las asignaciones de los miembros de la fuerza pública y que en adelante prohíbe acogerse a normas que regulen ajustes en la administración pública, a menos que así lo regule expresamente la ley.

Como corolario de lo anterior los porcentajes de incremento de los sueldos básicos del grado de Agente, (grado que ostentaban todos los accionantes) a partir del año 1997, comparados con el reajuste salarial conforme al I.P.C., en el caso de la parte accionante se observa lo siguiente:

Variación IPC % Vigente a 1 de enero del correspondiente año	AÑO	Porcentaje de incremento realizado por la entidad demandada	DECRETO
21.63%	1997	18.75%	
16,02%	1998	17,96%	58 de 10 de enero de 1998
16,70%	1999	14,89%	82 de 8 de enero de 1999
9.23%	2000	9.23%	27 de diciembre de 2000
8,75%	2001	9,00%	17 de diciembre de 2001
7,65%	2002	5,9999%	17 de abril de 2002
6,99%	2003	7,00%	10 de diciembre de 2003
6,49%	2004	6.49%	4158 de 10 de diciembre de 2004

¹⁰ Ver entre otras las sentencias T-235 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-251 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-625 de 2004 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-008 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-631 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra y T-595 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

Así las cosas, en el presente asunto hay lugar al reajuste de la asignación de retiro, pero sólo por la diferencia generada por el aumento del año 2002, conforme se observa en el cuadro anterior, dado que la asignación de retiro le fue reconocida a partir del 2001, existiendo en consecuencia un claro desequilibrio, entre el aumento decretado y el realizado de conformidad con el I.P.C para ese año 2002, siendo más benéfica la aplicación del aumento conforme al I.P.C.

Se impone entonces, concluir, que si bien es cierto se sostiene la prevalencia de la especialidad del régimen prestacional de la Fuerza Pública, cuyas normas deben aplicarse en toda su extensión, acepta el Despacho que la asignación de retiro tiene la misma naturaleza jurídica que la pensión de vejez o invalidez, en aplicación por favorabilidad de la Ley 238 de 1995, que permite que el reajuste de la asignación de retiro sea cobijado por los beneficios consagrados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, como lo pide el demandante para su caso particular, durante los años subsiguientes a la expedición de la ley 238 de 1995, sin perjuicio de la prescripción de la reliquidación de mesadas, y hasta que operó el reajuste del artículo 42 del decreto 4433 de 2004, que volvió a establecer el mismo sistema que existió bajo la vigencia de los decretos 1212 y 1213 de 1990, o sea teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad.

Ahora bien, lo que sí debe advertirse, es que no pueden mezclarse los dos mecanismos de incremento de las mesadas en las asignaciones de retiro, para hacer uso de los dos, porque se otorgaría una ventaja no prevista en la Carta, ni en la ley, de manera, que al aceptar el incremento de las mesadas de la asignación de retiro, para el demandante, sólo deberá serlo en el monto que falte para igualar al incremento decretado anualmente (año 2002) para las pensiones ordinarias según el IPC, en aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, es decir de manera que dicho incremento anual no resulte inferior al aumento de las pensiones según el IPC, por los años reclamados en los que el reajuste de las mesadas pensionales no haya prescrito, esto es durante los cuatro años anteriores a la petición en vía gubernativa.

Es de resaltar que aquí no se trata de crear una mixtura de regímenes en forma caprichosa y que es claro el principio que los regímenes especiales prevalecen sobre los generales, y que aquellos no podrían abreviar en estos, pues se determinaría una desventaja para el régimen general. Pero existen situaciones de naturaleza excepcional, cuando es el propio legislador, en este caso la Ley 238 de 1995, quien ha determinado que normas generales más favorables se aplique a beneficiarios del régimen especial.

Se concluye entonces que como el personal retirado de la Fuerza Pública tiene derecho a que sus asignaciones de retiro sean reajustadas según la regla establecida en el art. 14 de la Ley 100 de 1993, en plena aplicación de lo dispuesto en la Ley 238 de 1995, se deberá acceder a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto

administrativo acusado e impartiendo las consecuentes órdenes en aras de restablecer el derecho al accionante, pero sólo para el año 2002, en virtud que al momento de efectividad de la asignación de retiro año 2001 ya venía reajustada y para los años anteriores se encontraba activo el agente retirado demandante.

3.4. Sobre la prescripción de mesadas:

Por regla general se tiene que las pensiones y asignaciones de retiro son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, opera la prescripción respecto a las mesadas pensionales o reliquidación de las mismas, que no se hubiesen solicitado dentro de los cuatro (4) años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho y el reclamo interrumpe la prescripción pero por un lapso igual, de conformidad con la norma especial que consagra prescripción cuatrienal, artículo 113 del Decreto 1213 de 1990¹¹.

Es procedente entonces declarar la prescripción cuatrienal de la reliquidación de las mesadas pensionales por el tiempo que no se encuentre dentro de los cuatro (4) años anteriores a la petición de reliquidación en vía gubernativa, después del reconocimiento de la asignación de retiro; tiempo desde el cual se causan las mesadas pensionales.

La parte demandante presentó su derecho de petición de reajuste en los términos del oficio demandado el 23 de noviembre de 2016, (fol. 21 a 23), luego entonces se declarará la prescripción de diferencias pensionales desde el 23 de noviembre de dos mil doce (2012) hacia atrás.

Es indudable que, por efecto de lo dispuesto en esta providencia, el valor de la asignación de retiro **solo** para el año **2002** varía por ser más favorable y en esta medida los porcentajes de reajuste que por el sistema de oscilación rigen a partir del 01 de enero de 2005 deben aplicarse al valor de la asignación de retiro que debió haberse pagado en los años atrás señalados y que la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL aplicó en un porcentaje inferior por las razones ya expuestas.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A este despacho dispondrá igualmente que una vez sea reajustada la asignación de retiro reconocida al demandante conforme al I.P.C a partir **del 01 de enero de 2005** se apliquen los porcentajes correspondientes al sistema de oscilación en virtud de lo dispuesto Decreto 4433 de 2004. Resulta claro que el valor de la asignación de retiro incrementada conforme al Índice de Precios al Consumidor incide a futuro en la base sobre la cual debe aplicarse el sistema de oscilación a partir del 01 de enero de 2005¹².

¹¹ ARTÍCULO 113. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieren exigibles. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasará a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

¹² Sobre este tópico se pueden consultar las siguientes sentencias del H. Consejo de Estado: Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011), Rad.

En consecuencia, se ordenará a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reliquidar la asignación de retiro de la parte demandante en los términos señalados, y ajustar las diferencias en sus valores con aplicación de la siguiente fórmula, aceptada por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \text{ índice final} / \text{Índice inicial}$$

Donde el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, por el índice inicial, (vigente a para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

3.5. COSTAS:

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la contestación de la demanda se presentó con fundamentos razonables, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

4. FALLA :

PRIMERO.- DECLARAR la **NULIDAD** del acto administrativo contenido en el oficio No. **189608 del 23 de noviembre de 2016**, que negó la reliquidación de la asignación de retiro al señor ALBERTO TAMI HERNANDEZ.

SEGUNDO.- CONDÉNASE, a título de restablecimiento del derecho, a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a reajustar la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el art. 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, con la inclusión de los porcentajes del Índice de Precios al Consumidor decretado por el DANE, conforme se expuso en las consideraciones de esta providencia, **pero solo para el año 2002**.

TERCERO.- CONDÉNASE a la parte demandada a reconocer, liquidar y pagar al actor, las diferencias que resulten entre las mesadas canceladas y aquellas que resulten de aplicar el reajuste previsto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993, ajustando debidamente su valor de conformidad con la fórmula citada en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO.- Se decreta la prescripción de aquellos pagos derivados de las mesadas causadas cuatro (4) años antes a la fecha en la cual fue presentada la petición de reajuste por parte del actor; es decir, la prescripción de diferencias pensionales desde el 23 de noviembre de dos mil doce (2012) hacia atrás.

QUINTO.- Las sumas que resulten de las condenas anteriores se actualizarán en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia y devengarán intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en la normatividad precitada.

SEXTO.- A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO.- SIN COSTAS por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO.- Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

NOVENO.- En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo "Justicia Siglo XXI". La Secretaría liquidará los gastos del proceso, si quedaren remanentes efectúese su devolución.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **737dfc051083b3232d7bd6e041f34ab3e31cac15f20a005f181d8256fe985356**

Documento generado en 30/06/2022 12:56:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Expediente: 17001-33-33-004-2020-00050-00
Demandante: CÉSAR JULIO CASTAÑEDA SÁNCHEZ
Demandado: CASUR
Sentencia No.: 107

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada de conformidad con lo dispuesto por el art. 182 A del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio E-01524-201824293-CASUR Id:376936 del 20 de noviembre de 2018 proferido por CASUR.
- Que como restablecimiento del derecho se condene a CASUR a reliquidar al Sr. Agente Retirado de la Policía CESAR JULIO CASTAÑEDA SÁNCHEZ, su asignación de retiro teniendo en cuenta el 100% del valor de la prima de actividad que devengó en el momento de retiro del servicio desde la vigencia de la Ley 797 de 2003 y del Decreto 2070 de 2003 antes de ser declarada inexecutable y de la Ley 923 de 2004 y su reglamentación mediante el Decreto 4433 de 2004.
- Como restablecimiento del derecho se condene a CASUR a pagar al demandante lo dejado de percibir por concepto de no cómputo del porcentaje adicional de la prima de actividad en la asignación de retiro, al que por principio de favorabilidad tiene derecho, por una parte, del 28 de julio de 2003 al 6 de mayo de 2004, período de vigencia de la Ley 797 de 2003 y del Decreto 2070 de 2003, antes de ser declarada inexecutable y a partir de la vigencia de la Ley 923 de 2004 y del Decreto 4433 de 2004 en adelante.

- Como restablecimiento del derecho se condene a CASUR a pagar el Sr. Agente Retirado, retroactivamente los valores adicionales resultantes, que dichos valores se indexen y que se paguen intereses moratorios sobre dichas sumas, o subsidiariamente de considerar la improcedencia de estos últimos que se paguen intereses legales sobre dichas sumas.
- Que la condena impuesta sea liquidada y pagada en cumplimiento de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.
- Que se condene en costas y agencias en derecho.

2.2. Fundamentos fácticos:

- El actor prestó sus servicios a la Policía Nacional en el grado de Agente, por 18 años 02 meses y 19 días, y se le concedió asignación de retiro mediante la Resolución No. 3851 del 9 de julio de 1982 de CASUR conforme al Decreto 609 de 1977.
- Según la hoja de servicios No. 0159 PN-RPD del 26 de enero de 1981 de la Policía Nacional el señor CESAR JULIO CASTAÑEDA SÁNCHEZ, devengaba una prima de actividad del 40% del sueldo básico antes de retirarse del servicio, y en la actualidad devenga una prima de actividad del 15%.
- A partir de la ley 2ª de 1945, el artículo 34 principio de oscilación, ha estado vigente, tomándose como referencia las variaciones que en todo tipo se introduzcan en las asignaciones de los miembros de la fuerza pública.
- El Congreso de la República mediante leyes 797/03 y 923/04 señaló al Gobierno Nacional los criterios, objetivos y principios a seguir para la fijación del régimen de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública. El Gobierno expidió los Decretos Reglamentarios 2070/03 y 4433/04 que en sus artículos 23 introdujo modificaciones en las partidas computables de la Asignación de Retiro y pensión, numeral 23.1.2.
- Que el demandante mediante derecho de petición ante CASUR, el 8 de noviembre de 2018 solicitó el pago del 100% de la prima de actividad desde el momento del retiro.
- Le entidad dio respuesta negativa a la solicitud mediante el oficio demandado.

2.3. Normas violadas y concepto de violación.

Convencionales: Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la Ley 16 de 1972. El Preámbulo y los artículos 1, 2, 8 numeral 1, 24, 26, 29, 30 y 31.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 1, 2 7, 22, 23, 25 numeral 1 y 30; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El preámbulo y los artículos 2, 3, 4, 5 7 liberal a) ordinal i), 9 y 11 numeral 1; Convenio Nro. 100 de la OIT.

Constitucionales: Preámbulo y los artículos 2, 4, 9, 13, 23, 25, 29, 46, 48, 53, 58, 90, 93, 94, 216, 218, 229 e inciso 2do del Art. 346.

Legales: Código Civil artículo 18. Ley 153 de 1887 artículo 3. Ley 2ª de 1945 artículo 34. Ley 4 de 1992. Código Sustantivo del Trabajo artículo 21 y 143. Código General del Proceso artículo 165, 166, 167, 169 y 318 parágrafo. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo artículos 74, 87, 88, 103, 104, 137, 138, 152 numeral 2, 155 numeral 2, 156 numeral 3, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 179 a 183, 187, 188, 189, 192, 193, 195 y 211 a 217. Ley 640 de 2001. Ley 1395 de 2010. Ley 1285 de 2009. Ley 1367 de 2009. Ley 797 de 2003. Ley 923 de 2004.

Reglamentarios: - Decreto 609 de 1977 Arts. 55 y 62. Decreto 1213 de 1990 Art. 110. Decreto 2070 de 2003 Art. 23 numeral 23.1.2 y Art. 24 y 42. Decreto 4433 de 2004 Art. 23 numeral 23.1.2. y Art. 24 y 42.

2.4. Contestación de la demanda:

En la contestación de la demanda el apoderado de CASUR solicitó se denieguen las pretensiones de la parte actora, y se declare la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio E-01524-201824293-CASUR Id: 376936 del 20 de noviembre de 2018, por cuanto los porcentaje de los rubros con los que le fuera liquidada la prestación, se realizaron en acatamiento al ordenamiento jurídico vigente para esa data, esto es, Decreto 0609 de 1977 , por lo que el acto administrativo se fundamenta en la norma vigente para la época del retiro del demandante.

Agrega que estuvo acorte a lo decretado por el Gobierno Nacional, conforme al literal e), numeral 19, Artículo 150 de la Constitución Política, en concordancia a lo previsto en el Artículo 218-3 de la misma obra, siendo procedente la nugaria de las súplicas de la demanda.

De acuerdo a lo anterior, considera que CASUR aplicó la norma vigente; por lo tanto, no existe un fundamento constitucional, legal ni jurisprudencial para acceder a las pretensiones de la actora.

Respecto al problema jurídico que ocupa la atención del Despacho, citó precedentes jurisprudenciales que refiere en su respuesta.

Propone como excepciones: COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DEL DERECHO, FALTA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES.

2.5. De las excepciones:

Respecto a las excepciones de fondo propuestas por CASUR, la parte activa no se pronunció.

2.6. Traslado de alegatos:

CASUR: Se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, oponiéndose totalmente a las pretensiones, para lo cual hace referencia a pronunciamientos jurisprudenciales que definen el problema jurídico que se debate.

Explica que el problema ante el cual la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL plantea una tesis negativa a las pretensiones del demandante, está basada en pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Caldas, los cuales cita.

Parte demandante: Se pronuncio en esta oportunidad procesal, haciendo un recuento normativo y jurisprudencial sobre el reajuste de la prestación periódica tomando la partida computable prima de actividad en el mismo porcentaje en que era devengada como salario al momento del retiro, para concluir que así la pensión o asignación de retiro del demandante se hubiera perfeccionado con base en normas expedidas antes de la vigencia de la Constitución de 1991, no impide que ese derecho se vea alcanzado por sus mandatos, pues al ser una prestación periódica, la misma se va generando sucesivamente, y al causarse en la actualidad, necesariamente debe estar acorde con la norma de normas. Cita igualmente jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Agrega que del producto de los análisis del máximo Tribunal Constitucional, resulta evidente que un ingreso base de liquidación que no se corresponda adquisitivamente con el devengado por el trabajador en su momento, afecta la cuantía de la mesada pensional y así el mínimo vital del pensionado, que se queda sin recibir una prestación proporcional al trabajo realizado en la vida laboral, y por tanto es necesario que esa injusticia sea corregida y que no se perpetúe indefinidamente.

Así entonces, debe ser inaplicada la norma que impide que la prestación social periódica del demandante sea reajustada tomando la partida computable prima de actividad en el mismo porcentaje en que era devengada en el momento anterior a la salida del servicio.

Ministerio Público: No presentó alegatos.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Problema Jurídico.

¿Es procedente aplicar el reajuste de la asignación de retiro al demandante con la inclusión de la Prima de Actividad, de conformidad con el porcentaje establecido en la Ley 797 de 2003 y del Decreto 2070 de 2003 antes de ser

declarado inexecutable, y de la Ley 923 de 2004 y su reglamentación mediante el Decreto 4433 de 2004?

3.2. Argumento Central:

De la prima de actividad de los Agentes de la Policía Nacional

La prima de actividad fue creada con la expedición de la Ley 131 de 1961 “Por la cual se crea una prima a favor del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”:

“Artículo 1º. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía en servicio activo, tendrá derecho a una prima de actividad igual al quince por ciento (15%) de su sueldo básico mensual.

(...)

Artículo 3º. Las primas de que trata esta ley no son computables para efectos de asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales.

(...)” (Subrayas y negrillas del despacho).

Posteriormente, se dictó el **Decreto Extraordinario 188 de 1968** “por el cual se fijan sueldos básicos, primas y bonificaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes y personal civil al servicio del Ramo de Defensa Nacional”, el cual, con base en las facultades otorgadas por la Ley 65 de 1967, consagró de nuevo la prima de actividad para oficiales, suboficiales y para agentes en el artículo 4, así:

“Artículo 4º. La prima de actividad para el personal de Agentes de la Policía Nacional será del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicios cumplidos sin que sobrepase el cuarenta y cinco por ciento (45%).”

Posteriormente, se expide la norma que solo benefició a los Agentes de Policía, **Decreto 609 de 1977** “Por el cual se reorganiza la Carrera de Agentes de la Policía Nacional”, norma que trajo la misma directriz del Decreto 188 de 1968 sobre la prestación de prima de actividad para Agentes activos en un 30%:

“Artículo 10. Asignaciones mensuales. Las asignaciones del personal de Agentes de la Policía Nacional, serán determinadas por las disposiciones vigentes sobre la materia.

Artículo 11. prima de actividad. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo tendrán derecho a una prima de actividad que será del

30% del sueldo básico y se aumentará en un 5% por cada cinco (5) años de servicio cumplidos". (Negrillas y subrayas del Despacho)

Ahora, el mismo **Decreto 609 de 1977** estableció que la Prima de Actividad es factor prestacional para la liquidación de las asignaciones de retiro, así:

"Artículo 55. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Agentes de la Policía Nacional que se le retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

a) Cesantía y demás prestaciones unitarias: sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al y una doceava parte de la prima de navidad.

b) **Asignaciones de retiro** y pensiones sobre sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar para el personal de Agentes casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casados o viudos con hijos legítimos, un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que el total sobre pase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, **una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a la doceava parte de la prima de navidad.** "(Subrayas y negrillas del despacho).

En tal sentido, teniendo en cuenta que el demandante es exagente de la Policía Nacional está supeditado a la aplicación de las normas en que se produzca el retiro para este caso, las **normas aplicables para el año 1982**, junto con los porcentajes y los factores salariales previstos por la normatividad vigente para ese entonces.

Años más tarde, el Gobierno Nacional expide el **Decreto 2063 de 1984** "Por el cual se reorganiza la carrera de Agentes de la Policía Nacional" derogando el Decreto 906 de 1977, en su artículo 40 estableció la forma cómo debía liquidarse la prima de actividad:

"ARTÍCULO 40. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplidos."

El artículo 98 definió las bases de liquidación de la asignación de retiro:

"ARTÍCULO 98. BASES DE LA LIQUIDACIÓN. A partir de la vigencia del presente decreto, a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales, sobre las siguientes partidas, así:

Cesantía y demás prestaciones unitarias, sobre:

Sueldo básico

Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.

Prima de antigüedad

Una doceava parte (1/12) de la prima de Navidad.

Subsidio Familiar.

Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:

Sueldo básico

Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.

Prima de antigüedad

Una doceava parte (1/12) de la prima de Navidad.

Subsidio Familiar, liquidado conforme lo dispuesto en el artículo 41 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARÁGRAFO. *Fuera de las partidas específicas señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2o., del artículo 65 de este estatuto."*

Y el artículo 99 fijó los porcentajes en que debe ser computada la prima de actividad, teniendo en cuenta el tiempo por el cual prestaron el servicio en la Institución los servidores públicos.

"ARTÍCULO 99. COMPUTO DE PRIMA DE ACTIVIDAD. *A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:*

Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.

Para Agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicios, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.

Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.

La anterior norma perdió vigencia el 11/01/1989 con la expedición del Decreto 97 de 1989 "Por el cual se reforma el estatuto de carrera de Agentes de la Policía Nacional", posteriormente este decreto también perdió vigencia a partir del 8 de junio de 1990 con la expedición del Decreto 1213 de 1990 "Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional", el cual dentro de las normas que se

contemplaron para el efecto, se encuentra la reglamentación que debe tenerse en cuenta para el cálculo y reconocimiento de la prima de actividad; así como las bases de liquidación que se aplican para las asignaciones de retiro de los agentes de la Policía Nacional que han hecho uso del buen retiro, en su artículo pertinente estableció:

"ARTICULO 30. Prima de actividad. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido."

"Artículo 100. Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

a. Sueldo básico.

b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

c. Prima de antigüedad.

d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 53 de este Decreto.

Parágrafo. Si la bonificación a que se refiere el presente artículo se incorpora al sueldo básico del personal de la Fuerza Pública en servicio activo, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales y por tanto desaparecerá como bonificación.

ARTICULO 101. Cómputo prima de actividad. A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.

- Para agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.

- Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico. "

Ahora bien, posteriormente se expidió el Decreto 2070 de julio 25 de 2003 «Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares»: Este Decreto empezó a regir el 28 de julio de 2003, contentivo del régimen de pensiones de oficiales, suboficiales y agentes, tanto de las Fuerzas Militares como de los miembros de la Policía Nacional.

El artículo 23 estableció las partidas computables, entre ellas la PRIMA DE ACTIVIDAD y el artículo 24 los porcentajes en que serán pagados los montos de las partidas computables. Al respecto:

“Artículo 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.”

(...)

“Artículo 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior, se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

(...)"

De las anteriores normas se denota que solo se habla de las partidas computables para la asignación de retiro, entre ellas la prima de actividad, y el porcentaje de la asignación de retiro, más no se determina el porcentaje que debe computarse por concepto de prima de actividad para la asignación de retiro como lo hizo el Decreto 2063 de 1984 y el Decreto 1213 en el artículo 101, por lo que se interpreta que el cómputo a tener en cuenta de la prima de actividad para la asignación de retiro, a los que se les aplica el Decreto 2070 de 2003, se basa sobre el 100% de lo devengado por este factor cuando estaban en actividad.

Este decreto 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la sentencia C – 432 del 6 de mayo de 2004 proferida por la Corte Constitucional, por considerar que el régimen prestacional de la Fuerza Pública sólo podía ser expedido en desarrollo de una ley marco de origen legislativo, es decir emanada del Congreso, por tanto, no podía el ejecutivo, regular la materia mediante un decreto ley como en efecto lo hizo. Igualmente, la Corte Constitucional declaró inexecutable el art. 17 de la ley 797 de 2003, ya que este último a pesar de no ser demandado, conformaba una unidad normativa con el primero pues habilitaba al presidente de la República para expedirlo.

A partir de la declaratoria de inexecutable y según lo dispuso la Corte, las normas anteriores a la expedición del Decreto 2070 de 2003, relativas al régimen de la asignación de retiro, así como de otras prestaciones a favor de los miembros de la Fuerza Pública, contenido en el Decreto 1213 de 1990, recobraron plena vigencia con el fin de no dejar un vacío legal al respecto.

Finalmente, el Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre del mismo año, por medio del cual fijó el régimen prestacional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, estatuto que inicia su vigencia a partir del día de su publicación en el diario oficial, es decir, el 31 de diciembre de 2004, tal y como lo indican sus disposiciones finales.

"Artículo 45. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000."

Publíquese y cúmplase. Dado en Bogotá D. C., a 31 de diciembre de 2004".

Conforme a la normatividad anteriormente transcrita, se infiere que la prima de actividad fue creada inicialmente como factor salarial para miembros activos de la fuerza pública, y posteriormente se constituyó como factor en la liquidación de las asignaciones de retiro, en un porcentaje de acuerdo al tiempo en que el servidor estuvo en servicio activo y finalmente a través de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 en partida computable en su totalidad para las asignaciones otorgadas después de la vigencia de los mencionados decretos.

Una vez reseñado el tránsito normativo de la prima de actividad, vale la pena reseñar jurisprudencia ilustrativa aplicable al caso, sobre el particular, el Consejo de Estado, se refirió a dicha prima en los siguientes términos:

“...La Prima de Actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

Como la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada durante 20 años, 6 meses y 16 días, tenía derecho a que se le computara el 25% de prima de actividad en su asignación de retiro.

La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 096 de 1989, debido a que la fecha de retiro de la actora, 15 de mayo de 1990, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció, como ya se dijo, que para los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro un porcentaje del 25%, lo cual aplicó la entidad demandada en la Resolución No. 5259 de 8 de noviembre de 1990 (fl. 91)

Así las cosas, estima la Sala que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de actividad en un 33% por no acreditar más de 30 años en servicio activo.

Conforme a las razones expuestas, se confirmará el fallo de primera instancia que declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda.” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 16 de abril de 2009, radicación No. 2002-10194-01 (2137-07), actor: Blanca Luz Restrepo Córdoba. Demandada: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Destaca el Juzgado)”.

En otra decisión, de fecha 26 de marzo de 2009, se dijo¹:

“La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

El demandante se retiró del servicio activo mediante Resolución No. 016 de 1989, con un tiempo de servicio de 21 años 19 días, según Hoja de Servicios Militares No. 144 EJC., expedida el 6 de marzo de 1989, como hace constar el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Fl. 11).

La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 095 de 1989, debido a que la fecha de retiro del actor, 30 de abril de 1989, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció, como ya se dijo, que para los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro un porcentaje del 25%, lo cual aplicó la entidad demandada en la Resolución No. 666 de 10 de abril de 1989 (Fl. 11).

Así las cosas estima la Sala que el demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de actividad en un 33% por no acreditar más de 30 años en

¹ Consejo de Estado, M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Sección Segunda, Subsección B, Consejo de Estado

servicio activo, razón por la cual la sentencia de primera instancia amerita ser confirmada, con la aclaración de que la preceptiva aplicable al sub lite es el Decreto 095 de 1989."

Sobre el principio de oscilación, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 26 de Enero de 2006, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, exp. (3405 – 04) señaló:

"...La regla general es que las normas con fundamento en las cuales se efectúa la liquidación del monto pensional se mantienen intangibles y no pueden ser modificadas, salvo que sean más favorables, so pena de incurrir en violación de los derechos adquiridos. Respecto de regímenes especiales, puede establecerse la modificación constante de la normatividad que regula el monto pensional y bajo esta consideración, el PRINCIPIO DE OSCILACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO Y PENSIONES es de aplicación excepcional para determinar el monto de tales prestaciones, siempre que no se contraríe el derecho constitucional al reajuste periódico de las pensiones legales (artículo 53) y legal, a que en ningún caso se desmejoren los salarios y las prestaciones legales. (Artículo 2º, literal a) de la Ley 4ª de 1992).

En las anteriores condiciones, es perfectamente posible la aplicación del PRINCIPIO DE OSCILACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIONES consagrado en las normas especiales de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares previstas en el Decreto 612 de marzo 15 de 1977 (artículo 139), el Decreto 0089 de 18 de enero de 1984 (artículo 161), el Decreto 95 de 11 de enero de 1989 (artículo 164) y el Decreto 1211 de 1990 (artículo 169).

*De los preceptos citados, emerge con claridad que **el PRINCIPIO DE OSCILACIÓN que se contempla de manera especial para calcular el monto de la asignación de retiro, hace referencia a que se deben tomar en cuenta las "variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado". La asignación por actividad es la "asignación mensual"** la cual se determina para los Coroneles por "el Decreto 232 de 1977 y por las disposiciones legales que lo modifiquen o complementen" (artículo 64 del Decreto 612 de 15 de marzo de 1977), por las "disposiciones legales vigentes" (artículo 69 del Decreto 0089 de 18 de enero de 1984), **"conforme a las cuantías y porcentajes que fije el Gobierno, sobre la materia" (parágrafo del artículo 71 del Decreto 95 de 1989)** y por "las disposiciones legales vigentes" (artículo 73 del Decreto 1211 de 1990).*

Siendo así y como quiera que el PRINCIPIO DE OSCILACION implica la variación de la asignación mensual, la administración podía modificar el quantum de la asignación de retiro del demandante tomando en cuenta las variaciones que introdujeron las normas expedidas con posterioridad a la Ley 4ª de 1992, entre ellas, los Decretos 921 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998 y 62 de 1999 que establecieron porcentajes para calcular la asignación mensual de los Coroneles que comprende el "sueldo básico mensual" y las primas, ítems que igualmente año por año fueron modificados.

En razón de lo anterior el despacho estima pertinente precisar que el principio de oscilación de asignaciones de retiro y pensión, que efectivamente se ha mantenido sin ninguna alteración en todas las leyes y decretos de la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tiene como finalidad proteger el poder adquisitivo constante de las pensiones y para ello se toma como punto de referencia el sueldo del personal en actividad; de tal suerte que cada que se ordene una

variación de los salarios del personal en actividad, debe extenderse automáticamente al personal retirado.

De esta forma el principio de oscilación tiene aplicación entonces cuando al personal activo se le efectúa modificación en su asignación mensual de actividad y esta variación se hace extensiva al personal retirado con asignación de retiro o pensión.

3.2. Caso en concreto:

Como se enunció la parte actora solicita el reajuste de la prima de actividad, que viene percibiendo del 15% al 40% desde la vigencia de la Ley 797 de 2003 y del Decreto 2070 de 2003 antes de ser declarada inexecutable y de la Ley 923 de 2004 y su reglamento Decreto 4433 de 2004.

Para el efecto, argumenta que la partida computable de prima de actividad fue modificada en el sentido de que se suprimieron porcentajes y rangos, es decir, que ya no implica un porcentaje de la misma ni tiene consideración a rango alguno, sino que debe ser tomada en su integridad; es decir en un 100%.

Del material probatorio se pudo verificar lo siguiente:

- Que mediante Resolución No. 3851 del 9 de julio de 1982 se le reconoció la asignación de Retiro al Agente @ CÉSAR JULIO CASTAÑEDA SÁNCHEZ, con las siguientes partidas computables: Sueldo para el grado, prima antigüedad 18%, **prima de actividad 15%**, prima de navidad 1/12, allí se indica que el citado ex agente laboró en el Ejército Nacional durante 01 años, 08 meses, 02 días, y en la Policía Nacional por espacio de 16 años, 6 meses, 17 días, efectiva a partir del 26 de febrero de 1982 (Fl. 24 del expediente físico digitalizado, archivo 01Fls1A55.pdf).
- CASUR para la liquidación de la asignación de retiro dio cumplimiento al Decreto No. 609 de 1977.

El Decreto 609 de 1977 en el artículo 55, norma que regía para ese momento, estableció que la asignación de retiro se liquidaría teniendo en cuenta "**una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a la doceava parte de la prima de navidad**", razón por la cual al momento del retiro al actor le liquidaron el 15% del salario básico que al realizar la operación matemática dió \$915.00, así:

$$\text{Salario para el grado } \$6.100,00 * 15\% = \$915,00$$

Ahora bien, según el precedente del Consejo de Estado, ha indicado que el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro y, en general de todas las prestaciones periódicas, se rigen por la normatividad vigente al tiempo en que ocurre el retiro. En razón a ello, la liquidación de la asignación de retiro del Agente @ se efectuó con base en el Decreto 609

de 1977 norma que regía para los Agentes de Policía al tiempo de su retiro que acaeció en el año 1982.

Así las cosas, la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro, toda vez que la norma que solicitan se aplique -Ley 797 de 2003 y del Decreto 2070 de 2003 antes de ser declarada inexecutable y de la Ley 923 de 2004 y su reglamento Decreto 4433 de 2004-, son posteriores a aquella que sirvió de fundamento para el reconocimiento; esto es el Decreto 609 de 1977.

De lo anterior se concluye que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, pues el reconocimiento de la prestación que incluyó la prima de actividad estuvo correctamente liquidada; por lo tanto, se declarará probada las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DEL DERECHO – FALTA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES.

3.3. Condena en Costas:

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

Es por lo discurrido que el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

4. FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, instauró el señor el señor **CÉSAR JULIO CASTAÑEDA SÁNCHEZ**, en contra de la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL**.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones planteadas por CASUR, denominadas COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DEL DERECHO – FALTA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS por lo expuesto.

CUARTO: LIQUIDAR los gastos del proceso, una vez en firme esta providencia, **ORDENAR** la devolución de los remanentes, si los hubiere y **ARCHIVAR** la actuación, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e29ee454043bcc422c8732ae51a9ea99960241977bc68e0f919333a8884458c2**

Documento generado en 30/06/2022 12:56:17 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 17001-33-33-004-2017-00491-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARIA ORFILIA LOAIZA DE BEDOYA
Demandada: NACIÓN – MINDEFENSA - POLICÍA NACIONAL
Sentencia: 104

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- o Que se declare la nulidad de los oficios No. S-2017-016401/COMAN-ASJUR-1.10 del 24 de abril de 2017 y oficio No. S-2016-/COMAN-ASJUR-29.25 expedido el 11 de mayo de 2017, con los cuales se agotó vía gubernativa, oficios donde la entidad niega que la señora MARIA ORFILIA LOAIZA DE BEDOYA trabajó de manera continua y subordinada en el cargo de servicios varios (aseo) en la ESTACIÓN DE POLICÍA DE RISARALDA, CALDAS desde el 1 de marzo de 1999 hasta el 15 de abril de 2016, y por consiguiente se declare la existencia de una relación laboral con la entidad demandada.
- o Que como consecuencia de lo anterior sean reconocidas y liquidadas sus prestaciones sociales, derechos laborales e indemnizaciones que resulten por concepto del contrato de trabajo que desempeñó por 17 años, un mes y 15 días en la Estación de Policía de Risaralda, Caldas, donde fue contratada la prestación personal de sus servicios, de manera continua y subordinada por parte de los Comandantes de Estación designados entre marzo de 1999 y abril de 2016, con un salario inferior al mínimo legal mensual vigente. En ese orden solicita el reconocimiento de los siguientes conceptos:
 - a. Reliquidación del salario mensual devengado, el cual debe ajustarse al monto de salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y durante el período comprendido entre el 1 de

- marzo de 1999 y el 15 de abril de 2016, reajuste que asciende al monto de SESENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESO (\$67.889.762).
- b. Auxilio de cesantía por el período comprendido entre el 1 de marzo de 1999 y el 15 de abril de 2016, por la suma de OCHO MILLONES CUATROSCIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$8.470.859) determinado por la fórmula aplicada a cada anualidad o fracción y posteriormente sumado todo.
 - c. Por intereses sobre el auxilio de cesantía generado entre el 1 de marzo de 1999 y el 15 de abril de 2016 que ascienden a la suma de NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CIENTO DIECISÉIS PESOS (\$993.116).
 - d. Vacaciones por el período comprendido entre el 1 de marzo de 1999 y el 15 de abril de 2016 por un monto de TRES MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$3.795.987).
 - e. Primas semestrales por el período comprendido entre el 1 de marzo de 1999 y el 15 de abril de 2016 por un monto de OCHO MILLONES CUATROSCIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS (\$8.470.860).
 - f. Primas extralegales por el período comprendido entre el 1 de marzo de 1999 y el 15 de abril de 2016, que corresponde a lo pactado según la relación laboral declarada.
 - g. A título de sanción moratoria, el equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de las prestaciones sociales reclamadas, desde la oportunidad en que se hicieron exigibles hasta el momento en que efectivamente se proceda a su cancelación.
 - h. En subsidio de la anterior petición, se proceda a indexar las sumas que se llegaren a reconocer.
- o Que se declare que, a razón de la relación laboral existente, el despido fue sin justa causa y se indemnice en razón de ello.
 - o Que las entidades demandadas reconozcan y paguen costas de conformidad con lo señalado en el artículo 188 del CPACA.

2.2. Supuestos fácticos:

- o La señora MARIA ORFILIA LOAIZA DE BEDOYA prestó sus servicios personales, de manera continua y subordinada en la ESTACION DE POLICIA DEL MUNICIPIO DE RISARALDA, CALDAS, desde el 1 de marzo de 1999 hasta el mes de abril del año 2016, desempeñando las labores consistentes en la limpieza de toda la estación de policía (servicios generales), en un horario comprendido entre las 7 de la mañana y 2 de la tarde de lunes a sábado.
- o El salario que percibía como contraprestación por la labor realizada en la ESTACIÓN DE POLICIA DEL MUNICIPIO DE RISARALDA, CALDAS

ascendió al valor de CIENTO TREINTA MIL PESOS (\$130.000), suma que recibía mensualmente de manos del Sargento de turno, dicho dinero era parte del que llegaba mensualmente en el helicóptero para el funcionamiento de la estación de policía.

- o Desde el primer día del mes de abril del año 2016, fue inducida a renunciar a su empleo, toda vez que el Comandante de Estación EDWIN RIVERA PEREZ, le propuso firmar un contrato de prestación de servicios a lo cual se negó, en clara actitud de evadir la prestación de servicios a las que por ley tiene derecho la demandante. En consecuencia, se dio lugar a un despido sin justa causa, sin ningún tipo de remuneración económica conforme a derecho, ya que en los 17 años que laboró en la Estación de Policía del Municipio de Risaralda, Caldas, no percibió suma alguna por concepto de vacaciones, primas legales, y extralegales, cesantías e intereses a las cesantías, amén que el salario devengado no fue objeto de incrementos, ni alcanzó los mínimos legales preestablecidos.
- o Que el 21 de abril de 2016 presentó Derecho de Petición al Intendente EDWIN RIVERA PÉREZ, Comandante de la Estación de Policía de Risaralda, en ese momento, para que le informara el nombre y rango de las personas que han estado a cargo de la Estación durante el tiempo que allí laboró, igualmente que se le informara el nombre de la persona que realizaba los oficios de limpieza en la Estación, a lo primero el Comandante respondió, en oficio No. 231/DISPO—ESTPO 29.25 del 22 de abril de 2016, vagamente con los nombres y a lo segundo no tener conocimiento, información complementada mediante oficio No. 245/DISPO-ESTPO 29.25 del 06 de mayo de 2016.
- o Posteriormente el 11 de julio radicó ante el Departamento de Policía de Caldas, otro Derecho de Petición con el mismo fin del anterior, a lo que el Coronel NECTON LINCON BORJA MIRANDA, Comandante del Departamento de Caldas, en ese momento, respondió mediante oficio No. S-2016-018237/COMAN-ASJUR-1.10 del 22 de junio de 2016 con un cuadro en que se relaciona el grado, nombre y fechas en que funcionarios fungieron como Comandantes de la Estación de Risaralda; en cuanto al nombre de la persona que se encargaba de la limpieza de dicha Estación y manifestó que según revisión en los archivos para tal labor no hay persona designada.
- o Presentó reclamación administrativa enviada mediante 4-72 el día 25 de marzo de 2017, solicitando que se declarara la existencia de la relación laboral de manera continua y subordinada, desde el 1 de marzo de 1999 hasta el 15 de abril de 2016 y de allí todos los derechos que correspondan. Le otorgaron respuesta el 24 de abril de 2017 oficio No. S-2017-016401/COMAN-ASJUR-1.10 que tal vínculo para ellos era inexistente, por lo cual el pago de prestaciones sociales y la liquidación no era posible.
- o Que después de dicha reclamación, la señora MARIA ORFILIA, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación a los cuales se notificó respuesta el 24 de mayo de 2017 en oficio No. S-2016/COMAN-ASJUR-

29.25 expedido el 11 de mayo de 2017, por medio de la Estación de Policía de Anserma.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

Advierte que negar a una persona que desempeña una labor cuyas características y elementos configurativos encajan plenamente en lo que la ley ha determinado como contrato de trabajo, genera una serie de beneficios que otras figuras de la ley laboral no, es atentar contra los principios fundamentales de la Constitución Política y los principios en que se fundamenta toda la legislación laboral contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, principios que definen a Colombia como un estado social de derecho que se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad Art. 1, así mismo es desconocer los fines esenciales del estado Art.2, en cuanto no se garantiza la efectividad de los principios fundamentales.

Desconocer que en el caso de la demandante se configura una relación de trabajo, tipo contrato realidad y pretender que puede tratarse de una prestación de servicios es vulnerar los principios fundamentales en los que se basa el ordenamiento jurídico y generar una desconfianza jurídica al poner por encima de los individuos y la comunidad en general los intereses de una entidad pública que no solo menoscaba los derechos de una persona, sino que también de la ignorancia jurídica de una ciudadana que solo prestaba sus servicios para obtener su sustento.

Refiere que tampoco es legal aplicar trato jurídico diferente Art. 13 como el que ahora se pretende con la distinción que hacen en este caso, de catalogar su labor como producto de una relación de prestación de servicios, cuando su labor encaja en los presupuestos legales de otra figura, y si le es reconocida en las mismas condiciones; dicha distinción no tiene ningún sustento legal ya que todas las personas nacen iguales ante la ley con los mismos derechos, libertades y oportunidades, es decir; que si la situación jurídico laboral que se observa en este caso cumple con los requisitos de un contrato de trabajo, es deber no solo de la entidad, sino del mismo Estado reconocerle su calidad de empleada pública y los beneficios que de ahí se desprenden.

Es necesario entonces tener en cuenta que el trabajo es un derecho fundamental Art. 25 y como tal debe garantizarse y protegerse, no solo es garantizar que las personas puedan acceder a un trabajo, sino que ese trabajo sea justo y digno, que se respeten sus garantías y que se le genere una estabilidad en el presente y a futuro a la persona que desempeña la labor, y que en concordancia con los artículos 48 y 53 de la C.P. se garantice el acceso a la seguridad social como derecho irrenunciable.

Concluye diciendo que en el presente caso están presentes los tres presupuestos legales para declarar la existencia de la relación laboral, toda vez que se cumple con todos los requisitos que la ley establece como

necesarios, y debe ser castigada la actuación omisiva de la entidad durante tantos años al simplemente prolongar la vulnerabilidad laboral en la que se encontró la señora MARIA ORFILIA y que no siendo suficiente tal situación, se pretendió ocultar la verdadera relación laboral y hacer uso de figuras y prerrogativas de la entidad, en beneficio propio y perjudicando a una persona sin conocimientos del tema, vulnerando de manera evidente sus derechos y todo el ordenamiento jurídico.

2.4. Contestación de la demanda:

LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, se opuso a las pretensiones de la demanda y solicita se nieguen en toda su integridad y se absuelva a la entidad de toda responsabilidad pecuniaria y administrativa.

Agrega que el Comandante del Departamento de Policía Caldas, en representación de la Institución responde un derecho de petición en aplicación y cumplimiento de la Constitución y la Ley, indicando a la demandante la imposibilidad de reconocer vínculo laboral y el pago de prestaciones sociales solicitadas en atención a los servicios que prestó a los policías, más no a la policía nacional con vínculo laboral de ningún tipo con el representante legal de la misma, en el Departamento o por el ordenador del gasto quien es quien firma los contratos de prestación de servicios, por ser improcedente atendiendo que esta relación deprecada no se realizó con el área de contratos de la policía por creación de la necesidad por parte del jefe administrativo del departamento, por esto no se puede hablar de una relación laboral con el ente que representa.

Agrega que en el presente caso no es aplicable el precedente jurisprudencial sobre el contrato realidad por las siguientes razones:

1. En la mayoría de los casos sometidos a la jurisdicción donde se ha aplicado esta figura, siempre parten de la existencia de un contrato de prestación de servicios celebrado entre el demandante y la entidad demandada, en donde han logrado demostrar los elementos de un contrato de trabajo; esto es, la realización de un trabajo o labor, la remuneración por parte de la entidad y la subordinación.
2. La señora MARIA ORFILIA nunca celebró contrato de prestación de servicios con la Policía Nacional por ningún tipo de concepto.
3. La demandante jamás realizó un trabajo o labor en beneficio de la institución policial.
4. Esta persona no percibió remuneración ni pago alguno por parte de la Policía Nacional; es decir, no recibió dinero proveniente de recursos públicos.

Por lo anterior debe indicarse que del material probatorio arimado al expediente, no puede evidenciarse la existencia de un vínculo laboral entre la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional y la señora Maria Orfilia, pues en efecto, lo que se logra deducir es que la referida señora era eventualmente requerida por algunos miembros de la institución quienes la contrataban para las labores del aseo y de lavandería de sus elementos

personales, en tal sentido, nunca trabajó para la Policía por cuanto la misma institución jamás se benefició de la labor presuntamente aducida por la accionante.

Indica que si bien, puede haber prestado los servicios referidos en el presente medio de control, fue en favor de algunos ex comandantes de la Estación de Policía y Policías asignados a la estación y como se afirma dentro del mismo medio de control, su relación siempre fue con el comandante y los uniformados que eran quienes con su pecunio, pagaban lo acordado entre estos y la señora Loaiza sin autorizar la Policía Nacional recurso alguno, pues esto no fue siquiera consentido por el representante legal u ordenador del gasto de la unidad quien celebra contratos a nombre de la Policía Nacional por competencia otorgada por la Ley, y teniendo en cuenta la estructura de la Institución y la naturaleza de las funciones y tareas que corresponden a sus dependencias, el Director General con arreglo a lo previsto en el artículo 51 de la Ley 179 de 1994, delega a través de acto administrativo en los distintos funcionarios la competencia para contratar, comprometer y ordenar el gasto.

Agrega que no existe alguna relación laboral entre la Policía Nacional y la demandante porque no está probada, y se desvirtúa toda vez que no puede allegarse hoja de servicios, contrato debidamente laborado, pues no hay ninguna forma probatoria con la que se pueda inferir que la señora haya prestado sus servicios a la Policía Nacional.

En cuanto a los ingresos económicos de la señora Maria Orfilia no hay constancia de pagos, de subordinación ni de relación alguna.

Se apoya en la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997 que señalo claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios.

Concluye que en el presente caso no encontró un registro que indique que la demandante hizo parte de la nómina de la Policía Nacional, no se encontró existencia de relación laboral de ninguna índole con la señora Loaiza en la unidad de contratos de con lo que no es posible predicar existencia de relación laboral alguna.

Finalmente hace un análisis normativo, Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, sobre las formas de vinculación laboral por parte de la Policía Nacional, entre ellas la contratación de prestación de servicios y las modalidades de selección.

Propuso como excepciones la de: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN RECLAMACIÓN PRESTACIONES SOCIALES.

2.5. Traslado de excepciones:

La parte demandante se pronunció frente a las excepciones propuestas exponiendo que los argumentos de la Policía son conjeturas y conclusiones de valoraciones y actividades probatorias aún no surtidas y que hacen

parte de la segunda etapa del proceso en los términos del artículo 179 del CPACA.

Agrega que cimentar la referida excepción en afirmaciones que no se han plasmado en la demanda, ni debatidas probatoriamente, sino en las conjeturas conclusivas explayadas en la contestación desdibuja su propia finalidad defensiva, debido a que claramente se ha manifestado en los hechos de la demanda que la señora MARIA ORFILIA LOAIZA DE BEDOYA prestó los servicios personales, de manera continua y subordinada en la ESTACIÓN DE POLICÍA DEL MUNICIPIO DE RISARALDA, Caldas, desde el 1 de marzo de 1999 hasta el mes de abril de año 2016, desempeñando labores de limpieza de toda la Estación de Policía, en un horario comprendido entre las 7 a.m. a las 2 p.m. de lunes a sábado. Marcando claramente elementos de subordinación, y la realización de un trabajo de manera directa y personal.

Frente a la prescripción se limita reiterar lo expuesto en la corrección de la demanda relacionado con la cuantía, que sirvió para ajustar las pretensiones.

Solicita no se acceda a lo deprecado en las excepciones referidas.

2.6. Alegatos de conclusión:

Parte demandante:

Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, alega que quedó demostrado que recibía una retribución o remuneración del servicio y que la norma simplemente se refiere a un "salario como retribución del servicio", que es el pago que se da como remuneración o contraprestación por la prestación personal del servicio, que era lo que recibía la señora Orfilia de manos del Comandante de Estación de manera mensual, siendo él, como responsable y representante de la institución, la persona encargada de dirigir y coordinar el correcto funcionamiento de la estación que tenía a su cargo.

Agrega que del material probatorio aportado y de las pruebas practicadas se desprende que sí existió una relación laboral, indica que se ha dejado claro también que la Policía no tenía dentro de sus registros documentales o dentro de su contratación pública y debidamente archivada, una formalización de un contrato, cualquiera que hubiera sido su modalidad o tipología.

Afirma que se demostró la existencia de cada uno de los elementos constitutivos de contrato realidad y quedando desvirtuada la posibilidad de que se trate de un contrato de prestación de servicios. C-154/97.

Advierte que lo único que ha hecho la Policía es desvirtuar la relación laboral existente, con el mero argumento de no haber formalizado acorde a las normas que regulan la materia, como si eso estuviera en las pretensiones, cuando no es lo que se ruega.

Respecto que con los testimonios de José Omar Pineda Zapata, Edelberto de Jesús Sánchez Uribe y Roberto Serna Rave, se pudo evidenciar que la demandante era quien realizaba de manera personal y continua, las labores de aseo y servicios generales en la Estación de Policía de Risaralda, Caldas, y que dicha labor se extendía a la instalación y no se limitaba solo al personal adscrito a la misma. Les constaba de manera directa lo anterior porque eran sus vecinos y amigos que dieron fe, de manera coherente y espontánea, que durante muchos años la vieron en dichas labores.

Del testimonio rendido por el antes Policía Julián Arias, que laboró aproximadamente 6 años en dicha Estación de Policía, se desprende que había una subordinación, dado que manifestó de manera clara y espontánea que era solamente el comandante de estación quien generaba las órdenes o directrices de cómo ejecutar las labores de servicios generales, y que esto se mantuvo igual durante los 6 años o más que estuvo vinculado en dicha institución y asignado a la Estación de Risaralda. Se evidenció que era Maria Orfilia, quien personalmente y sin poder delegarlo de manera autónoma en otra persona, ejercía las labores diarias que le correspondían y que previamente le asignaba el comandante, que era este quien autorizaba los permisos, quien la pagaba a la señora su salario que era entre \$130.000 y \$150.000 mil pesos mensuales, lo que ni siquiera se acercaba al salario mínimo, que solo en dos o tres ocasiones, durante el tiempo que hizo parte del personal de la estación, recogieron entre los demás policiales de 5 a 10 mil pesos, para completar el dinero que le pagaban la Estación a doña Orfilia, pero que fue a órdenes del comandante dicha recolección, que no era facultativo, sino que era obligatorio, que cumplía un horario de 7:30 a.m. a 2:00 p.m. aproximadamente y que dada esa relación había una coordinación desde el responsable de la estación de Policía de Risaralda que era el Comandante de turno y que esa misma situación se presentó durante la estancia de todos los comandantes de estación desde abril de 1999 hasta marzo de 2016.

Que con la última declaración del señor Edwin Rivera Pérez, último comandante de estación de policía en el tiempo en el que MARIA ORFILIA trabajó, se pudo evidenciar que al llegar a la Estación de Policía de Rda, Caldas, como Comandante era quien tenía que tomar la decisión de la continuidad de la señora Maria Orfilia en la ejecución de sus labores, y que fue él quien advirtiendo la irregularidad de la relación laboral, decidió ofrecerle la suscripción de un contrato de prestación de servicios generales.

Advierte que del testimonio del señor Edwin Rivera Pérez no queda duda que se constituyen los elementos esenciales que configuran la relación laboral, del monto que percibía la señora Maria Orfilia y que se aportó con la demanda, era \$130.000 lo que se le iba a pagar a ella, queriéndole dar continuidad a ese mismo monto y cortando de tajo una relación laboral que se dio por la omisión en el cumplimiento del deber de los policiales y de la institución, generadora de derechos que son de rango de protección constitucional como lo son las prestaciones sociales.

Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional:

Argumenta en sus alegatos que la entidad no es responsable de lo solicitado por la señora MARIA ORFILIA LOAIZA BEDOYA, toda vez que el artículo 1 de la Resolución 00277 del 27 de enero de 2020, otorgó funciones al Comandante del Departamento de Policía Caldas para contratar, ordenar y comprometer el gasto de acuerdo al presupuesto asignado para la sede.

Advierte que de conformidad con la mencionada norma se puede evidenciar que ni el Comandante de Estación ni el Comandante de Distrito tienen competencia para comprometer el rubro asignado a gastos de personal para adjudicación de un contrato de servicio de aseo, toda vez que es facultad del Comandante de Departamento como ordenador del gasto, quedando claro que la demandante no recibió dinero proveniente del erario, pues los dineros recibidos por ella son producto del peculio particular e individual de los policiales que contrataron a la demandante por las labores de aseo, puesto que la sola manifestación de haberse llevado a cabo la prestación de unos servicios en la Estación de San José, no puede tenderse como una actividad laboral y menos ligada a la Policía Nacional.

Hace ver que el Departamento cuenta con un rubro asignado por el Ministerio de Hacienda donde el Comandante del Departamento puede a través del rubro de gastos generales hacer todo el procedimiento para la adjudicación de un contrato para el servicio de aseo, por medio de una empresa legalmente constituida que cumpla con los servicios requeridos por la entidad, quien se encargará de seleccionar el personal idóneo y la cancelación de prestaciones; dicho procedimiento se hace a través del acuerdo marco de precios de "Colombia Compra Eficiente", quien da las pautas para la contratación de este tipo de servicio.

Agrega que los servicios prestados por la señora MARIA ORFILIA LOAIZA BEDOYA en la estación de Policía San José, se realizaron mediante acuerdo de voluntades individuales y autónomas por parte de funcionarios de Policía, los cuales estaban encaminadas a satisfacer necesidades domésticas personales, que como tal comportan relaciones (inter partes) entre personas naturales que se obligaron a cumplir cada una con lo pactado mediante su acuerdo verbal como lo afirma la demandante en los hechos de la demanda.

Informa que el Decreto 1792 de 2000 por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración de Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, establece la Carrera Administrativa Especial, para el personal civil que labora en el Ministerio de Defensa. En el artículo 103 se establece que los contratos de trabajo en la Policía Nacional deben ser celebrados por escrito, siendo el único competente para suscribir los mismos el Director General de la Policía en virtud de la delegación de funciones realizada por el Ministerio de Defensa Nacional. Por lo tanto, no

se cumplen los requisitos legales que permitan establecer la existencia de un vínculo laboral entre la señora MARIA ORFILIA LOAIZA BEDOYA y la Policía Nacional, bajo el entendido que no se aporta ni acredita la celebración de un contrato escrito entre la demandante y la Institución, representada por el señor Director de la Policía Nacional.

Añade que la Policía también puede suscribir contratos mediante la modalidad de contratación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable. C-094 de 2003.

Por lo anterior, refiere que no se evidencia de lo manifestado y de los soportes allegados por la señora MARIA ORFILIA LOAIZA BEDOYA, que entre esta y la Policía Nacional hubiere existido una relación contractual bajo la modalidad de contratación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Finalmente solicita se denieguen la totalidad de las pretensiones de la parte actora y se exonere de responsabilidad a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y de contera, se condene en costas a la parte demandante.

Concepto del Ministerio Público: Permaneció silente.

3. CONSIDERACIONES

3.1. El Fondo del asunto:

Suplica entonces la señora MARIA ORFILIA LOAIZA DE BEDOYA, se declare la nulidad de los oficios expedidos por la POLICÍA NACIONAL, mediante los cuales le negó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones derivados de la relación laboral con ocasión de las labores de limpieza en la Estación de Policía del Municipio de Risaralda, Caldas, entre el 1 de marzo de 1999 y abril del año 2016.

3.2. Problema Jurídico:

¿Existió vínculo laboral entre la señora MARIA ORFILIA LOAIZA DE BEDOYA Y LA POLICÍA NACIONAL por el período comprendido entre el 1 de marzo de 1999 hasta el mes de abril del año 2016, por las labores desempeñadas en la limpieza (servicios generales) de la Estación de Policía de Risaralda, Caldas y como consecuencia de ello tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios y de las prestaciones sociales dejados de percibir?

3.3. Premisas jurisprudenciales y normativas:

3.3.1. El principio de primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral y su relación con el contrato realidad

El mencionado principio ha sido decantado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ en los siguientes términos:

Al consagrar los principios mínimos fundamentales de las relaciones de trabajo, el artículo 53 de la Constitución dispone que uno de ellos concierne a la “primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”. Este principio indica que al momento de determinar la naturaleza del vínculo que relaciona a una persona que presta sus servicios con aquella que se beneficia de ellos, debe dar prioridad a la verdad que se deriva de la labor empírica que se desempeña, cuando a través de ella se exterioriza una relación laboral, más que a la nominación que las partes le pretendan dar al contrato que las une.

Así las cosas, por encima de las formalidades, impera la realidad objetiva y empírica que consolida una relación, sin importar la modalidad contractual adoptada y la denominación empleada para el contrato. En la práctica, este principio busca privilegiar el reconocimiento por parte de los jueces de los hechos vinculados sustantivamente con un contrato de naturaleza laboral, impidiendo que a través de actos formales se oculte o disfrute una relación de trabajo, con el único propósito de evadir las obligaciones que se derivan de esta categoría de negocio jurídico.

Sobre el particular, en la Sentencia C-665 de 1998, este Tribunal manifestó que: “[c]onforme lo establece el artículo 53 de la Carta (...), el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades.”

Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho que “el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad (...) implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral”, siempre que por parte del interesado se acredite, de forma incontrovertible, los elementos que identifican dicha relación, esto es, la prestación de una actividad personal, el reconocimiento de un salario o retribución por dicho servicio, y la continuada subordinación o dependencia.

La naturaleza jurídica de este principio se identifica entonces a partir de dos finalidades que le son propias, por una parte, se convierte en un mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico laboral, pues impide que derechos de orden público y de naturaleza cierta e

¹ Sentencia C-185/19. Referencia: Expediente D-12890. Magistrado Sustanciador: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Bogotá DC, ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

indiscutible sean desconocidos por las partes a través de actos simulados que pretenden ocultar la realidad de una relación de trabajo; y por la otra, impide el fraude a las garantías mínimas de los trabajadores, a través de convenios que buscan prescindir de la existencia de las normas protectoras y de tutela que brinda el derecho laboral.

En este contexto, el principio de primacía de la realidad sobre las formas tiene una aplicación de naturaleza concreta, subjetiva y específica frente a los casos en los que se oculta la presencia de una relación laboral. Ello implica, por un lado, que le corresponde al interesado en desentrañar la naturaleza real del vínculo, probar y acreditar los elementos esenciales que lo identifican; y por el otro, que –a partir de dicha exigencia probatoria– no cabe su uso de manera general o universal frente a categorías jurídicas abstractas definidas por el legislador.

Así lo ha sostenido el Consejo de Estado, al señalar que “[p]ara efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.”

En el mismo sentido, la Corte ha expresado que, en cada caso “que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación (...) de trabajo [deben proceder] a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.”

En conclusión, el principio de primacía de la realidad se aplica en los casos donde se aprecie una disconformidad entre la práctica (hechos) y el contrato (formalidad) suscrito. No obstante, su reconocimiento no opera de forma general o universal frente a las distintas categorías jurídicas de naturaleza contractual definidas por el legislador, toda vez que su operancia depende de cada caso concreto, en donde se debe acreditar por el interesado que se presentan los tres elementos esenciales que identifican la relación laboral.

Se establece entonces que el principio de primacía de la realidad sobre las formas tiene una aplicación concreta cuando en una vinculación contractual en la modalidad de contrato de prestación de servicios (inciso 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993), la cual no genera ninguna relación laboral como tampoco el pago de salarios y prestaciones sociales, se verifica en la realidad una verdadera relación de trabajo a partir del cumplimiento de sus componentes, esto es, la prestación personal del servicio, la retribución y la subordinación, por lo cual emerge una relación de trabajo que conlleva a que el contratista acceda a las prestaciones sociales y demás emolumentos a los que tienen derecho los trabajadores o empleados que cumplen iguales funciones.

Ahora bien, sobre la **naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios**, se trae a colación lo expuesto por el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación jurisprudencial²:

“...El contrato estatal de prestación de servicios, por ser uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, es un tipo de negocio jurídico que expresamente recoge el estatuto general de contratación pública; se trata, por tanto, de un contrato típico, pues está definido en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece lo siguiente:

“3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

85. Ahora bien, para los propósitos que animan a la Sala a proferir esta sentencia de unificación, es necesario mencionar, además, que la regulación del contrato de prestación de servicios ha sido complementada por otras disposiciones legales y reglamentarias, entre las cuales se destacan las contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en los decretos reglamentarios 855 de 1994, 1737, 1738 y 2209 de 1998, 2170 de 2002, 66 de 2008, 2474 de 2008, 2025 de 2009, 4266 de 2010 y 734 de 2012; muchas de ellas modificadas, subrogadas, derogadas e incluso compiladas en el Decreto 1082 de 2015 «por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», cuyo Libro 2, Parte 2, Título 1, reúne, hoy en día, la mayor parte de las disposiciones reglamentarias de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

86. Así pues, con base en las anteriores disposiciones de rango legal y reglamentario que complementan su regulación, y de un amplio acervo jurisprudencial de esta corporación, se pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:

87. (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». 25

² Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». 26

90. A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.²⁷

91. En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia...”

Y sobre el **objeto del contrato de prestación de servicios** puntualizó la citada Alta Corporación:

“92. El objeto del contrato de prestación de servicios es bastante amplio. Esto es así, toda vez que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no solo contempla varios tipos de contratos distintos, sino que, además, dispone que cualquier contrato de prestación de servicios tiene por objeto genérico «desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad»³. No obstante, la celebración del contrato de prestación de servicios debe formalizarse a través de las modalidades de la contratación directa, pues así lo dispone el artículo 2, numeral 4, literal h), de la Ley 1150 de 2007, cuyo tenor literal es el siguiente:

[...] Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: [...] h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales

93. Por lo tanto, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública – como peritos, técnicos y obreros–; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Y sobre los **criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios**, el H. Consejo de Estado consignó las siguientes consideraciones en la citada sentencia de unificación:

³ Artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993.

“...Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual.

2.3.3.1. Los estudios previos

98. La Administración Pública debe dar aplicación a un plan en cada uno de sus procesos de selección, en especial, en los que lleva a cabo de forma directa. Así lo consideró el legislador al redactar el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, donde, en este último, bajo la figura denominada «maduración de proyectos», 31 dispuso la exigencia de elaborar estudios, diseños y proyectos, y los pliegos de condiciones, según corresponda, con anterioridad a la apertura de un proceso de selección o a la firma de un contrato si la modalidad de contratación es la directa. 32 En la práctica, al conjunto de estas exigencias se le ha designado «estudios previos».

99. El mencionado artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 resume los estudios previos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin.

100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada». 33

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.⁴

103. **La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:**

104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; sentencia de 24 de abril de 2019; radicado 08001-23-33-000-2013-00074-01(2200-16); C.P. William Hernández Gómez.

subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*,³⁵ la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. **iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; ³⁶ pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución,

el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas⁵

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado..."

Así las cosas y teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial que sobre el contrato realidad ha establecido el Consejo de Estado, debe la parte demandante desvirtuar el tipo de vinculación contractual, por lo que la carga de la prueba le compete a fin de demostrar la relación laboral y con ello el pago de las prestaciones y emolumentos que se deriven de ella. Así lo ha precisado el Consejo de Estado⁶:

"...La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. El artículo mencionado prevé expresamente que, en ningún caso, dicho tipo de contratos «[...] generan relación laboral ni prestaciones sociales [...]».

De acuerdo con el aparte transcrito del artículo 32 ejusdem, debe entenderse que el legislador reglamentó en dicha norma una presunción según la cual, la celebración de contratos de prestación de servicios no genera en ningún caso una relación laboral entre contratante y contratista o el derecho al pago de prestaciones sociales en favor de este último.

En materia de presunciones, el ordenamiento jurídico colombiano permite dos tipos de esta: la presunción iure et de iure o de pleno derecho, y la presunción iuris tantum o de ley.

La primera es excepcional, determinada expresamente por la ley y tiene como principal característica que no admite prueba en contrario. Por su parte, la segunda sí admite prueba en contra, es decir, permite ser controvertida y desvirtuada.

Bajo ese supuesto, el artículo 166 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula:

«Artículo 166. Presunciones establecidas por la ley. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

⁵ Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez, veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 54001-23-33-000-2014-00287-01(1243-16).

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

En ese sentido, debe entenderse que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene una presunción iuris tantum o de ley, motivo por el cual el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, así como la relación laboral que se oculta a través de este sí puede ser demostrada.

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que, quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo...”

En consideración a lo expuesto, se hace necesario examinar en el *sub iudice* si de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, se configuraron la totalidad de los elementos de la relación laboral alegada.

3.3.2. Material probatorio.

Prueba documental aportada por la parte demandante que reposa en el cuaderno principal (folios 13 a 39 del expediente digitalizado, archivo 01C1Fls1A129.pdf):

- Derecho de petición dirigido al Comandante de Policía de Risaralda, Caldas por parte de la demandante, radicado el 21-04-2016 solicitando el nombre y rangos de los que han sido Comandantes de Estación de la Policía de Rda., Caldas, en los períodos 1 de marzo de 1999 y 15 de abril de 2016.
- Oficio No.231/DISPO-ESTPO 29.25 del 22 de abril de 2016 dando respuesta al derecho de petición, firmado por el Intendente Edwin Rivera Pérez, Comandante de Estación de Policía de Rda., Caldas.
- Oficio 245/DISPON-ESTPO 29.25 del 6 de mayo de 2016 dando respuesta a la información faltante al derecho de petición del 21-04-2016, firmado por el Intendente Edwin Rivera Pérez, Comandante Estación de Policía Rda., Cds.
- Derecho de petición dirigido al Comandante de Policía del Departamento de Caldas – Necton Lincón Borja Miranda, del 10 de junio de 2016, solicitando el nombre y rango de los Comandantes de Policía de la Estación de Policía Rda, Caldas desde el 1 de marzo de 1999 a 15 de abril de 2016 y quién era la persona encargada de realizar los servicios generales (aseo) en esas mismas fechas.
- Oficio No. S-2016-C18237/COMAN-ASJUR-1.10 del 22 de junio de 2016 dirigido a la demandante dando respuesta al anterior derecho de petición, firmado por el Coronel NECTON LINCON BORJA MIRANDA, Comandante de Policía Caldas.

- Declaraciones juramentadas extrajudicialmente rendidas por los señores EDELBERTO DE JESÚS SÁNCHEZ URIBE, OMAR DE JESÚS LÓPEZ AGUDELO, JOSE OMÁR PINEDA ZAPATA, ROBERTO SERNA RAVE, rendidas el 15 de octubre de 2016, 13 de septiembre de 2016 y el 30 de agosto de 2016, sobre el conocimiento que tuvieron de la prestación de servicios generales de la demandante en la Estación de Policía de Rda., Caldas.
- Reclamación administrativa ante el Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Departamento de Policía, Caldas, sobre el reconocimiento y pago de la relación laboral entre el 1 de marzo de 1999 al 15 de abril de 2016.
- Oficio No. S-2017-016401/COMAN-ASJUR-29.25 del 24 de abril de 2017 dirigido a la accionante, dando respuesta negativa a la reclamación administrativa.
- Recurso de reposición en subsidio de apelación del 5 de mayo de 2017 presentado por la demandante, frente al oficio anterior.
- Oficio No. S-2017-/COMAN-ASJUR-29.25 del 11 de mayo de 2017, dando respuesta al recurso de reposición en subsidio de apelación, firmado por el Coronel Necton Lincon Borja Miranda, Comandante Departamento de Policía Caldas, fecha de recibido 24/05/2017.
- Contrato de prestación de servicios, entre las partes Sr. EDWIN RIVERA PEREZ en calidad de CONTRATANTE y la Sra. MARIA ORFILIA LOAIZA en calidad de CONTRATISTA, con el objeto de realizar las labores de aseo en la Estación de Policía Risaralda, durante un plazo de 3 meses del 1 de abril de 2016 al 1 de julio de 2016, prorrogable, con una remuneración de \$390.000. Firmado sólo por el contratante EDWIN RIVERA PÉREZ.
- Solicitud de conciliación ante la Procuraduría Judicial Administrativa de Manizales, de fecha 15 de septiembre de 2017.
- Constancia de Conciliación expedida por la Procuraduría 28 Judicial II Para Asuntos Administrativos del 25 de octubre de 2017 que declaró fallida la audiencia de conciliación por no existir ánimo conciliatorio entre las partes.

Pruebas aportadas por la parte demandada POLICÍA NACIONAL (fls. 56 a 79 del expediente digitalizado, archivo 01C1Fls1A129.pdf:

- Documentos que dan cuenta de la representación legal y judicial de la entidad, actos de delegación, poder.
- Actuación administrativa que da cuenta de los derechos de petición, con las respectivas respuestas a través de los actos

demandados, oficios solicitando información con las respuestas otorgadas por LA POLICIA NACIONAL a través de sus comandantes.

- Comunicaciones de 2018 entre unidades en la Policía Nacional relacionadas con la adquisición del servicio de aseo para la Policía Metropolitana de Manizales, Departamento de Policía, Caldas y la prohibición de contratar personal para los servicios de aseo en las instalaciones policiales, indicaciones varias a los Comandantes de Distrito, Estaciones, Subestaciones de Policía, entre otros.

Pruebas testimoniales (CD fl. 223):

Por solicitud de las partes, se practicaron las siguientes pruebas testimoniales en audiencia llevada a cabo el 18 de febrero de 2021: EDELBERTO DE JESÚS SÁNCHEZ, JOSÉ OMAR PINEDA ZAPATA, ROBERTO SERNA RAVE, JULIAN ARIAS, EDWIN RIVERA y la Intendente ELIANA MARCELA LOAIZA GARCÍA.

▪ **Sobre la relación de afinidad o amistad con la demandante:**

Todos los testigos coincidieron al manifestar que no tienen ningún parentesco con la demandante, los señores EDELBERTO, JOSÉ OMAR y ROBERTO SERNA conocen a la señora MARIA ORFILIA en razón de amistad y JULIAN ARIAS y EDWIN RIVERA la conocieron en virtud de las labores de limpieza que realizaba en la Estación de Policía de Risaralda.

▪ **Sobre el lugar y las tareas que desempeñaba la demandante en la Estación de Policía de Risaralda, Caldas, sostuvieron:**

Las declaraciones de los testigos EDELBERTO, JOSÉ OMAR y ROBERTO SERNA, JULIAN ARIAS y EDWIN RIVERA concordaron al decir que la señora MARIA ORFILIA desempeñaba las labores de limpieza en la Estación de Policía de Risaralda, Caldas.

▪ **Sobre las órdenes o las instrucciones que se impartían para cumplir las labores de limpieza en la Estación de Policía de Risaralda, Caldas, dijeron:**

Edelberto de Jesús Sánchez, al preguntársele:

- ¿... ella recibía **órdenes** para ejecutar su trabajo?: Respondió: "No, *solamente yo la veía trabajando allá*".

El señor Roberto Serna Rave, al preguntársele:

- ¿Sabe quién le daba **órdenes** a doña Orfilia?: Respondió: “El Sargento”.
- ¿Vio si el sargento le diera **órdenes?**: Respondió: “No. Ella todos los santos días iba a trabajar”.

El señor Julián Arias, al preguntársele:

- ¿La señora Orfilia desempeñaba su labor previos **ordenamientos** o lo hacía de manera independiente o autónoma?: Respondió: “Ella siempre ejerció bajo las órdenes del Comandante de turno. Él era quien le daba las órdenes para que mantuviera dichas instalaciones en perfectas condiciones”
- **Sobre el horario en que la demandante debía prestar el servicio y el tiempo laborado, manifestaron:**

Los testimonios de EDELBERTO DE JESÚS SÁNCHEZ, JOSÉ OMAR PINEDA ZAPATA, ROBERTO SERNA RAVE, JULIAN ARIAS, EDWIN RIVERA, fueron uniformes al mencionar que la señora MARIA ORFILIA laboraba entre 7:00 y 8:00 de la mañana hasta las 2:00 o 3:00 de la tarde.

Respecto al tiempo laborado:

- JOSÉ OMAR manifestó que laboró aproximadamente 15 o 16 años.
- JULIAN ARIAS manifestó que conoció a doña Orfilia durante el tiempo que estuvo laborando en la Estación de Policía de Rda, como conductor del intendente, patrullaje y vigilancia, en los años 2013 a 2016. Que durante ese tiempo pasaron tres comandantes y doña Orfilia realizaba las mismas funciones de aseo permanente.
- **Sobre los días laborados a la semana, respondieron:**

El señor EDELBERTO DE JESÚS SÁNCHEZ, manifestó que la veía laborando todos los días, incluso sábado y domingo.

El señor JOSÉ OMAR PINEDA ZAPATA, manifestó que la veía todos los días, y al preguntársele, ¿si los sábados y domingos veía a doña Orfilia realizando labores de aseo?, manifestó “Si la veía porque como le digo yo entraba mucho a la Policía para que desalojaran los niños que estaban jugando futbol en el parque.....”

El señor ROBERTO SERNA RAVE, al preguntársele ¿Cuántos días trabajaba allá?, respondió: “Hasta el día sábado. Porque yo comenzaba el trabajo el día lunes y el día sábado salía a la calle la veía ahí”.

El señor JULIAN ARIAS manifestó que ejercía el horario de 7 a 2 de la tarde de lunes a sábado. Y al preguntársele: ¿Durante qué días trabajaba ella?:

Respondió: *"Ella manejaba un horario de lunes a sábado, un domingo le quedaba libre y otro sí y otro no."*

El comandante de la época EWIN RIVERA, al preguntársele, sobre la prestación del servicio que prestaba la señora Orfilia, cuantos días a la semana, horarios: Respondió: *"Yo supongo que todos los días, porque si hacía la alimentación, todos los días debía hacer desayuno y almuerzo e incluso comida. En la semana que yo estuve yo si la vi todos los días, pero desde que yo llegué empecé a decirle que no se podía"*.

▪ **Sobre los permisos para ausentarse del lugar de trabajo, sostuvieron:**

El señor EDELBERTO DE JESÚS SÁNCHEZ, al preguntársele:

- ¿Tiene conocimiento en el desarrollo del trabajo de doña Orfilia si ella tenía que pedir permiso para ausentarse?: Respondió: *"De eso no me di cuenta. Solamente sabía que trabajaba allá porque la veía en las labores diarias"*.

El señor JOSE OMAR PINEDA, al preguntársele:

- Si doña Orfilia le tenía que pedir permiso a alguien para ausentarse: Respondió: *"Siempre el Comandante de la estación era el jefe directo de ella"*.

El señor ROBERTO SERNA RAVE, al preguntársele:

- Permiso a alguien para ausentarse: Respondió: *"Probablemente si tenía que pedir el permiso. Ella casi no sacaba tiempo para salir a alguna parte."*

El señor JULIAN ARIAS, al preguntársele:

- ¿En esas horas de labor, le tocaba pedir permiso para ausentarse?: Respondió: *"En ningún momento para hacer una vuelta personal, siempre tenía que ser bajo la orden del señor Comandante de Estación. Él le daba el visto bueno para ausentarse"*.

▪ **Sobre la contraprestación por las labores prestadas y quién le pagaba, respondieron:**

El señor EDELBERTO DE JESUS, al preguntársele:

- ¿Sabe qué tipo de remuneración recibía por esos trabajos?: Respondió: *"... Muy poquito le pagaban, si eran 100 mil o 120 mil pesos."*

- ¿Cómo se dio cuenta del dinero que la señora recibía?: Respondió: *"Yo me daba cuenta porque ella me contaba lo que le pagaban allá, 120 mil pesitos"*.
- ¿Quién le pagaba?: Respondió: *"Le pagaban en la estación de la policía, no sé quién se los pagaría. El Encargado de una Estación de Policía es el Comandante, me imagino que él era el que le pagaba a ella"*.
- ¿Por qué se dio cuenta que él le pagaba?: Respondió: *"Porque ella me decía que él le pagaba, le daba \$120.000 mensual"*.
- ¿Le pagaban algún dinero de más en diciembre?: Respondió: *"No, solamente lo que he hablado con ella, de 100 a 120 mil era lo que le daban, ni dotación, ni vacaciones le daban"*.

El señor JOSE OMAR PINEDA, al preguntársele:

- ¿Cuánto recibía por la labor y cada cuánto?: Respondió: *"Aproximadamente 100 milpesos. A mi me tocó ir a la casa de ella por un sobrino que juega ajedrez, pues yo sabía que recibía muy poquito, no era un sueldo muy normal de empleada. Ella cobraba mensual, sé porque yo hablaba muy con ella, yo iba a la casa de ella"*.

El señor ROBERTO SERNA RAVE, al preguntársele:

- ¿Tiene conocimiento qué dinero recibía?: Respondió: *"Yo sé que ella se ganaba 120 o 130 mil, porque ella me decía"*.

El señor EDWIN RIVERA, al preguntársele:

- ¿Ella le informó quién le pagaba por esos servicios que prestaba?: Respondió: *"Lo que comúnmente manifestaba era que, al finalizar cada mes, los policías, del sueldo todos ajustaban y le daban lo que cobraba"*.
- ¿Se dio cuenta el valor que le pagaban?: Respondió: *"NO"*.

El señor JULIAN ARIAS en su relato libre y espontáneo manifestó *"Igualmente ella siguió laborando con dicho horario, ella recibía una suma más o menos de 130 mil pesos..."*

Al preguntársele: ¿Los pagos que hacía el señor Comandante, los dineros de donde salían, eran recursos propios del comandante o eran recursos propios de la institución?: Respondió: *"Eran recursos propios del comandante"*.

▪ **Sobre los materiales de trabajo con los cuales la demandante cumplía sus funciones, dijeron:**

El señor EDELBERTO SÁNCHEZ, al preguntársele:

- Los materiales con los que trabajaba doña Orfilia ¿tiene conocimiento de quien era?: Respondió: "No conozco".

El señor ROBERTO SERNA RAVE, al preguntársele:

- Los implementos con los que trabajaba ¿de quién eran?: Respondió: "Eran de donde ella trabajaba".
- ¿Porque sabe eso?: Respondió: "Porque ella me contaba".

El señor JULIAN ARIAS; al preguntársele:

- Los elementos de aseo que usaba la señora Orfilia ¿quién se los daba?: Respondió: "Los daba el comandante de estación, le facilitaba los elementos de aseo."
- ¿Esos elementos los compraba con recursos propios del comandante o con recursos para la estación?: Respondió: "Era con recursos del comandante".

3.3.3. Análisis del Despacho:

De las pruebas documentales que obran en el expediente, se acredita que efectivamente la señora MARIA ORFILIA LOAIZA DE BEDOYA prestó los servicios de aseo de manera personal en la Estación de Policía de Risaralda, Caldas, situación que fue confirmada por todos los testimonios brindados por los señores EDELBERTO DE JESUS SÁNCHEZ, JOSÉ OMAR PINEDA, ROBERTO SERNA, JULIAN ARIAS Y EDWIN RIVERA.

Tampoco hay discusión sobre el hecho que nunca se perfeccionó un contrato de prestación de servicios por parte del Comandante de Turno, ni por la Policía Nacional, durante el tiempo que desempeñó las funciones de limpieza, que sirviera de base para el pago de tales servicios. Al no mediar contrato por escrito, se extrae que la prestación del servicio la realizaba la demandante conforme a acuerdo de voluntades con el Comandante de Turno.

También quedó probado que durante el tiempo que estuvo la señora MARIA ORFILIA realizando las labores en la Estación de Policía de Risaralda, Caldas, recibió una contraprestación económica, tal como se desprende de las manifestaciones que dieran los testigos referenciados, en las que se describe, que recibía entre \$120.000 y \$130.000 mensuales, por el desarrollo de la labor encomendada.

De igual forma mencionaron los testigos que la remuneración la recibía por parte del Comandante de turno de la Estación de Policía producto de sus ingresos como miembro de la Policía Nacional, sin que mediara en el pago directamente la Policía Nacional.

En el dossier también quedó demostrado que durante el período comprendido entre el 1 de marzo de 1999 y el 15 de abril de 2016 (tiempo que solicita la demandante sea reconocido como una verdadera relación laboral), se desempeñaron en la Estación de Policía de Risaralda, Caldas, 19 integrantes de la Policía Nacional con diferentes grados, cuyos nombres están enlistados en el Oficio No. 245/DISPO-ESTPO 29.25, del 6 de mayo de 2016 expedido por el Coronel Necton Lincon Borja – Comandante del Departamento de Policía, Caldas.

Ahora bien, demostrados los elementos de prestación personal del servicio y la remuneración percibida, se procede a considerar la subordinación, como elemento característico diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, así lo distinguió el Consejo de Estado en la sentencia 05001233300020130081301 del 31-05-2016:

“De la subordinación laboral como elemento esencial en la relación laboral y la coordinación o supervisión en las relaciones contractual estatales.

La Carta Política de 1991 otorgó especial protección al trabajo y le reconoció su existencia como valor³ y como derecho⁴ cuya protección la confió directamente al Estado. En ese orden consagró los derechos mínimos y las garantías de los trabajadores⁵ y dispuso que el legislador debe asegurar que tales derechos y garantías no sean disminuidos ni afectados.

Precisamente uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo es la subordinación, la cual -según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo- faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos internos, sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos del trabajador.

Respecto a la subordinación, se ha entendido como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado.

Sobre el concepto de subordinación la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicosó. “

Ahora bien, una de las expresiones de esa subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador es el poder de dirección que conlleva a la facultad de impartir órdenes, de establecer las directrices que han de guiar la actividad laboral y por supuesto, la de imponer un reglamento interno que contenga las normas no sólo de comportamiento dentro de ella sino las disposiciones reguladoras de la actuación de ambas partes de la relación laboral.

De otra parte, en cuanto a la dirección y coordinación de los contratos de prestación de servicio como modalidad contractual estatal, el artículo 14 de la Ley 80 de 19937, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales⁸.

Atendiendo lo dispuesto en la norma precitada, esta Sección ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

En desarrollo del anterior postulado, la Sección Segunda ha dicho:

“... Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor...

El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto

una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente...9 "

Así las cosas, la subordinación es determinante para diferenciar el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, puesto que es la mencionada característica la que fija la independencia del contratista de la administración pública y que no genera el derecho a las prestaciones sociales, motivo por el cual, a continuación la Sala analizará el material probatorio arrojado al expediente a fin de establecer, si las labores desempeñadas por la actora se realizaron bajo la continua y dependiente subordinación del Instituto Tecnológico Metropolitano o si por el contrario, lo que se existió entre la actora y el señalado ente académico, fue la ejecución de las obligaciones contractuales a cargo de la demandante, las cuales se desarrollaron en coordinación con el ente contratante."

Para probar el elemento subordinación en la vinculación de la actora, se allegaron las mismas pruebas testimoniales descritas anteriormente, de los señores EDELBERTO DE JESUS SÁNCHEZ, JOSÉ OMAR PINEDA, ROBERTO SERNA y JULIAN ARIAS, quienes manifestaron que veían a la señora MARIA ORFILIA trabajando en la Estación de Policía de Risaralda, desempeñando las labores de aseo, que su jefe inmediato era el Comandante de turno, indicaron además, que laboraba de lunes a sábado y cumplía un horario entre las 7:00 u 8:00 a.m. hasta las 2:00 ó 3:00 p.m., de igual forma debía pedir permiso al Comandante para ausentarse de la Estación en horas laborales por ser su jefe inmediato.

Del análisis de tales testimonios, se evidencia, que la labor desempeñada por la señora MARIA ORFILIA, estuvo sujeta de manera inmediata, a la subordinación, pues la demandante tenía que cumplir con el trabajo asignado y con un horario, lo que denota la configuración del elemento de subordinación, pero respecto con el Comandante de Turno, más no con el ordenador del gasto.

En el *sub judice* el ordenador del gasto es el Comandante de la Policía Metropolitana de Manizales, según los actos de delegación otorgados por el Director General de la Policía Nacional, ello en virtud del artículo 51 de la Ley 179 de 1994 que modificó el artículo 91 de la Ley 38 de 1989:

"Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal

a que se refieren la Constitución Política y la ley. **Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones legales vigentes**".

(...)"

Es así que el Director General de la Policía Nacional de Colombia, está facultado para delegar en algunos funcionarios del nivel directivo; en este caso al Comandante de la Policía Metropolitana de Manizales, la competencia para contratar, comprometer y ordenar el gasto, en desarrollo de las apropiaciones incorporadas al presupuesto de la Policía Nacional.

Y en virtud de tal delegación, los Comandantes de Policía Metropolitana, en calidad de ordenadores del gasto por delegación, también están facultados para adquirir servicios que no requieren contrato por escrito, como se cita en el artículo 67 del Decreto 2203 de 1993⁷:

"ARTICULO 67. ADQUISICION DE BIENES Y SERVICIOS. Para la adquisición de bienes y servicios que no requieren de contrato escrito y que deban efectuarse para satisfacer las necesidades de la Policía Nacional, se faculta a los mismos funcionarios ordenadores del gasto, de conformidad con la delegación que señale el Ministro de Defensa Nacional."

De acuerdo a lo anterior no se acredita en el plenario que entre el ordenador del gasto; esto es; el COMANDANTE DE POLICÍA METROPOLITANA DE MANIZALES y la señora MARIA ORFILIA LOAIZA BEDOYA hayan celebrado un contrato de prestación de servicio para desempeñar las labores de servicios generales (aseo), ni tampoco la subordinación o dependencia entre aquél y la demandante.

Incluso, considera el Despacho que las labores que realizaba la demandante no se trataban de aquellas propias del giro normal y obligatorio de la Policía Nacional, como quiera que su fin principal es "... prestar un servicio público de carácter permanente, de naturaleza civil y a cargo de la Nación. Su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas para asegurar la paz ciudadana", ello de conformidad con el Artículo 5 de la Ley 62 de 1993⁸.

⁷ "Por el cual se desarrollan la estructura orgánica y las funciones de la policía nacional y se dictan otras disposiciones".

⁸ "Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la

Y la función general es la de "...proteger a todas las personas residentes en Colombia, garantizar el ejercicio de las libertades públicas y los derechos que de éstas se deriven, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas y ejercer, de manera permanente, las funciones de: Policía Judicial, respecto de los delitos y contravenciones: educativa, a través de orientación a la comunidad en el respeto a la ley; preventiva, de la comisión de hechos punibles; de solidaridad entre la Policía y la comunidad; de atención al menor, de vigilancia urbana, rural y cívica; de coordinación penitenciaria; y, de vigilancia y protección de los recursos naturales relacionados con la calidad del medio ambiente, la ecología y el ornato público, en los ámbitos urbano y rural." Artículo 19 de la Ley 62 de 1993.

De tal forma que, para adquirir servicios diferentes a las funciones misionales de la institución, en el presente caso, directamente el Comandante de Policía Metropolitana de Manizales, debe dar cumplimiento al artículo 67 del Decreto 2203 de 1993 si para la prestación del servicio no se requiere contrato por escrito para satisfacer necesidades de la Policía, o a través del sistema de contratación pública regulado por la Ley 80 de 1993, 1150 de 1997 y 1474 de 2011 en sus diferentes modalidades (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, convenios o **contratos interadministrativos**, mínima cuantía Decreto 1082 de 2015). Ello en virtud que todos los procesos de contratación que se adelanten en la Policía Nacional, deberán sujetarse en su formación, desarrollo y ejecución, a las normas contenidas en las mencionadas leyes, los decretos reglamentarios y los manuales de contratación expedidos por la Policía Nacional.

Pero como se mencionó, no se advierte en el presente caso que entre el Comandante de Policía Metropolitana de Manizales y la señora MARIA ORFILIA hayan firmado un contrato de prestación de servicios bajo alguna modalidad de las enunciadas, para desarrollar las funciones de limpieza de la Estación de Policía de Risaralda, Caldas.

Así las cosas, en el presente asunto no es aplicable el principio de «la primacía de la realidad sobre formalidades», pues si bien la demandante desarrollaba personalmente las funciones de limpieza en la Estación de Policía de Risaralda, Caldas, dentro de un horario establecido; la remuneración la recibía por parte del Comandante de paso, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia pero del mismo comandante, mas no del ordenador del gasto que en este caso es el Comandante de la Policía Metropolitana de Manizales.

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República".

3.4. Conclusión:

En ese sentido, se concluye, sin efectuar mayor disquisición, que entre LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, y la señora MARIA ORFILIA LOAIZA DE BEDOYA, no existió una verdadera relación laboral, en tanto; si bien, el servicio lo prestó de manera personal, percibió por ello una remuneración, no se probó que mediara un contrato y que el pago fuera suministrado directamente por el delegado del ordenador del gasto de la Policía; esto es, por el COMANDANTE DE POLICÍA METROPOLITANA DE MANIZALES, como tampoco le impartiera las órdenes o directrices de las labores a realizar, pues vuelve y se reitera que la subordinación la tuvo la demandante con el Comandante de turno de la Estación de Policía en cumplimiento de las obligaciones contractuales que de manera verbal realizaron ambos.

En consecuencia, se declarará probada la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, en **sentido material**⁹ propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, en virtud que no quedó demostrada la conexión entre la parte demandada y el petitum y la situación fáctica objeto del presente litigio.

3.5. Costas.

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la demanda se presentó con fundamentos razonables, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, propuesta por LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por lo brevemente analizado en este fallo.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que bajo el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuso la señora MARIA ORFILIA LOAIZA DE BEDOYA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO

⁹ La legitimación en la causa se concibe desde dos vertientes: la llamada legitimación de hecho y la material. La primera, la de hecho, se establece a partir de la relación procesal que el petitum y la causa petendi generan entre las partes procesales, concretamente, el demandante y demandado; es decir, se está en el típico terreno de la relación jurídica procesal únicamente. En cambio, la legitimación material responde al criterio de efectividad, esto es, a la participación real de las personas en la situación jurídica (acto, hecho, conducta etc.) que da origen a la demanda, sin importar si accionó o no, para el caso del demandante, o si fue demandado o no, cuando se trata de la parte pasiva". Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-31-000-2011-00341-04

DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL por los motivos expuestos en la parte considerativa.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS por lo expuesto.

CUARTO: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso. La Secretaría liquidará los gastos del proceso, si quedaren remanentes efectúese su devolución.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4975c13173e4e1569d2ead56aab2717ebd87bb05fdd63bb0d5eef5e1d27a6822**

Documento generado en 30/06/2022 12:56:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL: ACCIÓN POPULAR
RADICACIÓN: 17001-33-33-004-2022-00067
ACCIONANTE: OMAR ALEXANDER CASTELLANOS (Personero Municipal de San José - Caldas)
ACCIONADO: DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA No. 099

1. ASUNTO

De conformidad con el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, el Despacho procede a pronunciarse sobre el pacto de cumplimiento al que llegaron las partes dentro de la audiencia celebrada en el marco de la acción popular de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

Solicita el accionante proteger los derechos colectivos a *la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público*, y en consecuencia, ordenar al DEPARTAMENTO DE CALDAS que adopte las medidas administrativas, presupuestales y técnicas que conlleven a las obras de infraestructura que solucionen la pérdida de banca y que la vía quede transitable, en el sector de "El bosque", en la vía que conduce del Municipio de San José al Municipio de Viterbo - Caldas.

2.2. Fundamentos fácticos:

En resumen los fundamentos de hecho de la demanda son los siguientes:

- Que del Municipio de San José al Municipio de Viterbo – Caldas existe una vía del orden departamental, la cual permite el acceso de la comunidad desde las veredas El Bosque, Morro Azul El Vaticano, La Primavera, entre otros, hacia el casco urbano de los Municipios de San José, Belalcázar, Risaralda y Manizales.

- La vía, hace aproximadamente 3 años, viene presentando pérdida de la banca, a la altura de la vereda El Bosque, y a raíz de los deslizamientos presenta un riesgo para los transeúntes.
- Que mediante peticiones presentadas en julio y noviembre de 2021 se solicitó a la Gobernación de Caldas la intervención de la vía, a lo que la entidad respondió que se realizó visita técnica, de donde se seguirían los estudios pertinentes para dar solución definitiva.
- Que Corpocaldas, en informe de julio de 2021, recomendó, por tratarse de una vía departamental que comunica varios cascos urbanos del occidente de Caldas, llevar a cabo un estudio geológico-geotécnico que permita determinar las causas de los procesos de inestabilidad, los mecanismos de falla imperantes y las recomendaciones para reducir y corregir la inestabilidad observada.
- Que al momento de las solicitudes la vía ya presentaba riesgo, pero a la fecha el peligro es inminente y no existe en el punto, más allá de unas cintas de peligro, un personal que controle los vehículos que pueden pasar o no, así como advertencias del peligro inminente.
- Que por la citada vía transitan camiones, vehículos, camperos, comunidad y hasta tractomulas, sin ningún control.
- Finalmente indicó que, la vía cada vez presenta más pérdida de la banca y por tanto más peligro, sin observar acciones claras por parte de la Gobernación de Caldas que conlleven a soluciones reales y que atiendan de fondo las solicitudes que se le han elevado.

2.3. Contestación de la demanda:

DEPARTAMENTO DE CALDAS

En primer lugar, señaló que se opone a cada una de las pretensiones. Seguidamente manifiesta que la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Caldas, después de realizar varias visitas con ingenieros especialistas en geotecnia, y siguiendo la recomendación, priorizó la realización de los Estudios y Diseños de las obras que se deben ejecutar para resolver la problemática que se presenta en el K4+800 de la vía San José – Viterbo, sector El Bosque, y que de acuerdo con los resultados que arrojen estos estudios y diseños, se gestionarán los dineros necesarios para contratar las obras que resuelvan definitivamente el problema que se presenta en la vía.

Agregó que, el sitio se ha señalizado indicando a los usuarios de la vía el peligro que esta representa y se ha restringido el paso de vehículos con un peso superior a 18 toneladas, de acuerdo con la resolución número 1287-4 del 17 de marzo de 2022; que para informar a la comunidad en general de esta restricción se han instalado pasacalles informativos en los sitios conocidos como El Crucero y Asia.

Por último, indicó que la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Caldas ha estado monitoreando todas las vías del Departamento, ya que por el intenso y prolongado invierno que azota a la nación se han presentado innumerables problemas en estas vías, específicamente, en la sub-región Occidente, pero se ha tenido muy presente el problema que se presenta en la vía San José –Viterbo y se han priorizado los Estudios y Diseños y las obras que se deben construir en el sector el Bosque para solucionar definitivamente el problema.

2.4. Audiencia de Pacto de Cumplimiento:

La audiencia de Pacto de Cumplimiento se llevó a cabo el 29 de junio de 2022, con la participación de todas las partes a través del Personero Municipal de San José - Caldas, la apoderada y el delegado del Departamento de Caldas, así como la representante del Ministerio Público. En ella se presentaron las razones de la acción, así como las acciones a realizar por la Gobernación de Caldas, con el fin de proteger los derechos vulnerados. En favor de lo anterior, la entidad accionada propuso una fórmula de pacto que fue aceptada por el actor popular y contó con el visto bueno del Ministerio Público.

3. CONSIDERACIONES

3.1 El fondo del asunto:

Es imperante previo al análisis concreto de lo acordado por las partes en esta actuación, hacer una breve referencia al marco jurídico y normativo sobre lo que es objeto de pronunciamiento en esta etapa procesal.

De conformidad con el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política las Acciones Populares, reglamentadas por la Ley 472 de 1998, tienen por finalidad proteger derechos e intereses colectivos, en aquellos eventos en que se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares.

Se trata de una acción principal, preventiva, bajo el supuesto jurídico en el que un derecho colectivo está siendo amenazado y restitutiva, cuando el derecho colectivo está siendo violado, con el propósito de que vuelvan las cosas al estado anterior. Por lo antepuesto, el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 472 de 1998 establece que éstas "*... se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible*".

Ahora bien, en la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, son los siguientes:

a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.

b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.

c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la ley 472 de 1998.

e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

Como lo ha precisado el H. Consejo de Estado "... el punto de partida del juez en sede de la acción popular parte de la constatación efectiva de que un derecho o interés colectivo de aquellos establecidos constitucional o legalmente, se vea afectado o amenazado por una actividad pública o particular; una vez verificado este requisito, el fallador puede entrar a analizar los supuestos fácticos y jurídicos para determinar cuáles deben ser las medidas pertinentes, oportunas y procedentes que se deben decretar en la sentencia".

En relación con el contenido de los derechos colectivos invocados, debe tenerse en cuenta que el artículo 7º de la Ley 472 de 1998 señala que su interpretación y la forma como deben aplicarse debe efectuarse "de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia". (Subraya el Despacho).

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

La presente acción se predica, según los hechos del libelo, por la problemática de inestabilidad que presenta la carretera que conduce del Municipio de San José al Municipio de Viterbo (Caldas), específicamente en el sector "El Bosque", que por su mal estado pone en alto riesgo a quienes la transitan.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hará referencia a los siguientes derechos colectivos:

- Prevención de desastres técnicamente previsibles:

Respecto a la seguridad y prevención de desastres se ha dicho lo siguiente:

“La seguridad pública es uno de los elementos que tradicionalmente se identifican como constitutivo del orden público y, por tanto, como uno de los objetos a proteger por parte del poder de policía. En la doctrina se le delimita como ausencia de riesgos de accidentes, como la prevención de accidentes de diversos tipo y de flagelos humanos y naturales, v.g., incendios, inundaciones, accidentes de tránsito, etc., lo mismo que como la prevención de atentados contra la seguridad del Estado. Por lo anotado, y por su expresa inclusión en el artículo 4° de la Ley 472 de 1.998, es claro que la seguridad pública es un derecho colectivo, y como tal comporta el interés de todas las personas residentes en Colombia por que se remueven todas las circunstancias que amenacen o vulneren este derecho”¹

Igualmente se ha dicho que:

“El cumplimiento de los deberes del Estado y de sus autoridades de proteger a las personas residentes en Colombia “en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” (art. 2 C.P.), no se limita a atender los desastres que ocurran sino también –y esto es quizá más importante- a prevenirlos. Tomar las medidas necesarias para prevenir los desastres o para atenuar sus efectos constituye objetivo fundamental del Estado y esto se ha hecho explícito en las normas que regulan el cumplimiento de esa obligación (...)”²

La prevención de accidentes frente a la eventual ocurrencia de contingencias a cargo de las autoridades territoriales a través de la ejecución de obras, se ajusta al alcance de los derechos colectivos invocados, desde un sentido amplio del cumplimiento de la finalidad del Estado que establece el artículo 365 de la Carta Fundamental.

El derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente pretende garantizar que la sociedad no esté expuesta a padecer posibles o inminentes alteraciones de las condiciones normales de vida o daños graves causados *“por fenómenos naturales y efectos catastróficos de la acción accidental del hombre, que demanden acciones preventivas, restablecedoras, de carácter humanitario o social, constituyéndose en un derecho de naturaleza eminentemente preventiva”³.*

¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 13 de julio de 2.000, Rad. AP-055, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

² Sección Tercera, sentencia del 10 de mayo de 2001, Rad. AP-31 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

³ Fallo 1330 de 2011 Consejo de Estado.

El derecho al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público:

Como se desprende de los artículos 63, 82, 102 y 332 de la Constitución Política los bienes de uso público son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de todos los habitantes en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización.

El H. Consejo de Estado ha precisado sobre el derecho colectivo al goce del espacio público lo siguiente⁴:

"...para entender el significado y el núcleo de protección de interés colectivo de protección al espacio público y el derecho al goce del mismo, es necesario referirse al artículo 5º de la Ley 9ª de 1989 que define el concepto así:

"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 individuales de los habitantes. Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular..."

Con base en lo anterior, se deduce que el concepto de espacio público involucra una serie de elementos que definen el uso colectivo de los bienes. Así, hacen parte del espacio público aquellas áreas que se construyen para el uso peatonal, de tal manera que pueden separar las vías públicas y los inmuebles de uso privado y particular. De igual manera, estas zonas permiten la libre locomoción de las personas, favorecen su seguridad personal y comunican las vías en una ciudad planificada.

En este mismo sentido, el artículo 1º del Decreto 605 de 1996 definió el concepto de vía pública así:

"Son las áreas destinadas al tránsito público, vehicular o peatonal, o efectuadas por él, que componen la infraestructura vial de la ciudad y que comprende; avenida, calles, carreras, transversales, diagonales, calzadas, separadores, sardineles, andenes incluyendo las zonas verdes de los separadores viales, puentes vehiculares y peatonales o cualquier otra combinación de los mismos elementos que puedan extenderse entre una y otra línea de las edificaciones".

En reciente pronunciamiento la alta corporación⁵, precisó sobre el uso de las vías:

"De otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido a la protección y naturaleza colectiva de los derechos relacionados con el libre tránsito y la utilización en condiciones adecuadas de las vías públicas, como puede observarse en las siguientes providencias.

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, C. P. Darío Quiñones Pinilla, treinta (30) de abril de dos mil tres (2003), Rad. 25000-23-24-000-2002-0190-01(AP).

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, C. P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020), Rad. 85001-23-33-000-2018-00091-01(AP)

Esta Sección, mediante sentencia de 18 de febrero de 2010 (M.P: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta)⁶, amparó el derecho colectivo al goce del espacio público, ahondando en su consideración y alcance, de conformidad con las siguientes consideraciones:

*"[...]. De otra parte, **según el artículo 82 de la Constitución Política, el Estado debe velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés general.** (...)*

*"Artículo 3°. **El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:***

a) Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo;

b) Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público;

c) Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este decreto."

En efecto, es claro que las vías vehiculares cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional son bienes de uso público."

3.2. De la audiencia de Pacto de Cumplimiento:

Ahora bien, como uno de los principios que deben guiar el trámite del proceso están los de publicidad, celeridad, economía y eficacia, el legislador estableció la denominada **AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO** que constituye una forma anticipada de poner fin al proceso, mediante mecanismos de concertación, de amigable composición, de conciliación, en la que las partes se acercan a través de compromisos mediante los cuales se atiendan las pretensiones.

El artículo 27 de la Ley 472 a la letra dice:

"El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable o de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria".

"La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes hará que incurran en causal de mala conducta,

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 18 de febrero de 2010, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Rad. N.º 25000-23-24-000-2004-01094-00(AP).

sancionable con destitución del cargo”.

“Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determinará la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y al restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible”.

“El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, estos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas”.

“La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos: a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas; b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento, y c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento”.

“En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a)”.

“La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas. El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto”.

El H. Consejo de Estado⁷ ha precisado que el Pacto de Cumplimiento constituye uno de los mecanismos para la solución de conflictos dentro del trámite de la acción popular, que permite acercar a las partes para que éstas puedan por sí mismas, aunque con la orientación imparcial del juez, llegar a un acuerdo que finalice el litigio, resuelva la controversia y haga tránsito a cosa juzgada; lo cual además evita el desgaste del aparato judicial generando un ahorro para la administración de justicia y colabora con la misión superior de propiciar la paz, pues éste es ante todo un mecanismo pacífico y no litigioso de precaver los conflictos o solucionar los existentes.

Se precisa entonces que la Ley 472 de 1998, busca que las partes dentro de una acción popular puedan por si mismas arreglar sus conflictos, lo cual es de una importancia mayúscula en este tipo de acciones, pues si su finalidad es la protección de los derechos e intereses colectivos, el contar con una herramienta aún más ágil que el mismo trámite de la acción

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, mayo veintisiete (27) de dos mil cuatro (2004), radicación número: 66001-23-31-000-2002-00770-01(ap).

popular -el cual goza de trámite preferencial, según el artículo 6 de la Ley en cita- lleva a que dicha protección se obtenga de la manera más expedita posible.

Respecto a los requisitos que debe reunir un acuerdo celebrado dentro de la audiencia regulada por el artículo 27 de la Ley 472 de 1998 para ser aprobado, se tiene lo siguiente⁸:

- ☞ Las partes deberán formular un proyecto de pacto de cumplimiento.
- ☞ A su celebración deberán concurrir todas las partes interesadas
- ☞ Se debe determinar la forma de protección de los derechos colectivos que se señalan como vulnerados
- ☞ Cuando sea posible, determinar la forma en que se restablezcan las cosas a su estado anterior
- ☞ Las correcciones realizadas por el juez al pacto deberán contar con el consentimiento de las partes

Teniendo en cuenta lo expuesto, se determinará si en el presente asunto se dan los requisitos antes enunciados que permitan aprobar el acuerdo celebrado en la diligencia **llevada a cabo el 29 de junio de 2022**:

- Que las partes hubieren formulado un proyecto de pacto de cumplimiento:

Se observa que en desarrollo de la audiencia, se hizo un resumen de los supuestos facticos y de las pretensiones que son objeto de esta acción, resaltando que la autoridad accionada estuvo muy receptiva a la hora de analizar la problemática planteada por el personero demandante y a proponer soluciones al respecto.

- A su celebración deberán concurrir todas las partes interesadas:

Se tiene que a la audiencia asistió el Personero Municipal de San José - Caldas, Dr. OMAR ALEXANDER CASTELLANOS, en calidad de accionante, el delegado del Gobernador de Caldas Dr. JHON JAIRO GÓMEZ ARIAS (Secretario de Infraestructura), la Dra. CLEMENCIA ESCOBAR GÓMEZ, apoderada del Departamento de Caldas, igualmente la Procuradora Judicial para Asuntos Administrativos.

- Se debe determinar la forma de protección de los derechos colectivos que se señalan como vulnerados:

La propuesta del Departamento de Caldas, frente a las pretensiones del accionante, se concretó en la realización de los estudios previos y posteriormente las obras necesarias para mitigar el riesgo, llegando al siguiente compromiso, el cual se encuentra expreso en acta del comité de conciliación de la entidad del 08 de junio de 2022:

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009), radicación número: AP- 23000-12-33-1000-2004-00618-01.

"En la vía ASIA – LAS MARGARITAS, municipio de San José, específicamente sobre el punto crítico denominado EL BOSQUE, se realizaron los estudios técnicos correspondientes a la problemática presentada, y a la fecha, por parte del equipo técnico estructurador se propusieron obras de intervención para mitigación que versan sobre lo siguiente:

- Control y canalización de aguas de escorrentía en el sitio.
- Rehabilitación de alcantarillas y obras transversales actualmente tapadas.
- Intervención con bioingeniería en las zonas erosionadas.

De acuerdo con el diagnóstico, se estimó un costo directo e indirecto de las obras por un valor de OCHENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL TESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE (\$85.773.338) y para ello se tendrá el término aproximado es de tres (03) meses.

Así pues, teniendo en cuenta los estudios y diseños se contratarán las obras y que serán ejecutadas en la vigencia 2023.

En conclusión, se tiene un compromiso irrevocable por parte de esta Secretaría de adelantar todas las acciones tendientes y dentro de las posibilidades presupuestales, para intervenir el punto crítico en mención durante la vigencia del 2023, y que, para firmeza de ello, se realice seguimiento constante por parte del comité de pacto de cumplimiento, quedando como responsabilidad de esta Entidad informar el estado del proceso cada que se requiera."

El delegado y la apoderada del Departamento explicaron y ampliaron la anterior propuesta, indicando que en una primera etapa se realizarán unas obras de mitigación para lo cual se hará un proceso de selección abreviada, esta etapa se agotará en tres (3) meses, posteriormente se harán los estudios y diseños en otros tres (3) meses, por tanto, las dos etapas se ejecutarán en el segundo semestre del presente año, así se proyectará el presupuesto para ejecutar las obras definitivas en la vigencia 2023.

El accionante, afirmó estar de acuerdo con las acciones a tomar por parte del DEPARTAMENTO DE CALDAS y acepta la propuesta de pacto de cumplimiento, haciendo énfasis en que se debe prevenir el riesgo implementando más señalización en la vía, restringiendo el paso de vehículos de carga pesada.

Al respecto, la entidad accionada expuso que ya tienen pasacalles de señalización y restricción en ambos sentidos de la vía y que implementará una señalización más amplia.

La Dra. Catalina Gómez (Procuradora) manifiesta que están dadas las condiciones para llegar a un acuerdo de pacto.

Se observa que el pacto celebrado reúne las condiciones para su aprobación, teniendo en cuenta el cumplimiento de los presupuestos antes referenciados. Pues advierte el despacho que el Departamento de Caldas, tiene un plan concreto, por etapas, que se iniciará

inmediatamente para que las obras puedan ser realizadas en la vigencia 2023; de otro lado, se observa que la entidad ha desplegado acciones para advertir del peligro a los transeúntes, ya que se ubicaron pasacalles en la vía que informan de la reducción de la calzada por pérdida de banca y que solo hay paso para vehículos livianos.

Adicionalmente se debe decir que la propuesta de la entidad accionada, parte del reconocimiento de la problemática y de lo urgente de la intervención, comprometiéndose a desplegar acciones concretas y con un límite en el tiempo, para así cesar la vulneración de los derechos colectivos invocados, acciones que podrán ser verificadas por el comité de verificación de cumplimiento del cual hará parte el demandante.

Siendo ello así, se aprobará el pacto celebrado.

Costas:

Encuentra el Juzgado que como la presente controversia culminó con un pacto de cumplimiento donde ambas proponen fórmulas y las mismas son aprobadas en sentencia, se entiende que no hay parte vencida. Así lo ha precisado el Consejo de Estado. Al respecto:

“En el caso sub examine la Sala considera que no hay lugar a condenar en costas a las entidades demandadas por los gastos en que incurrió la demandante durante el proceso, pues como lo definió en oportunidad precedente ésta Sección, cuando una acción popular termina con un pacto de cumplimiento, donde se señalaron fórmulas de arreglo, y este es aprobado mediante sentencia, no existe parte vencida, y por lo tanto, no es procedente la condena en costas, atendiendo las normas citadas del Código de Procedimiento Civil...”⁹

Por tanto, no hay condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: APROBAR EL PACTO DE CUMPLIMIENTO acordado en audiencia del 29 de junio de 2022, dentro de la presente **ACCIÓN POPULAR** instaurada por el señor personero **OMAR ALEXANDER CASTELLANOS (Personero Municipal de San José - Caldas)**, en contra del **DEPARTAMENTO CALDAS**, en la cual se acordó lo siguiente:

“En la vía ASIA – LAS MARGARITAS, municipio de San José, específicamente sobre el punto crítico denominado EL BOSQUE, se realizaron los estudios técnicos correspondientes a la problemática presentada, y a la fecha, por parte del equipo técnico

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012), Radicación número: 730012331000-2010-00718-01(AP).

estructurador se propusieron obras de intervención para mitigación que versan sobre lo siguiente:

- Control y canalización de aguas de escorrentía en el sitio.
- Rehabilitación de alcantarillas y obras transversales actualmente tapadas.
- Intervención con bioingeniería en las zonas erosionadas.

De acuerdo con el diagnóstico, se estimó un costo directo e indirecto de las obras por un valor de OCHENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL TESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE (\$85.773.338) y para ello se tendrá el término aproximado es de tres (03) meses.

Así pues, teniendo en cuenta los estudios y diseños se contratarán las obras y que serán ejecutadas en la vigencia 2023.

En conclusión, se tiene un compromiso irrevocable por parte de esta Secretaría de adelantar todas las acciones tendientes y dentro de las posibilidades presupuestales, para intervenir el punto crítico en mención durante la vigencia del 2023, y que, para firmeza de ello, se realice seguimiento constante por parte del comité de pacto de cumplimiento, quedando como responsabilidad de esta Entidad informar el estado del proceso cada que se requiera."

El delegado y la apoderada del Departamento explicaron y ampliaron la anterior propuesta, indicando que en una primera etapa se realizarán unas obras de mitigación para lo cual se hará un proceso de selección abreviada, esta etapa se agotará en tres (3) meses, posteriormente se harán los estudios y diseños en otros tres (3) meses, por tanto, las dos etapas se ejecutarán en el segundo semestre del presente año, así se proyectará el presupuesto para ejecutar las obras definitivas en la vigencia 2023.

SEGUNDO: La Auditoría del Pacto la realizará un Comité conformado por un representante del Departamento de Caldas, la Procuraduría, el accionante y la Defensoría del Pueblo.

TERCERO: SE ORDENA la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional a cargo del DEPARTAMENTO DE CALDAS; hecho lo anterior, deberá enviar constancia de la publicación con destino al expediente.

CUARTO: SIN COSTAS, según lo indicado en la parte motiva.

QUINTO: Para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998 se enviará copia del escrito de acción popular, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

SEXTO: NOTIFÍQUESE la presente providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

María Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cf117a367f939160dc60c1bde66c91fddd08a84a6255878d7ab24c5628145ee**

Documento generado en 30/06/2022 12:56:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, junio treinta (30) de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control:	Reparación Directa
Radicación	17001333300420160004400
Demandantes	MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN y OTROS
Demandados	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, DEPARTAMENTO DE CALDAS y MUNICIPIO DE MARMATO
Llamada en Garantía	AXA COLPATRIA SEGUROS S.A
Sentencia	101

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones:

- Que se declare administrativamente responsables al MUNICIPIO DE MARMATO, CALDAS y/o al DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA y/o a la NACIÓN- INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVÍAS, por la falla en el servicio de mantenimiento y señalización y seguridad de la vía que del Municipio de Marmato conduce a Medellín, específicamente en el sector vía Cauyá –La Pintada en el kilómetro 77+850, omisión que originó el accidente en el cual el señor MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN quedo con secuelas de carácter permanente.

- Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes condenas:

Perjuicios morales: Cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los señores:

- MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN.
- MARIA CARMENZA TOBÓN RESTREPO.
- JAIME DE JESÚS URIBE GUEVARA.

Perjuicios Fisiológicos:

(Daño a la vida de relación) por cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN.

(Daño a la vida de relación) por cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los señores:

- MARIA CARMENZA TOBÓN RESTREPO y
- JAIME DE JESÚS URIBE GUEVARA

Total indemnización por perjuicios morales y perjuicios fisiológicos: 500 (QUINIENTOS) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de la sentencia.

Perjuicios materiales:

Lucro cesante:

Lucro cesante consolidado.

El señor MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN contribuía para el sustento diario de él y de sus padres devengando para la fecha de los hechos un promedio mensual de SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL PESOS (\$665.000) M/CTE, desempeñándose como operador logístico, obligaciones cuyo cumplimiento se vio interrumpido por el accidente en que resultó severamente lesionado.

Total, indemnización por lucro cesante futuro: \$127.088.387 (CIENTO VEINTISIETE MILLONES OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL PESOS)

Daño emergente:

Teniendo en cuenta que el demandante incurrió en gastos para su recuperación que no fueron cubiertos por su EPS calculó este gasto en la suma de \$5.000.000 (CINCO MILLONES DE PESOS).

Total, indemnización por perjuicios materiales: \$148.496.350 (CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS).

TERCERA: Se actualice la condena de conformidad con lo establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Hechos relevantes:

- Se indica que el día 21 de noviembre de 2013 a las 4:30 p.m. (sic) el señor MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN se desplazaba en la motocicleta de matrícula FRH61, de marca KAWASAKI, modelo 2000, línea MAGIC 110 mt 1, en compañía del señor SEBASTIÁN CARO, con quien se dirigía

hacia la ciudad de Medellín por la vía nacional denominada Panamericana, y en el momento en que se movilizaban entre el corregimiento La Felisa de Supía Caldas y el Municipio de La Pintada - Antioquia, en el sector denominado Arquía, sector de La Cauya kilómetro 77+850, chocaron de forma imprevista con una enorme roca que ocupaba casi todo el carril por el que transitaban.

- Se dijo igualmente que, aparentemente en el sitio del accidente se presentan con frecuencia deslizamientos de sus partes laterales y caída de piedras desde la parte alta de la montaña; pese a ello, para la fecha de los hechos no existía en el sector señalización que advirtiera a los usuarios de la carretera del peligro que constituía transitar por allí.
- Que, debido al accidente, el accionante sufrió varias fracturas en la pierna izquierda, por lo cual fue trasladado hacia el Hospital San Lorenzo de Supía Caldas y luego al Hospital de Caldas, donde estuvo hospitalizado durante 2 meses, dándosele de alta el 14 de enero de 2014.
- Manifiesta que la EPS no cubrió el transporte de la ambulancia cuando fue dado de alta; que después estuvo sin moverse durante 6 meses en una cama. Posteriormente comenzó con las terapias para poder flexionar la rodilla, la EPS autorizaba las terapias pero persistía un problema respecto de los desplazamientos, en tanto debía trasladarse a la ciudad de Manizales a diario para dicho procedimiento, a raíz de lo cual, los gastos del tratamiento se incrementaron. Ante esta situación los padres de MICHAEL STEVEN comenzaron a pagar las terapias de recuperación de forma particular en Supía- Caldas.
- El 1º de diciembre de 2014 se extraen los tutores de la pierna de MICHAEL STEVEN con los cuales estuvo por un año y 15 días; la operación se realizó en la Clínica Versailles; en este evento estuvo hospitalizado 3 días, le dieron de alta y al mes pudo hacer fuerza con la pierna, retomando las terapias hasta el día de hoy (presentación demanda)
- Agregó que, para la época del accidente, el señor URIBE TOBÓN se desempeñaba en el cargo de operador logístico en la Empresa Marketing Personal como empleado en misión de la Empresa Tiempo SAS, con una asignación básica mensual de \$665.000,00.
- El señor URIBE TOBÓN era un asiduo practicante de futbol, actividad que no podrá desarrollar en el futuro debido a las lesiones de carácter permanente sufridas en el accidente.
- Reiteró la responsabilidad administrativa por los hechos en cabeza del Municipio de Marmato- Caldas, del Departamento de Caldas y del Instituto Nacional de Vías- Inviás, por la falla en el servicio en el mantenimiento, señalización y seguridad de la vía que del Municipio de Marmato conduce a Medellín, específicamente en el sector vía La Cauyá - La Pintada en el kilómetro 77+850, omisión que originó el accidente en el cual el señor URIBE TOBÓN quedó con secuelas de carácter permanente.

2.3. Contestación de la demanda:

2.3.1 INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVÍAS (Pdf 03)

Presentó oposición a las pretensiones de la demanda, pues considera que la entidad siempre ha tenido en excelente estado de mantenimiento y señalización de las vías a su cargo.

Frente a los hechos indicó no aceptar ninguno de ellos y manifestó estarse a lo que resulte probado en el proceso.

En su pronunciamiento indica inicialmente, no haberse presentado prueba que demuestre que el señor MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN se encontraba en el sitio señalado en la demanda, esto es, con el "*Informe de Accidente de Tránsito*" exigido para estos casos y adoptado por el Ministerio del Transporte mediante resolución No. 011268 del 06 de diciembre de 2012, en el cual se deben informar todos los aspectos relacionados con el accidente de tránsito, tales como el estado de la carretera, las condiciones de iluminación y el tipo de señalización, así como el croquis o bosquejo topográfico del accidente.

Afirma que era una obligación legal que al accionante se le hubiera practicado el examen de sangre con el fin de determinar o no el grado de embriaguez al momento de los hechos, por lo que esta omisión impide saber cuál era el verdadero estado anímico de dicho ciudadano y su idoneidad para conducir un vehículo en esa fecha.

Indica que a la actuación fue aportada la fotografía de lo que al parecer es una roca en el centro de una vía, pero no se sabe a ciencia cierta, la fecha en que dicha fotografía fue tomada, quien la tomó, si fue o no tomada el día y hora exacta de los hechos, el kilómetro o punto de referencia en donde se encontraba la supuesta roca.

Señala que existen inconsistencias entre lo señalado por el accionante del sitio donde se encontraba la roca y lo certificado por el Cuerpo de Bomberos de Supía- Caldas.

Así mismo refiere que la constancia informando accidente de tránsito realizada por la Inspección de Tránsito y Transporte del Municipio de Supía- Caldas, no cumple con lo exigido en el formato de Informe de Accidentes de Tránsito, adoptado por el Ministerio de Transporte. Tampoco se registraron las condiciones de la motocicleta, el estado de la vía, ni reporta la infracción que estaba cometiendo el accionante, pues de conformidad con el artículo 94 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, las motocicletas deben transitar con un metro de distancia de la acera u orilla.

Explica que las condiciones de la vía en el sector Cauyá- La Pintada siempre han sido sometidas a un adecuado mantenimiento, conservación y señalización, a través de los contratos de mantenimiento integral, de interventoría, de mantenimiento rutinario, de administración vial que el

Instituto Nacional de Vías- Invías había suscrito para mantener en óptimas condiciones de transitabilidad de esa vía.

El Instituto Nacional de Vías antes de la ocurrencia de los hechos tenía suscrito y en plena ejecución el contrato No. 1302 del 19 de septiembre de 2012, con la Cooperativa de Trabajo Asociado La Playa Limitada, cuyo objeto era el *“mantenimiento rutinario a través de microempresas en las vías a cargo del Instituto Nacional de Vías, Dirección Territorial Caldas, Módulo 2: 2508 Riosucio Arquía, PR 40+0000-PR-80+000”*.

También el Instituto Nacional de Vías, antes de la ocurrencia de los hechos, celebró con el señor FERNANDO MEJÍA NOREÑA, el contrato No. 642 de 2013, cuyo objeto era la *“SEÑALIZACIÓN VIAL CARRETERA TRES PUERTAS- LA ESTRELLA 50CLO2 Y CARRETERA CAUYA - LA PINTADA 2508 DIRECCIÓN TERRITORIAL CALDAS”*; que la orden de iniciación fue dada el 03 de julio de 2013, contrato que tuvo un plazo de 2 meses.

Concluye que no puede la parte actora imputar responsabilidad extracontractual en contra del Instituto Nacional de Vías, por una supuesta omisión que originó un accidente en el cual el señor URIBE TOBÓN quedó con secuelas permanentes sin fundamento fáctico y legal alguno, pues el presunto obstáculo (roca) que se afirma se encontraba en la vía ya descrita, exactamente en el kilómetro 77+850, le precede una tangente de aproximadamente 100 metros, esta situación le permitía al conductor accidentado la posibilidad de observar el presunto obstáculo, con mucha anticipación, quien de acuerdo a la hora en que se desplazaba por este sector, esto es, a las 4:30 a.m., tenía que conducir a una velocidad máxima de 30 kilómetros por hora. La distancia o campo de visibilidad del cual gozaba el motociclista accidentado, era más que suficiente para que tomara una maniobra defensiva, para salvar exitosamente el presunto obstáculo con el cual afirma chocó.

Agregó además que el señor Michael Steven, violó las normas de tránsito de exceso de velocidad; que igualmente se encuentra probado dentro del plenario que para la época de los hechos existía la señalización necesaria para advertir sobre las medidas que se debían adoptar al momento de transitar por el PR-77+850 de vía Cauyá – la Pintada, código 2508, pues puede observarse que, desde el PR 76+120 se verifica la señal preventiva SP-42, que significa *“zona de derrumbe”*, además de las señales reglamentarias de SR-30, que significa *“máxima velocidad permitida”*, SP-03 *“curva pronunciada a la izquierda”* SP-04 *“curva pronunciada a la derecha”*.

En su esquema de defensa propone las siguientes excepciones:

- “Culpa exclusiva y determinante de la víctima”*
- “Inexistencia de la Responsabilidad del Instituto Nacional de vías”*
- “Indeterminación del lugar o sitio de la vía, en el que supuestamente se encontraba la roca”*
- “Fuerza Mayor”*
- “Cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación resarcitoria”*
- “Genérica”*

2.3.2 DEPARTAMENTO DE CALDAS (pdf 04)

Presenta oposición a las pretensiones de la demanda, por considerar que la vía donde ocurrieron los hechos por ser de carácter nacional, no corresponde a la entidad territorial, manifestación que es reiterada en su pronunciamiento frente a los hechos.

Agregó así mismo que en la Ordenanza 230 del 31 de diciembre de 1997 "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTA LA RED VIAL DEPARTAMENTAL", en la cual se describen los sectores viales departamentales a cargo del ente territorial, no se encuentra descrito el sitio del accidente y ello se debe a que precisamente el desplazamiento del accidentado se llevaba a cabo por la vía nacional denominada Panamericana.

Como excepción de mérito planteó la "Inexistencia del nexo de causalidad"

2.3.3. MUNICIPIO DE MARMATO CALDAS (pdf 04)

Manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda, por cuanto existe falta de responsabilidad del municipio en los hechos que dieron lugar al presente asunto, por considerar que presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues de conformidad con las competencias funcionales entregadas al Municipio de Marmato, no le asiste a este la responsabilidad de realizar ningún tipo de obra, ni señalar vías que no sean de su competencia, puesto que en el lugar donde se dieron los hechos, a pesar de encontrarse en la jurisdicción del Municipio de Marmato, dichas funciones fueron desconcentradas por la ley y entregadas al Instituto Nacional de Vías, como autoridad competente para atender vías nacionales, quienes tienen la capacidad jurídica, técnica y financiera para atenderlas.

Frente a los hechos manifestó que en la forma como ocurrieron los mismos solo se pueden probar parcialmente a través de las historias clínicas aportadas, y que las mismas no conllevan a identificar el tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, como tampoco se logra identificar si en el sitio se presentaba algún deslizamiento. Insiste que el mantenimiento de la vía es de competencia del INVIAS.

Como excepciones de mérito formuló:

"Falta de legitimación en la causa por pasiva"

"Imposibilidad de imputación"

"Inexistencia de la obligación"

"Genérica"

2.3.4 Llamada en garantía - AXA COLPATRIA SEGUROS S.A (pdf 04)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta la respuesta emitida por el Departamento de Caldas y el Instituto Nacional de

Vías, sumado a que no existen pruebas que acrediten la acción u omisión en el presente asunto, del Departamento de Caldas.

Frente a los hechos manifestó no constarle, y dado que lo que se pretende es demostrar la falla en el servicio, es el demandante quien deberá probar como ocurrió el accidente y las características del deslizamiento.

Respecto al llamamiento en garantía solicita se tenga en cuenta las condiciones de la póliza No1000164 en la que como coasegurador asumió solo el 40% del riesgo, siempre y cuando el asegurado haya cumplido a cabalidad sus obligaciones, sin que haya violado las prohibiciones del contrato.

Señala que al observarse los riesgos que cubren el contrato de seguro en sus condiciones generales y particulares, es claro que el asegurador no asumió el riesgo de indemnizar los perjuicios derivados de la responsabilidad por daño moral, ni lucro cesante.

Que debe tenerse en cuenta que el límite básico asegurado es de \$3.000.0000,00 de los cuales se debe descontar los eventos reclamados y reservados con anterioridad al reclamado con ocasión del presente llamamiento; que además en el presente caso, el deducible pactado para el amparo básico de responsabilidad civil extracontractual general es del 10% del valor del siniestro para toda y cada pérdida.

Propuso como excepciones:

"Falta de legitimación en la causa por pasiva"

"Ausencia de responsabilidad del Departamento de Caldas"

"Culpa exclusiva de la víctima"

"Inexistencia de la obligación de indemnizar"

"Deducción de la indemnización pagada con base en el seguro obligatorio"

2.4 Alegatos de conclusión

2.4.1. Parte demandante (pdf 19)

Se ratifica en los hechos y las pretensiones de la demanda, solicitando la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues para la fecha de los hechos el sitio no contaba con señales que advirtieran a los transeúntes del peligro constante, por caídas de rocas e inestabilidad del terreno; que no había personal en el lugar haciendo labores para el retiro de la roca o al menos se dispusiera de personal que de manera rápida y provisional pudiera desplazarse al lugar para advertir con señales visibles del peligro hasta tanto se contara con los recursos humanos y técnicos para llevar a cabo la remoción de la enorme piedra.

Insiste en que se configuran en el presente asunto los elementos para estructurar la responsabilidad del Estado, como son:

Daño antijurídico, por cuanto frente a las víctimas se ha generado un daño que no tenían la obligación de soportar, el cual se dio con las lesiones de carácter permanente causadas en la rodilla izquierda de MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN, lo cual se refleja en los esfuerzos realizados por el grupo familiar para la recuperación de salud de Michael Steven, daño que igualmente se prueba a través de la historia clínica y la calificación de la pérdida de capacidad laboral determinada por el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN en un 21.4%.

Imputación, la cual se genera por la falla en el servicio de las entidades demandadas, pues se presentó una omisión en la seguridad de la vía, porque no se demostró que al momento del accidente en la vía hubiera personal encargado de avisar el obstáculo, como tampoco se verificó la existencia de señalización alguna.

2.4.2. Departamento de Caldas (pdf 17)

Reitera la falta de responsabilidad del Departamento frente a los hechos de la demanda, no existiendo un nexo de causalidad entre los mismos y las gestiones administrativas del ente territorial respecto a la vía, por cuando la misma está a cargo del Instituto Nacional de Vías, en cuanto a mantenimiento y señalización, pues se trata de una vía de carácter nacional. En consecuencia, dice, no puede imputarse una falla en el servicio frente al ente territorial.

2.4.3. Municipio de Marmato (pdf 18)

Reitera la solicitud de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Municipio, así mismo pide se estudie la excepción de caducidad, la cual igualmente debe prosperar, dado que la demanda se presentó cuando se había superado el término de dos años entre los hechos y la presentación de la demanda.

2.4.4. Instituto Nacional de Vías (pdf 20)

Interviene en esta etapa procesal manifestando nuevamente su oposición a las pretensiones de la demanda. Agrega que, para la época de los hechos, la vía estaba en excelente estado de mantenimiento, conservación y señalización. Que igualmente en el trámite del proceso no se pudo evidenciar que la vía Cauya - La Pintada Código 2508, comprendido obviamente el PR 77+850 no estuviera apta para prestar el servicio vehicular, que por el contrario, quedo demostrado que la vía en mención cumplía con todas las especificaciones técnicas necesarias para que los vehículos que transitaran por allí se movilizaran en óptimas condiciones toda vez que contaba con la señalización reglamentaria horizontal y de piso, demarcación de doble línea continua y demarcación lateral blanca en ambos lados de la vía y además con berma en ambos lados de la vía.

Argumento que los hechos se produjeron por culpa exclusiva y determinante de la víctima, por lo que solicita en consecuencia, se declare la prosperidad de las excepciones propuestas en la demanda

2.4.5. Compañía de Seguros Axa Colpatría (pdf 21).

Aduce la responsabilidad del conductor de la motocicleta frente a los hechos donde resultó lesionado, por cuanto de los testimonios recaudados quedaron establecidas las omisiones del mismo al momento del accidente.

Indica que de acuerdo a las excepciones propuestas, se debe declarar la falta de responsabilidad del Departamento de Caldas, dado que a la misma no le asiste deber alguno en el mantenimiento de la vía, manifestación que reitera indicando que se trata de una vía nacional a cargo del Invias, conforme quedó probado con los hechos y las contestaciones de la demanda.

Argumenta en este punto, ser concluyente que el señor MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN, no obró con la diligencia y cuidado, pues de la situación previa al accidente de tránsito se puede notar que el conductor de la motocicleta de placas FRH61 conducía con exceso de velocidad, en una vía donde la velocidad máxima es de 30 kl/h, por lo que la distancia o campo de visibilidad de la cual gozaba el motociclista accidentado, era más que suficiente para que tomara una maniobra y así evitar estrellarse frente a la roca que no estaba ocupando toda la vía, sino una parte de ella.

Dice que en el plenario no existe prueba alguna que permita establecer un vínculo causal o relación causa-efecto entre ese daño alegado por los demandantes y una presunta falla en las obligaciones del DEPARTAMENTO DE CALDAS.

2.4.6. Ministerio Público

No intervino en esta etapa procesal.

3. CONSIDERACIONES

3.1 Cuestión Previa.

El mérito probatorio de las fotografías aportadas con la demanda.

La parte actora allegó con su demanda, una (1) fotografía de la roca con que se presentó el choque con la motocicleta conducida por MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN (pdf 09, archivo 2), con la cual pretende probar las circunstancias del accidente; de ahí que sea indispensable, hacer alusión, a la postura que ha establecido nuestro Máximo Tribunal Administrativo¹, en relación con los requisitos que deben reunirse, para dar valor probatorio al material fotográfico que obre dentro de un proceso:

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012). Radicado número 68001-23-15-000-1997-00807-01(22377). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

"...En relación con el valor probatorio de las fotografías, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que "dentro del género de los documentos las fotografías corresponden a la especie de los representativos, puesto que "... no contiene ninguna declaración, sino que se limita a fijar una escena de la vida en particular, en un momento determinado, es decir, a representarla."² Con la intención de definir el valor probatorio de las fotografías que se relacionarán a continuación, la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, "es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración"³.

(...)

En relación con las fotografías, además de que resulta imposible establecer su autenticidad, lo cierto es que bajo ningún supuesto pueden ser valoradas dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas⁴..."

Pues bien, como quiera que la fotografía aportada con la demanda, no da certeza sobre su autenticidad, pues se trata de una imagen respecto de la cual no es posible determinar su origen, ni la época en que fue tomada, el Despacho se abstendrá de realizar su valoración.

Cosa distinta ocurre con la fotografía de la vía, aportada por INVIAS en su contestación de la demanda, de fecha 12/10/2016, misma que se observa es una referencia de la plataforma google, en la fecha que se indica. Igualmente se valorarán las aportadas por la parte demandante, del estado de la lesión padecida por Michael Steven, dado que las mismas se ratifican con la Historia clínica aportada, por lo cual de ellas si se puede predicar que sí se tiene certeza sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fueron tomadas y que determinarían su valor probatorio.

De la legitimación en la causa

Por activa:

El Juzgado encuentra probada la legitimación material en la causa de las demandantes al establecerse el parentesco entre la víctima, y sus padres, con el registro civil de nacimiento⁵.

Por pasiva

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. A.P. Exp. 1472.

³ *Ibidem*.

⁴ *Cfr.* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de febrero de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18034.

⁵ Archivo pdf 01, folio 18

Antes de abordar el fondo del asunto se pronunciará el Despacho frente a la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA como excepción propuesta por el Municipio de Marmato, así también por la llamada en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS.

Así como de las excepciones propuestas por el Departamento de Caldas y AXA COLPATRIA SEGUROS, las que denominaron **“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS”, “FALTA DE NEXO CAUSAL”**, argumentando la falta de responsabilidad del Departamento en el mantenimiento y señalización de la vía, por ser del orden nacional a cargo del Instituto Nacional de Vías, encontrando que las mismas en la forma como fueron formuladas, se relacionan con la FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, por lo que se estudiaran en forma conjunta.

Al respecto, encuentra el Despacho, que el medio exceptivo en estudio tiene vocación de prosperidad frente a las entidades territoriales, y en consecuencia frente a la compañía de seguros AXA COLPATRIA SA, llamada en garantía por el Departamento de Caldas.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Ordenanza No. 230 de 1997 "Por medio de la cual se adopta la Red Vial Departamental", establece en su artículo segundo:

"...La red vial del Departamento de Caldas la conforman 2.057.8 kilómetros de la siguiente manera:

VÍA	KM
(...)	
67 Marmato – El Llano – La central	7.00 kms

Que sería la única parte de la vía de Marmato que corresponde a la red vial del Departamento de Caldas.

Lo anterior se ratifica a partir de la constancia expedida por el Secretario de Infraestructura del Departamento de Caldas, oficio del 28 de octubre de 2016 (FL. 237 pdf 04), el que da cuenta que la vía Cauya - La Pintada (km 77+850), hace parte de la troncal del Occidente (código vial 2508) que pertenece al Instituto Nacional de Vías – Invias-.

Así mismo se observa, entre otras pruebas, el contrato 12312013, que en su cláusula primera, consagra como objeto, la **ADMINISTRACIÓN VIAL EN LAS CARRETERAS DE LA TERRITORIAL CALDAS, CON LONGITUD ENTRE 67 Y 126 KMS, ADMINISTRACIÓN VIAL DE LAS CARRETERAS NACIONALES A CARGO DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DE CALDAS, MODULO 2: VIA 2508 CAUYA- LA PINTADA. SECTOR CAUYA – LA PINTADA PRO +0000 AL PR 108+1450 EN UNA LONGITUD DE 109 KMS**

Por lo anterior, ni el DEPARTAMENTO DE CALDAS, ni el MUNICIPIO DE MARMATO, tienen a su cargo el sector donde ocurrió el accidente en el

que resultó lesionado MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN, vía que comunica el municipio de Marmato Caldas a la ciudad de Medellín, acreditándose la falta de legitimación en la causa por pasiva para estas entidades.

Y como la compañía de seguros se vinculó al proceso como llamada en garantía del Departamento de Caldas, en virtud de la póliza de responsabilidad civil No 1000164 con vigencia del 01 de enero de 2013 al 31 de diciembre de la misma anualidad, la excepción de Falta de Legitimación en la causa por pasiva se predicará igualmente frente a la compañía de seguros AXA COLPATRIA S.A .

3.2. Fondo del asunto:

Pretenden los demandantes MICHAEL STEVEN ARANGO TOBÓN, JAIME DE JESÚS URIBE GUEVARA y MARÍA CARMENZA TOBÓN RESTREPO, que a las demandadas, se les declare solidaria y administrativamente responsables de los daños y perjuicios ocasionados en razón del accidente de tránsito sufrido por el señor Michael Steven Uribe Tobón el 21 de noviembre de 2013, a las 4:30 de la mañana, debido a la inexistente señalización vial en el sector del accidente, descuido y negligencia en mantenimiento de la vía, en la cual se había presentado un desprendimiento de rocas.

3.3 Problema jurídico:

Los interrogantes que deben resolverse en este asunto

- ¿Es responsable el Instituto Nacional de Vías de los daños y perjuicios que se ocasionaron a la parte actora, como consecuencia del accidente ocurrido el día 21 de noviembre de 2013 a las 4:30 de la mañana, en la vía Marmato – Medellín, sector vía Cauyá – La Pintada, kilómetro 77+850?,

¿Cuál fue la causa probada del accidente?

¿En este caso se presentó la causal de exoneración de responsabilidad denominada “culpa exclusiva de la víctima”

3.4. Argumento Central:

3.4.1. Régimen de responsabilidad aplicable:

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Verificada la ocurrencia de un daño, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el

fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que “permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos.

Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”⁶

Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y, b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: 1) atribución conforme a un deber jurídico que opera conforme a los distintos títulos de imputación, consolidados en el precedente del H. Consejo de Estado así: falla o falta en la prestación del servicio – simple, presunta y probada -; daño especial – desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional, y 2); adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Visto lo expuesto se tiene que el régimen de responsabilidad por falla en el servicio, procede frente a supuestos en los cuales se analiza la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante el deficiente funcionamiento del servicio, como en el caso que ocupa la atención del Juzgado. En ese sentido se cita el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado⁷ en el que ha definido los casos en los cuales se configura, así:

“Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014), rad. 25000-23-26-000-2001-02341-01(28370).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía⁸

El régimen de responsabilidad por falla en el servicio, procede entonces frente a supuestos en los cuales se analiza la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía, irregular o equivocada. Jurisprudencial y doctrinariamente se han definido los elementos constitutivos de la falla del servicio que requieren demostración para efectos de imputar responsabilidad al Estado, así:

- La falencia de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.
- El daño a un bien jurídicamente tutelado por el derecho.
- El nexo de causalidad entre la anomalía administrativa y el daño.

En el régimen de falla probada el Estado se exonerará de la imputación de responsabilidad cuando se demuestre la inexistencia de la falla alegada o la ausencia del nexo causal, lo cual puede darse en los siguientes eventos:

- Hecho exclusivo de la víctima.
- Hecho de un tercero.
- Fuerza mayor.

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación plena de los hechos de su demanda, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad y de los perjuicios que le fueron ocasionados.

En el presente proceso, se pretende la declaratoria de responsabilidad administrativa del Instituto Nacional de Vías, al estimar que se configuró una falla en el servicio, con ocasión de las lesiones sufridas por MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN, lo que a juicio de los accionantes, se presentó como consecuencia de la falta de mantenimiento de la vía que conduce el municipio de Marmato Caldas a la ciudad de Medellín, sector Cauya – La Pintada km 77+850, sitio donde ocurrió el accidente.

Sobre dichas situaciones fácticas, la entidad accionada advierte que no existe prueba de los hechos teniendo en cuenta que no hay claridad respecto a la ubicación de la roca que supuestamente invadía el carril por donde transitaba la víctima, como tampoco se ha presentado omisión en el mantenimiento de la carretera bajo su responsabilidad, pues para su mantenimiento y revisión se tiene contrato con el señor CARLOS FERNANDO MEDINA NOREÑA, presentándose además una culpa exclusiva de la víctima dado que el señor Michael Steven infringió las normas de tránsito al exceder la velocidad permitida.

⁸ Cita de cita. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880

Siendo ello así y visto que el régimen de responsabilidad aplicable al presente asunto será el de falla del servicio, se analizará si en el caso presente, el daño sufrido por el lesionado se debió a la omisión de la demandada en cuanto al mantenimiento y señalización de la vía, lo cual constituiría una omisión en el servicio por violación del contenido obligacional de la Constitución Política y normas legales; o si por el contrario existe una causal eximente de responsabilidad de la entidad como fue planteado por la pasiva de la litis.

3.4.2 La existencia del daño:

La existencia del daño es el primer elemento que debe acreditarse para que pueda predicarse la responsabilidad.

Pues bien, en el presente caso la parte demandante alega que el daño se dio debido a las lesiones que se le generaron a MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN, el 21 de noviembre de 2013, mismo que se encuentra sustentado en la historia clínica de atenciones recibidas inicialmente en el Hospital San Lorenzo de Supía Caldas, posteriormente en el SES Hospital de Caldas, en las que se observa:

HOSPITAL SAN LORENZO DE SUPÍA CALDAS:21-11-13 (fls 38-40 pdf 01):

6+20 ingresa paciente al servicio de urgencias en camilla de bomberos, manifiesta se chocó con una piedra, presenta herida en rodilla izquierda. Se realiza lavado con agua estéril y gasas estéril.

7+00 pm: paciente que se le pasa sonda (...) se le administra 5´000 de penicilina, se lava herida, se inmoviliza rodilla derecha con férula de yeso, se deja en sala de reanimación.

8+30 se lleva a Rx en camilla

10+00: Se Sangra para hemoglobina y hemoclasificación. Sutura en rodilla izquierda, Se toma Rx de rodilla y fémur pierna izquierda. Paciente que es aceptado en el Hospital de Caldas

SES HOSPITAL DE CALDAS, 21/11/2013: (fls. 21 a 31 pdf 01)

Enfermedad actual: Paciente que sufre accidente de tránsito en la vía Supía – Medellín en calidad de conductor de moto refiere que cae piedra gigante y colisiona recibiendo trauma inferior izquierdo co postiro limitación dolor y sangrado es lavado por organismo de socorro a hospital de Supia donde suturan heridas de fractura abierta. Inmovilizan con férula, posterior cubren con penicilina cristalina y toxoide y remiten,

22-11-2013: *Rx pierna post quirúrgica, afrontamiento trazos de fractura con tutor externo Rx musculo o post quirúrgica, afrontamiento trazos de fractura con tutor externo....(...)* las

radiografías muestran una fractura supraintercondilea del fémur izquierdo, conminuta grave severa. Rx de la pierna muestran una fractura diafisaria de la tibia

En ese sentido, para el Despacho resulta plenamente demostrado el fenómeno objetivo que introdujo una alteración negativa en las condiciones normales de los demandantes, en tanto se encuentra acreditado que el señor MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN fue llevado por la ambulancia del cuerpo de Bomberos de Supía Caldas, al Hospital San Lorenzo de la misma población el 21 de noviembre de 2013, con lesiones producidas en accidente en la vía, siendo remitido posteriormente al SES HOSPITAL DE CALDAS, debido a la lesión de fractura abierta de fémur y tibia de su pierna izquierda.

3.4.3 La imputación:

Establecida la existencia del daño, corresponde efectuar el análisis pertinente, a fin de determinar si el mismo puede ser imputado a la parte demandada.

La imputación es la atribución jurídica de un daño causado por uno o por varios hechos dañinos, endilgable a una o a varias personas que, por tanto, deberán en principio responder o repararlo, salvo que medie una causal eximente de responsabilidad. Supone entonces establecer la relación de causalidad entre el daño y el hecho dañino, así como entre el hecho dañino y el autor. En particular, tratándose de un juicio de responsabilidad extracontractual que se adelanta frente a una entidad pública, la carga que ostenta el demandante es la de demostrar que el daño provino directamente de la acción u omisión de la administración.

El cumplimiento de la obligación legal de mantenimiento y señalización de las carreteras a cargo del Instituto Nacional de Vías en el caso en concreto

En el presente asunto, se discute la existencia de una falla del servicio, imputable a la parte pasiva, como consecuencia de su actitud omisiva, al no realizar el mantenimiento y señalización efectiva de las vías, lo que constituyó que se creara el daño padecido por los demandantes.

Al respecto, encontramos que la Ley 769 de 2002, por medio de la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre, determina en lo pertinente:

“Artículo 109. De la Obligatoriedad. Todos los usuarios de la vía están obligados a obedecer las señales de tránsito de acuerdo con lo previsto en el 5o., de este código.

Artículo 110°. Clasificación y definiciones. Clasificación y definición de las señales de tránsito:

Señales reglamentarias: Tienen por objeto indicar a los usuarios de las vías las limitaciones, prohibiciones o restricciones sobre su uso y cuya violación constituye falta que se sancionará conforme a las normas del presente código.

Señales preventivas: Tienen por objeto advertir al usuario de la vía la existencia de un peligro y la naturaleza de éste

Señales informativas: Tienen por objeto identificar las vías y guiar al usuario, proporcionándole la información que pueda necesitar.

Señales transitorias: Pueden ser reglamentarias, preventivas o informativas y serán de color naranja. Modifican transitoriamente el régimen normal de utilización de la vía.

Parágrafo 1º. Las marcas sobre el pavimento constituyen señales de tránsito horizontales y sus indicaciones deberán acatarse...”

Artículo 111º. Prelación de las señales. La prelación entre las distintas señales de tránsito será la siguiente: Señales y órdenes emitidas por los agentes de tránsito. Señales transitorias. Semáforos. Señales verticales. Señales horizontales o demarcadas sobre la vía.

....

ARTÍCULO 74. Reducción de velocidad. Los conductores deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora en los siguientes casos:

En lugares de concentración de personas y en zonas residenciales.
En las zonas escolares. Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.
Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.
En proximidad a una intersección...”

El Consejo de Estado mediante sentencia del año 2015⁹ advirtió sobre los riesgos, limitaciones, prohibiciones o restricciones sobre el uso de las vías y la obligación de instalar las señales de tránsito lo siguiente:

“Tal y como se dejó expuesto en el aparte del Manual de Señalización Vial, las señales de tránsito, en general, indican la forma correcta como deben circular los usuarios de las calles y carreteras, indicando las precauciones que debe tener en cuenta, las limitaciones que gobiernan el tramo de circulación y las informaciones necesarias de acuerdo a las condiciones específicas de la vía; deben prevenir, reglamentar e informar a los usuarios la manera correcta de circular con el fin de aumentar la eficiencia de las vías y proporcionar una circulación más ágil y segura”.

Debe destacar el Despacho que cuando se trate de la aproximación a obstáculos y/o peligros sobre la vía, las entidades tienen la obligación de instalar en el lugar, las mínimas señales temporales requeridas, de conformidad con lo impuesto por el Manual Sobre Dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras¹⁰, mismo que debe ser acatado por cada uno de los organismos encargados

⁹Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015), Radicación número: 50001-23-31-000-1999-40184-01(33493).

¹⁰ La primera edición del “Manual sobre dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras”, fue publicado en marzo de 1985 por este Ministerio y adoptado como reglamento oficial en materia de señalización vial mediante Resolución No. 5246 del 12 de julio de 1985. Mediante resoluciones Nos. 8171/87, 1212/88 y 11886/89, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte introdujo algunas modificaciones y adiciones al

Ahora bien, claro está la ocurrencia del hecho y la existencia del daño, sin embargo, es preciso determinar la causalidad entre uno y otro y principalmente, si es atribuible el mismo al INVIAS.

Frente al particular; vale resaltar que en los hechos de la demanda se indicó que el día 21 de noviembre de 2013 a las 4:30 de la mañana, cuando el señor Michael Steven Uribe Tobón se dirigía a la ciudad de Medellín, específicamente en el sector denominado Arquía, vía Cauya – La Pintada Km 77+850, repentinamente se chocó contra una piedra que ocupaba todo el tramo de la vía de bajada, ocasionándole el choque varias fracturas en la pierna izquierda.

De la forma en que se presentó el accidente, se allegó el informe de accidente de tránsito de la Inspección de Policía y Tránsito de Supía Caldas, en el que se extracta (fl 60 pdf 01):

Que el accidente se presentó siendo las 05+0, siendo atendido el caso de accidente de tránsito en el sector vía Cauyá-La Pintada km 77+850

Como circunstancias del accidente se aduce: Motocicleta viajaba vía la Pintada, colisionando contra piedra grande que ha caído de la parte alta de la montaña debido a la fuerte lluvia, al llegar al sitio de los hechos, la motocicleta ya no se encontraba en el sitio tampoco los lesionados.

Así mismo se allega a folio 115 certificación del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Supía Caldas, de fecha 02/10/2015 en la cual se hace constar:

Que el día 21 de noviembre de 2013, se presenta a la institución el señor Jaime Uribe Guevara, y nos informa que el hijo MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN, identificado con C.C. No. 1059.700.420 se había accidentado en la motocicleta de placas FRH -61 KAWASAKI, magic 110 mt modelo 2000 en el sector Arquía, inmediatamente sale personal del cuerpo para el sitio y cuando llegamos pudimos verificar que este joven había chocado con una roca, la cual estaba en el centro de la vía y estaba obstaculizando el paso de los vehículos, el lesionado se encontraba acostado al derecho de la vía, ya que el parrillero de nombre Sebastián Caro, lo ayudo a salirse de la carretera para la orilla, debido al peligro por los vehículos que transitaba por esta vía, el lesionado presentaba lesión abierta en la pierna izquierda de inmediato le prestamos los primeros auxilios y lo transportamos al Hospital San Lorenzo de Supía.

Certificación que se presenta con sustento en el informe de minuta de asuntos y detalles del día jueves 21 de noviembre de 2013, en la cual se registró (fl 115 archivo pdf 01):

documento, que fueron incorporadas en la segunda edición del Manual, publicado en 1992, adoptado por el entonces Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, como reglamento oficial mediante Resolución No.3968 del 30 de septiembre del mismo año y ratificado por el Instituto Nacional de Vías, por medio de la Resolución No.3201 del 5 de mayo de 1994

Informa el señor Jaime Uribe de un accidente de tránsito sale la camioneta verde conducida por el Comandante lo acompañan los Sargentos Juan García y Jairo Ortiz, accidente en el sector de Arquía

Regresa la camioneta y el personal con el siguiente dato accidente de tránsito de una moto de placas FRH 61 conducida por Michael Uribe Tobón C.C. 10597420 quien sufre fractura de fémur y herida en la tibia pie izquierdo

Ahora bien, el Instituto Nacional de Vías, basa su defensa en la culpa exclusiva de la víctima, la falta de identificación del sitio de los hechos, la fuerza mayor y la ausencia de la falla en el servicio, de prosperar los mismos se rompería el nexo de causalidad entre la omisión y el daño.

El Instituto Nacional de Vías, alega el buen mantenimiento del estado de la vía, para lo cual indica existir para la época del accidente, contrato de mantenimiento rutinario del estado de la vía con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO "LA PLAYA LTDA", cuyo objeto se encuentra determinado así: *Mantenimiento rutinario a través de microempresas, en las vías a cargo del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, DIRECCIÓN TERRITORIAL DE CALDAS, modulo 2: 2508. Riosucio Arquía PR40+0000 – PR 80+0000, para obtener un nivel óptimo del servicio, según los indicadores de mantenimiento rutinario establecidos por el INSTITUTO de acuerdo con el pliego de condiciones del proceso No. SA-MC-DT-CAL-019-2012 en la vía 2508 Riosucio Arquía PR 40+0000 PR 80+0000, con una longitud total de 39.96 km, clasificados así (...) consistente en limpieza de bermas, cunetas, zanjas de coronación, encoles, descoles, obras de arte, puentes, barandas, la calzada, señales, mojones, defensas metálicas, lechos de ríos y cursos de aguas que afecten las estructuras de las vías a nivel de sedimentación, de erosión o que puedan provocar avalancha al interrumpirse el libre curso de las aguas, 2) reparación y reposición de láminas de señal, postes de señal, señales completas y mojones de referencia, instalación y reposición de defensa metálicas (...) 3) mano de obra para el bacheo, parcheo y sello de fisuras en carreteras pavimentadas y bacheo de carreteras destapadas, de acuerdo con los indicadores de mantenimiento establecidos para el mantenimiento rutinario (...) 4) despeje de derrumbes (...) 6) poda, corte y retiro de árboles (...).*

Ahora bien, respecto al mantenimiento de la vía, la señalización, así como la verificación constante del estado de la misma, específicamente para la época de los hechos, declararon los señores **ARNUBIO ANTONIO AYALA OTAGRI**, **HECTOR ALIRIO CORTES RAMÍREZ** y **JULIAN ANDRES GIRALDO GALVIS**, quienes indicaron:

ARNUBIO ANTONIO AYALA OTAGRI:

*Respecto a los hechos indico, en la fecha de los hechos trabaja en el km 70 al 84, nosotros los de la Cooperativa. **PREGUNTA EL DESPACHO:** Nos puede hacer un relato detallado y preciso de lo que conste de ese*

hecho. Nosotros hacemos mantenimiento en el ese sector, en ese accidente yo era el conductor del vehículo, recuerdo que me llamaron, porque nosotros siempre hacemos el recorrido en la moto, el muchacho de la moto, que se llama Héctor Alirio, me llamo a mi como conductor y yo baje al sitio, cuando baje en el vehículo no encontré nada, ya el muchacho de la moto había hecho el recorrido, a las 7:00 de la mañana, ya no había nada. Nosotros hacemos el mantenimiento y nos toca estar pendiente de la vía las 24 horas, pero nosotros trabajamos de 7:00 am a 4:00 pm, pero nosotros en la mañana y en la tarde hacemos el recorrido, sola persona lo hace, si hay gravedad o accidente o piedras en la vía, y toca traer personal nosotros lo traemos, pero ese día, Héctor Alirio Cortés me llamó entonces yo recogí al señor Elías Ramírez, a Octavio Aricapa, que es el actual gerente de la Cooperativa, pero cuando llegamos al sitio ya no había nada, nos dijeron que había habido un accidente, pero ya no había nada cuando bajamos nosotros. **PREGUNTADO:** Recuerda las actividades realizadas el día antes del accidente, si nos puede hacer un relato más detallado, digamos sobre el mantenimiento que le hicieron a esa vía. **CONTESTO:** Nosotros siempre bajamos, recuerdo que ese día estábamos trabajando ese sector en el km 84, y siempre que bajamos y si se presentan obstáculos en la vía los vamos retirando, cuando volvimos a subir no había nada, ni bajando, ni subiendo, nos tocaba trabajar en ese sector en el mantenimiento de rocería, cunetas, berma. Nosotros hacíamos mantenimiento rutinario con obras y descoles, pero no había nada que atender. Nos tocaba del sector del km 70 al 84, Supía - La Pintada, Marmato, Medellín, es la que comunica. Se le hace el mantenimiento que requiere, debe estar al día, que si ocurre un obstáculo de piedras, palos, inmediatamente hay que correr, a nosotros nos informan, e inmediatamente tenemos que correr a quitarlo, ese ese el trabajo de nosotros. **PREGUNTADO:** En cuanto al mantenimiento de la vía, las eventualidades que se presentan en esa vía a qué se concretan, qué es lo más usual que ustedes hacen en ella, en cuanto a eso. **CONTESTO:** Lo que más tenemos que hacer, mantener la rocería a 30 centímetros o menos, que no haya obstáculos en la vía, y si hay obstáculo grande debemos llamar a INVIAS para que vengar que retirarlo, si no es manual, si es manual nos toca a nosotros. Si es un árbol que se caiga por viento o algo casual, nos toca a nosotros con motosierra. **PREGUNTADO:** En esa vía era normal que se presentaran obstáculos en ella. **CONTESTO:** Eso se presenta cuando hay lluvia, con la lluvia se presentan obstáculos de palos, pero ese día cuando nosotros bajamos estaba seco el terreno. **PREGUNTADO:** En cuanto a la topografía del terreno que nos puede decir. **CONTESTO:** Tiene curvitas, pero es más bien recto, pues del km 70 al 84 son 14 kms, curvas, curvas no, más bien recta. El sector es montañoso, la parte de abajo es plana. **PREGUNTADO:** Nos puede aclarar respecto a la visita que usted hizo al sitio del obstáculo, cuando usted vuelve y baja y no encontró nada. **CONTESTO:** Sinceramente cuando bajamos, que había habido un accidente, pero ya no había ningún obstáculo cuando bajamos, yo considero que quien bajo hacer el recorrido tenga una idea más clara, porque cuando nosotros bajamos no había nada. Eran las 7 de la mañana, el otro muchacho debió pasar a las 6:00 de la mañana, el debió haber avisado al INVIAS, el siempre hace recorrido en moto a las 6:00 am y a las 6:00 pm. **PREGUNTADO:** Nos podrá indicar el estado de señalización de la vía donde ocurrió el accidente. **CONTESTO:** Había señales, una semicurva, más adelantico era una señal vertical que señala que más adelante hay una semicurva

PREGUNTA EL APODERADO DE INVIAS: hace relación al hecho segundo de la demanda. Para esa fecha 21/11/2013, ustedes tenían algún tipo de

contrato vigente o no vigente con el INVIAS, de labores rutinarias de mantenimiento a que usted hace relación anteriormente. **CONTESTO:** Claro teníamos contrato vigente. Porque no podíamos laborar. **PREGUNTADO:** Más detalladamente nos puede indicar las labores que allí desarrollaban de manera amplia. **CONTESTO:** Conciérne a rocería a la cuneta, a la berma, desmonte manual de palos, arboles, quitar obstáculos de la vía, que podamos realizar, obras, descoles y entre otros hacer recorridos todos los días en las horas de la tarde y mañana. (...) Desde las 7:00 am a 4:00 pm. **PREGUNTADO:** Si sucede algo fuera de ese horario de las 4:00 de la tarde situaciones que deban requerir atención de la vía como remoción de escombros, ustedes tienen disponibilidad. **CONTESTO:** Si tenemos disponibilidad, inmediatamente la policía nos avise, tenemos que correr donde este el obstáculo, que si hay una piedra o un palo hay que correr, a veces nos llama bomberos, a veces la policía de carretera, debemos salir 3 o 4 personas que estén disponibles, cuando es festivo rotamos el personal, de a 3, para estar disponibles. **PREGUNTADO:** Podría informar si para el 20 de noviembre de 2013 o en la madrugada del 21 de noviembre de 2013, alguna autoridad, sea bomberos, policía, sea un ciudadano usuario de la vía, hubiera informado a ustedes eventualmente, de que en ese pr km 77+850 había algún obstáculo que requiriera ser retirado de la vía, como esa piedra que se hace alusión en la demanda. **CONTESTO:** A nosotros no nos informaron, ninguno. **PREGUNTADO:** Tienen algún tipo de contacto con la policía de carreteras. **CONTESTO:** Si ellos tienen los números, por eso cuando ellos nos llaman tenemos que salir. **PREGUNTADO:** Recuerda si la policía de carreteras les hizo algún requerimiento en las fechas mencionadas. **CONTESTO:** No, a esas horas no. **PREGUNTADO:** Hace referencia al hecho octavo de la demanda, al respecto pregunta, nos puede informar si en ese sector se presenta constantemente deslizamiento o caídas de piedras. **CONTESTO:** Cuando llueve si se presentan piedras, por esto estamos muy atentos de ello. (...) Ese día había un poquito de balastro bajando a mano izquierda, al lado donde está el talud, había poquita. (...) No se presentó cerramiento de la vía. (...) había arenita. **PREGUNTADO:** Cuando ustedes bajaron observaron si había alguna piedra en el centro de la vía. **CONTESTO:** Cuando yo bajo no había nada. **PREGUNTADO:** Vieron algún rastro de que la piedra que dice la demanda, hubiera ocasionado algún fraccionamiento de la calzada, especialmente en la parte central de la vía. **CONTESTO:** No. **PREGUNTADO:** Recuerda si en ese sector tanto de ida como de regreso hay señales de tránsito que informen caída de roca o derrumbes. **CONTESTO:** Yo recuerdo que marca una semicurva que se marca en el aviso. **PREGUNTADO:** El monitoreo que usted realizaba para esa época de los hechos, como era. Cada mes cada semana. **CONTESTO:** Siempre se hace diario, dice el contrato, en la mañana y en la tarde, días laborales, festivos, hay que hacerlo diario. **PREGUNTADO:** Pudo evidenciar el 21 de noviembre, en las horas de la mañana, vieron la roca objeto del accidente. **CONTESTO:** No la vi, yo no recuerdo. **PREGUNTADO:** El reporte que efectuaron el 21/11/2013 una vez hicieron el recorrido de la vía para el reporte diario al INVIAS, como fue el reporte de condiciones normales o anormales de la vía. **CONTESTO:** El reporte lo dio el compañero que hizo el recorrido, siempre lo hace la persona que hace el recorrido. Lo hace con el Gerente el muchacho que hace el recorrido

HECTOR ALIRIO CORTES RAMÍREZ

Respecto a los hechos manifestó: cuando yo manejaba ese punto, simplemente encontré un guardabarros de una moto. El día antes

habíamos laborado normalmente sin novedades, ni anomalías. Al día siguiente a mí me correspondía hacer una revisión en el tramo para informar cualquier obstáculo o novedad, yo pase por ahí faltando 15 minutos para las 6:00 y me llamo la atención que encontré en esa parte, ahí no hay cuneta, hay pasto. Precisamente en el km 77 como 820, no soy tan certero, pero estoy entre 7:20 y 7:50. Yo no note algo extraño o diferente, en esa margen lo único que encontré fue el guardabarras. Yo le pregunte a la gente del sector que había ocurrido ahí, y me dijeron que un señor se había caído en la madrugada, que bomberos de Supía había bajado a recogerlo. **PREGUNTADO:** Tiene conocimiento si bomberos se comunicó con ustedes para ese día. **CONTESTO:** No, él no nos informó porque el contacto que tenemos con ellos, que nos anuncian cuando hay obstáculos en la vía para que nosotros procedamos a retirarlo, pero de resto un accidente u otra causa que no sea por obstáculos en la vía no nos avisan (...) siempre y cuando este obstaculizando la vía. **PREGUNTADO:** En la demanda se enuncia que el accidente tuvo como causa la presencia de la piedra o roca que obstaculizaba la vía, tiene usted alguna información. **CONTESTO:** No conozco la roca, en el momento en que yo llegué yo no encontré piedra. **PREGUNTADO:** Nos puede indicar, a qué horas hizo el último recorrido y el estado de la vía. **CONTESTO:** A las 4:30 de la tarde, del clima no lo recuerdo, pero del estado de la vía si recuerdo que no se veía movimientos de nada, ni mojado el piso (...) la vía no tiene defectos de berma, ni de cuneta, tiene su espacio correspondiente que debe tener una vía de dos carriles, tenía la delineación de piso y las señales verticales.

PREGUNTA APODERADO DE INVIAS: Podría informar ese despacho, si el km 77 presenta rectas o curvas. **CONTESTO:** Tiene una recta, más o menos 150 a 180 metros en recta. **PREGUNTADO:** Las labores de mantenimiento rutinario para la fecha, los podría describir. **CONTESTO:** Comprende desmonte manual, poda de árboles, limpieza de cuneta, de transversales de coles y descoles, obstáculos en la vía, lavado de señales y defensas. **PREGUNTADO:** A qué horas terminaban e iniciaban las labores. **CONTESTO:** En la tarde terminamos a las 4:00 de la tarde y siempre a las 4:30 la persona que pasaba el reporte lo hacía a esa hora. Iniciábamos a la 7:00 de la mañana, se va por ahí a las 5:30 la persona que hace reporte para indicar para donde se desplaza el personal, si hay novedades. Ese recorrido se hace en moto, después de las 5.00 am sale uno de la casa y por la tarde también, se está reportando el último estado de la vía a las 6:00 de la tarde. **PREGUNTADO:** Recuerda el reporte que se hizo para el /11/2013, cuál fue el reporte. **CONTESTO:** Que se encontraba en muy buen estado. **PREGUNTADO:** Cuando hicieron el recorrido el 21/11/2013 de la vía ya señalada a su cargo. **CONTESTO:** De ese sitio no se reportó novedad, porque estaba en buen estado. **PREGUNTADO:** Hace referencia al hecho octavo de la demanda y pregunta, que tiene para afirmar respecto a ese hecho. **CONTESTO:** Que es falsa, porque la señalización si estaba y decir que desprendimiento de la montaña, eso es muy habitado, porque hay unas ganaderías y ahí no se había notado que hubiera movimiento de los taludes. **PREGUNTADO:** Con la señalización del km 77+850 recuerda si existe señalización que avise de derrumbes o deslizamientos. **CONTESTO:** En esa parte no ha habido, ha habido otras señalizaciones preventivas. **PREGUNTADO:** Eventualmente ese 20 de noviembre de 2013, pudieron evidenciar algún potencial peligro de la parte alta de la montaña, que ustedes le debieran informar al administrador vial, o al INVIAS para tomar alguna medida. **CONTESTO:** No, no se notaba movimiento de nada, porque nosotros hacíamos

mantenimiento como le dije, 5 mts de la cuneta hacia arriba y no se encontró averiadura ni nada, y en la montaña no se veía ahí en el mini talud que forma un alambrado no se veía ni la maleza arrancada, ni el cerco ni nada. **PREGUNTADO:** Algún miembro de la comunidad les ha hecho algún reclamo por la mala señalización en el sector a cargo de ustedes, específicamente antes de llegar a ese kilómetro 77+850, que recuerda, en ese sentido y sobre señales de peligro en el sector. **CONTESTO:** Reclamos no, porque la señalización existía y lo que pasa es que de pronto la persona entrando a la curva, no se deja entrar a más de 40 kms/has. Y según eso fue en las horas de la noche, porque si la persona va pendiente de las señales ahí estaban para que las atendieran. **PREGUNTADO:** Alguna señalización en el sector respecto a la velocidad en que se podía transitar. **CONTESTO:** La señal misma lo dice, lo máximo que se permitía es de 40 kms/h. **PREGUNTADO:** Para los 20 y 21 de noviembre de 2013, recuerda si la vía estaba habilitada para el tránsito vehicular, específicamente en ese sector. **CONTESTO:** No había nada que obstaculizara. **PREGUNTADO:** En cuanto al monitoreo de la vía con qué frecuencia se hace, diario, semanal, mensual. **CONTESTO:** Todos los días por la mañana y por la tarde, diario, no hay excepción de días que no se haga. (...) Y el reporte que se hace al INVIAS, sobre el estado de la vía se hace dos veces al día, 6:30 de la mañana y 5:30 o 6:00 de la tarde. **PREGUNTADO:** En cuanto al ancho de la calzada, cuanto media en ese sitio. **CONTESTO:** Lo que por ley debe de tener, no me tome la molestia de medirlo, pero sé que cuando la vía está incompleta no tiene las líneas blancas en los lados y en ese tramo ha permanecido las líneas intactas. **PREGUNTADO:** Sobre el reporte del 20-21 de noviembre de 2013, que recuerda cómo fue el reporte. **CONTESTO:** Le reportamos que en ese sector se había presentado un accidente de una moto, pero que no había víctimas, ni sangre, o algo que nos hiciera sentir que había pasado algo grave.

PREGUNTADO PARTE DEMANDANTE. El señor Arnubio manifestó que el día de los hechos usted lo llamo a él, cuál fue la razón por la cual lo llamo. **CONTESTO:** Porque en esa parte era la que teníamos que seguir trabajando, porque ellos esperan que yo llame, si hay alguna novedad para otra parte yo los desvió, sino les digo que se vengán hacia acá, porque hay que seguir la tarea donde está.

JULIAN ANDRES GIRALDO GALVIS

CONTESTO: Todo depende, cuando se presenta un obstáculo en la vía, el conducto regular, es que las autoridades de emergencia usualmente hacen el llamado, llámese policía, bomberos, defensa civil, ellos llaman al administrador vial y el ya procede a llamar a la cooperativa de trabajo asociado y esta se dirige al lugar de la situación. **PREGUNTADO:** En caso de accidente, independientemente del accidente, ustedes son informados de todos los accidentes, o solo de algunos. **CONTESTO:** No somos informados de todos los accidentes.

PREGUNTADO POR EL APODERADO DE INVIAS: Sabe cuál es el horario de trabajo de las Cooperativas asociadas para el mantenimiento de la vía. **CONTESTO:** El horario de trabajo normalmente es de 7:00 am y 5:00 pm, y la disponibilidad es de 24 horas en caso de atención de emergencias, ellos deben dirigirse de sus viviendas al punto de atención. **PREGUNTADO:**

Cuando hay algún tipo de novedad en la vía como es el desarrollo de su actividad como administrador de la vía, cuáles son las actividades, que se hace frente alguna eventual situación. **CONTESTO:** Cuando nosotros recibimos el llamado, esto sino es el administrador el que detecta la situación, inmediatamente nos comunicamos con la territorial y acto seguido nos comunicamos con la cooperativa de asociados vía telefónica y les damos la indicación de dirigirse al punto donde está la situación. **PREGUNTADO:** El área de competencia del INVIAS, partiendo de la vía a lado y lado de la vía eje central de la vía a cuánto equivale en metros. **CONTESTO:** Son 30 metros para vía nacional, a partir del eje de la vía, a lado y lado. **PREGUNTADO:** En relación con situaciones que se puedan presentar en la parte alta de la montaña, el INVIAS y las Cooperativas de trabajo asociado, tienen la obligación de subir a la parte alta de la montaña a realizar alguna labor. **CONTESTO:** Generalmente se hace monitoreo de las laderas sobre la franja de ancho de la vía a cargo del Instituto, las otras zonas si se presentan algún riesgo deberían ser las otras entidades territoriales las que se encarguen del monitoreo. **PREGUNTADO:** De acuerdo a su experiencia de administrador vial, si en algún momento se presenta algún evento dentro de los 30 metros que usted manifestó, si se evidencia algún potencial peligro de caída de roca por deslizamiento, se toma algún tipo de medida para darles seguridad a los usuarios de la vía. **CONTESTO:** El conducto regular en caso de riesgo de la franja de ancho de la vía y que potencialmente pueda afectar la movilidad en la vía nacional, se le transmite esa información a la entidad competente para que atienda la situación. **PREGUNTADO:** Recuerda que medidas tenía la vía para la época en que usted empezó a laborar. **CONTESTO:** Entre línea blanca y línea blanca es de mínimo de 7:20 metros aproximadamente, más 50 centímetros a lado y lado y una cuneta. (...) cada carril es de 3.60 metros.

De acuerdo al anterior material probatorio, se puede determinar que los hechos, según lo manifestado en el informe de tránsito y la certificación expedida por el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Supía Caldas, se originaron con ocasión del choque de la motocicleta conducida por MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN con una piedra al parecer de gran tamaño. No obstante lo anterior, no se pudo establecer el tamaño, ni la parte de la vía que se encontraba invadiendo, pues no se tienen registros de ella, por cuanto al momento de realizarse la ronda por parte de los operarios de la COOPERATIVA encargada del mantenimiento de la vía, ella ya no se encontraba en el sector, como tampoco hubo rastro de ella, pues del informe brindado por el Cuerpo de Bomberos Voluntarios solo se puede extraer la presencia de la piedra, más no otras características, como tampoco dónde fue ubicada, ni por quién y si la misma fue retirada.

En este punto el Instituto Nacional de Vías ha indicado que la vía Cauya – la Pintada km 77+850 ha tenido una excelente señalización y mantenimiento, razón por la cual no se configura la alegada falla en el servicio.

Para estudiar la teoría de la causalidad adecuada en la producción del hecho dañino teniendo en cuenta que se trata de una posible responsabilidad del Estado por accidente de tránsito, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, señala lo siguiente:

*“El elemento de responsabilidad “nexo causal” se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico. Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo, la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues “partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal”. Y sobre la teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito”.*¹¹

De lo anterior es dable afirmar, que no es suficiente la simple causación de un daño por parte de una entidad estatal, sino que, el mismo debe ser imputable a esta, lo que significa que para la configuración de la responsabilidad, debe haber un daño, una culpa por exceso en las prerrogativas públicas y una relación de causalidad entre estas, de lo contrario, se debe exonerar de responsabilidad al Estado y denegar las pretensiones de la demanda

Otro punto de debate se centra en falta de señalización de la vía, al respecto la parte demandante adujo que, aparentemente en el sitio de los hechos se presenta con frecuencia deslizamientos de sus partes laterales y caída de piedras desde la parte alta de la montaña, pese a ello para la fecha de los hechos no existía en ese sector señalización que advirtiera el peligro de su tránsito, manifestación frente a la cual el INVIAS insiste en el mantenimiento con sus debidas señalizaciones, indicando que:

En el PR 76+120, se observa señal preventiva SP-42, que significa zona de derrumbe, (plano 56), instalada en noviembre de 1999

Después el PR 76+260 y antes PR 76+300 se observa señal reglamentaria SR -30 de 30 kms por hora, lo que significa “VELOCIDAD MAXIMA PERMITIDA”, señal colocada en el año 2004.

¹¹ OConsejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2002. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez

En el PR 76+640 se observa señal preventiva SP-04 que significa "CURVA PRONUNCIADA A LA DERECHA", instalada en el mes de julio de 2003.

Entre el PR 76 +880 y PR 76 + 900 se observa la señal preventiva SP-42 "ZONA DE DERRUMBE" (plano 56), instalada en noviembre de 1999.

Entre el PR 77+060 y el PR 77+100 se observa señal preventiva SP - 03, la cual señala "CURVA PRONUNCIADA A LA IZQUIERDA" instalada en noviembre de 1995

Entre el PR 77+600 y el PR 77+620 SE OBSERVA SEÑAL PREVENTIVA sp-04 "CURVA PRONUNCIADA A LA DERECHA", colocada en noviembre de 1995

De ahí que la alegada falta de señalización en la vía no sería un factor determinante para endilgarle responsabilidad a la entidad, pues igualmente se ratifica la señalización vial en el sector de los hechos, conforme a la orden de iniciación del contrato 642 de 2013, suscrita por el Director Territorial de Caldas del Inviás, en la cual se anotó (fl. 204 pdf 03): *"Teniendo en cuenta que se han cumplido los requisitos previos a la ejecución del contrato en el mencionado asunto, y que tiene por objeto : **"SEÑALIZACIÓN VIAL CARRETERA TRES PUERTAS - LA ESTRELLA 50C102 Y CARRETERA CAUYA - LA PINTADA 2508 DIRECCIÓN TERRITORIAL DE CALDAS"** (...) plazo del contrato 2 meses a partir de su iniciación.* En igual sentido se expidió la orden de inicial del contrato 1231 de 2013.

Ahora bien, en lo que respecta al mantenimiento de carreteras el Consejo de Estado ha sostenido que el Estado está obligado a realizar las labores necesarias para cumplir con el mantenimiento de la red vial, de manera que deberá responder en los siguientes eventos: i) cuando conozca las condiciones naturales del terreno, de las cuales sea previsible el desprendimiento de materiales de las montañas aledañas a las carreteras y, sin embargo, no adopte las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de tragedias naturales o accidentes de tránsito¹² y ii) cuando incurra en omisión de sus tareas de conservación y mantenimiento rutinario y periódico de la infraestructura vial, responsabilidad que acarreará mayor exigencia si se demuestra que los daños u obstáculos permanecieron sobre una carretera durante un tiempo razonable para actuar, sin que la entidad demandada hubiere efectuado las obras de limpieza, remoción, reparación o señalización, con miras a restablecer la circulación normal en la vial¹³, evento en el cual se deben evaluar las condiciones y circunstancias del caso particular, con el fin de determinar la razonabilidad del tiempo, valoración que debe ser más estricta si se llega a demostrar que el hecho anormal que presentaba la vía fue puesto en conocimiento de la accionada y que ésta omitió el cumplimiento de sus funciones; no obstante, en este punto cabe advertir que la falta de aviso a la entidad encargada no la exonera de responsabilidad.

¹² Sentencia del. Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de febrero de 2005 (expediente 14335).

¹³ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 2000 (expediente 11877).

Bajo el anterior contexto podemos observar que para el momento de los hechos la entidad había adoptado las medidas plenas de señalización y mantenimiento de la vía, pues se pudo establecer que diariamente se hacía el mantenimiento rutinario por parte de los operadores de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LA PLAYA LTDA, esto es en el horario de 7:00 am a 4:30 pm, quienes además tenían disponibilidad de tiempo completo para eventos en los cuales debieran realizar labores de limpieza en la vía por derrumbes, siempre y cuando no se tratara de escombros de tal magnitud que requieran la intervención del INVIAS. Labores que desempeñaban de acuerdo a los informes de las autoridades, respecto a inconvenientes en la vía.

Respecto a lo alegado por la entidad demandada como falta de responsabilidad de la administración, con fundamento en las excepciones planteadas, se tiene

- Culpa exclusiva de la víctima:

Indica que quien tuvo la culpa exclusiva de su accidente fue la misma víctima, atendiendo al exceso de velocidad, que para el sitio de los hechos era de 30 km/h, porque teniendo en cuenta que desde el PR 77+720 podía percibir el obstáculo sobre la vía, es decir desde 130 metros antes, aproximadamente, teniendo una distancia percepción, reacción igual a 20.9 metros, la distancia de frenado a nivel de 10.03 metros, por lo que la distancia de visibilidad de parada calculada, es igual a 31.2 metros, redondeada, es igual a 35 metros, por lo que el señor Michael Steven tenía una distancia de 95 metros para realizar una maniobra de parada segura y superar con éxito el obstáculo de la vía. Sumado a ello refiere que el conductor de la motocicleta no guardó la distancia con la que debía transitar, esto es no mayor a un (1) metro de la acera u orilla y nunca utilizar las vías de servicio público.

Frente a dicha discusión se verifica que el artículo 1 de la Ley 1239 de 2008¹⁴, establece como límite de velocidad en las carreteras la de 120 kms/h:

ARTÍCULO 2o. El artículo 107 del Código Nacional de Tránsito quedará así:

“Artículo 107. Límites de velocidad en carreteras nacionales y departamentales. En las carreteras nacionales y departamentales las velocidades autorizadas para vehículos públicos o privados, serán determinadas por el Ministerio de Transporte o la Gobernación, según sea el caso teniendo en cuenta las especificaciones de la vía. En ningún caso podrá sobrepasar los 120 kilómetros por hora.

¹⁴ Por medio de la cual se modifican los artículos 106 y 107 de la Ley 769 del 2 de agosto de 2002 y se dictan otras disposiciones

Para el servicio público, de carga y de transporte escolar el límite de velocidad en ningún caso podrá exceder los ochenta (80) kilómetros por hora.

Será obligación de las autoridades mencionadas, la debida señalización de estas restricciones.

Y según el artículo 74 de la Ley 769 de 2002:

ARTÍCULO 74. Reducción de velocidad. Los conductores deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora en los siguientes casos:

En lugares de concentración de personas y en zonas residenciales.

En las zonas escolares.

Cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad.

Cuando las señales de tránsito así lo ordenen.

En proximidad a una intersección..."

En este punto para determinar una culpa exclusiva de la víctima es importante señalar que el daño antijurídico se debe haber producido como consecuencia directa de su comportamiento irregular, al punto que haya sido su causa determinante, no evitable por la Administración en las circunstancias concretas de su acontecer. El Consejo de Estado ha dicho:

"En lo que respecta a la culpa exclusiva de la víctima, como impeditiva de imputación, para su procedencia, se requiere de lo siguiente: la presencia de un actuar: positivo o negativo, esto es, de una acción u omisión por parte de quien alega padecer el daño; y ese actuar, viene a ser el determinante exclusivo del hecho que materializa el acontecer de las lesiones infligidas. Sin duda, como lo ha señalado la Sala, el demandado se libera si logra acreditar que fue el comportamiento del propio afectado determinante y decisivo en la generación del daño"¹⁵

En consecuencia, debido a que no se demostró un actuar imprudente de la víctima en el momento de los hechos, no es posible declarar que el mismo haya sido ocasionado por su propia culpa, pues no se tiene prueba que cuando ocurrió el accidente el conductor fuera excediendo los límites de velocidad, especialmente el de 120 kms/h establecido en el artículo 2º de la Ley 1239 de 2008¹⁶, como tampoco se pudo verificar a que distancia del centro de la vía se desplazaba.

Situaciones que no pueden dar lugar a declarar la culpa exclusiva y determinante de la víctima, no obstante los argumentos expuestos por la demandada, frente a la longitud de la vía, que de ancho para cada carril es de 3.75 metros, como tampoco la visibilidad desde la curva hasta el lugar donde se encontraba el obstáculo que causó el accidente. Por lo que la excepción habrá de ser denegada.

- Fuerza Mayor

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00971-01 (27302).

¹⁶ Modifica el artículo 106 de la Ley 769 de 2020

Al respecto la demandada indica que de acuerdo a las pruebas obrantes, se ha podido establecer que la vía se encontraba en excelente estado de mantenimiento y señalización, lo que se ha podido demostrar con el contrato de mantenimiento integral rutinario, por lo que la vía para la fecha del 21 de noviembre de 2013 se encontraba funcionando sin restricción alguna. Pero que no obstante el mantenimiento y conservación de la carretera, no era previsible el hecho del elemento extraño sobre la vía, la cual cayó de la parte alta de la montaña lo que constituye una fuerza mayor a las actividades de la entidad, siendo imprevisible su ocurrencia.

Los eximentes de responsabilidad como herramientas para romper el nexo de causalidad en favor de la administración, han sido decantados por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷ ha establecido:

En este punto cabe precisar la diferencia entre la causal eximente de responsabilidad por la fuerza mayor y el caso fortuito que no tiene esa virtualidad. La fuerza mayor y el caso fortuito como eximentes de responsabilidad se equiparan en el derecho privado, mientras que el administrativo les tiene demarcado sus efectos, y ello hace que no se refiera a estas dos hipótesis indistintamente. Varios han sido los criterios ensayados en la jurisprudencia con base en la doctrina sobre la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Así, se ha dicho que: (i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad, y (iv) el caso fortuito se relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza. De manera más reciente ha insistido la Sala en la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito basada en el origen de la causa. De este modo, mientras se demuestre por la parte actora que en el ejercicio de una actividad de las calificadas de riesgo o peligrosas, se le causó un daño que proviene del ejercicio de aquellas, el caso fortuito no podrá excluir o atenuar la responsabilidad de la persona pública, ya que se parte de que el evento ocurrido tiene un origen interno al servicio, la actuación o la obra pública. No ocurre lo mismo cuando la causal eximente que se alega es la fuerza mayor, cuyo origen es extraño, externo a la actividad de la administración, el cual sí constituye eximente de responsabilidad.

Para efectos de establecer si se configura la causal de eximente de responsabilidad en el caso concreto, procede del Despacho al análisis:

Plantea el Instituto Nacional de Vías que la caída de la piedra se produjo desde la parte alta de la carretera, hecho extraño a la actividad de la entidad, quien siempre ha conservado la vía en excelente estado de funcionamiento, con el mantenimiento rutinario constante.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de agosto de 2007, exp. 15.494, M.P. Ruth Stella Correa Palacio

De acuerdo a lo alegado por la entidad es imperativo concluir que no hay lugar a reconocer la fuerza mayor alegada, por cuanto dentro de las actividades de la entidad sí se cuenta la de mantener en excelente estado de funcionamiento la vía, en ese sentido está determinado el objeto del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS¹⁸, aunado a la anterior consideración, se señala que no existen hechos determinantes que demuestren que para la fecha de los hechos en la vía se presentaran circunstancias que tuvieran la connotación de imprevisibles y que dieran lugar a la caída de rocas o sedimentos en el sector, por cuanto no se probó el lugar de donde salió el obstáculo, ni la forma en que el mismo se presentó, ello pese al constante monitoreo de la vía que para el 21 de noviembre de 2013 se realizaba, como todos los días desde las 7:30 de la mañana hasta las 4:30 de la tarde, cuando los hechos se presentaron a las 4:30 de la mañana, es decir fuera del horario en que se realizaban las revisiones por parte de la Cooperativa de Trabajo Asociado “La Playa”, no obstante su disponibilidad.

Se concluye entonces, que con las pruebas anteriormente referidas, no se puede determinar de manera concreta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos para el día 21 de noviembre de 2013, pues si bien se estableció con claridad el lugar de los hechos y que el accidente se dio como consecuencia de una piedra en la vía, no se lograron aclarar fehacientemente aspectos relativos al estado general y particular de ese tramo de la vía, frente a la cual la entidad demandada ha resaltado la inexistencia de obstáculos en el momento del accidente, pues si bien de acuerdo al material probatorio se pudo determinar la existencia de la piedra, se desconoce frente a ella, el espacio que ocupaba en la carretera, además de su tamaño, ello teniendo en cuenta que la vía cuenta con las especificaciones determinadas de 3.75 metros por carril.

De otra parte tampoco se logró establecer las condiciones mecánicas, ambientales y de seguridad del vehículo, como son los frenos, la dirección, las luces, llantas y otros elementos, pues si bien se presentó un informe del accidente, suscrito por la Inspección de Policía y Tránsito del Municipio de Supia (fls. 45 y 60, archivo pdf 01), el mismo no cumple con las especificaciones de ser el formato de accidente de tránsito, del cual se puedan desprender las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos, de acuerdo a las directrices del Ministerio de Transporte¹⁹ (Resolución 0011268 del 6 de diciembre de 2012), y en que se debe registrar uno a uno los detalles del accidente, como son entre otros, a manera de ejemplo, lugar, fecha y hora, coordenadas geográficas, estado de la vía, conductores de los vehículos, estado del vehículo, lugar del impacto (lateral, frontal, posterior), hipótesis del accidente, víctimas, observaciones en general, y croquis.

¹⁸Tomado de la página web del Ministerio de Transporte : **Objetivo:** *El Instituto Nacional de Vías, Invías, tendrá como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte.*

¹⁹ Resolución 0011268 del 06/12/2012

De acuerdo a ello, no se puede determinar un nexo causal entre el accidente de tránsito y alguna omisión de la entidad en su obligación de mantenimiento vial en el tramo donde se dice ocurrió el accidente, por lo que menos podrá endilgársele al Instituto Nacional de Vías responsabilidad

Se debe tener en cuenta que conforme lo dispone el art. 167 del C. G. del P., corresponde a las partes demostrar el supuesto fáctico de la norma que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen, que aplicada a juicios de responsabilidad administrativa, significa que la parte accionante debe demostrar no sólo el daño, sino además que éste le es imputable al Estado. Así por ejemplo lo ha expresado el Consejo de Estado en sentencia de catorce (14) de junio de dos mil doce (2012), MP. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, Radicación interna número: 23296, donde expresó:

“La carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”. (...) la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.”

Así lo ha entendido doctrinalmente HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO²⁰, quien al respecto manifiesta: “El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo contra de quien tenía radicada la carga de la prueba”.

Por lo anterior, el deber de probar los hechos de la demanda es una labor que debe asumirse con responsabilidad por la parte interesada en el despacho de sus pretensiones, so pena que el Juez, al no encontrar probados los hechos, llegue a una conclusión obligatoria: negar las pretensiones de la demanda.

Siendo ello así, no queda sino declarar probadas las excepciones formuladas por el Instituto Nacional de Vías denominadas “Inexistencia de responsabilidad por parte del Instituto Nacional de vías”, “Indeterminación del lugar o sitio de la vía en el que supuestamente se encontraba la roca”, lo que lleva a negar las pretensiones de la demanda.

3.7 Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la demanda se presentó con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

²⁰ LOPEZ BLANCO, Hernán. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo III Pruebas. Dupre Editores LTDA. 2011

Por lo expuesto el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, administrando justicia en nombre de la República de y por autoridad de la ley,

4. FALLA

PRIMERO: DECLARAR prospera las excepciones "**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**" propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, MUNICIPIO DE MARMATO y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A, por lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR infundadas las excepciones de "**CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA**" y "**FUERZA MAYOR**", propuestas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS

TERCERO: DECLARAR prosperas las excepciones denominadas "**INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**", "**INDETERMINACIÓN DEL LUGAR O SITIO DE LA VÍA EN EL QUE SUPUESTAMENTE SE ENCONTRABA LA ROCA**", formuladas por el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la demanda de REPARACIÓN DIRECTA promovida por MICHAEL STEVEN URIBE TOBÓN Y OTROS en contra del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS Y OTROS, por lo considerado.

QUINTO: SIN CONDENA EN COSTAS por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: NOTIFÍQUESE la presente providencia en la forma establecida en el artículo 203 del CPACA.

SEPTIMO: Por Secretaría efectúense las anotaciones en el Sistema Siglo XXI y archívese el expediente si no fuere apelado.

NOTIFIQUESE

Firmado Por:

Maria Isabel Grisales Gomez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 8599f63579d02b38f8e47115e122d9a570ffe810ffa52e5aafa255532e0b0a50

Documento generado en 30/06/2022 12:56:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>