

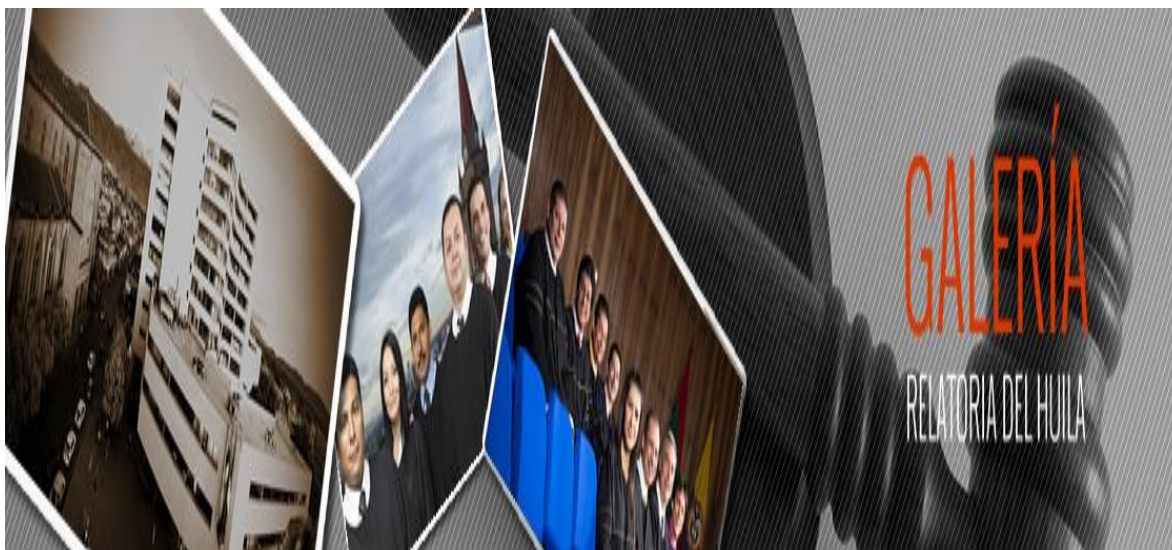


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

BOLETÍN No. 10

OCTUBRE

2021



Tel. 8722638

Email: relatoriatah@gmail.com
www.ramajudicialdelhuila.gov.co

MAGISTRADOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
Presidente

ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
Vicepresidente

GERARDO IVAN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado

RAMIRO APONTE PINO
Magistrado

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

NELCY VARGAS TOVAR
Magistrada

RESEÑA HISTÓRICA

La Relatoría del Tribunal Administrativo del Huila fue creada mediante Acuerdo No. 2078, (Art. 2º) de Septiembre 24 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura.

MISIÓN

Recopilar, titular y sistematizar la información jurídica suministrada por los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, para que pueda ser consultada oportunamente por los usuarios internos y externos.

VISIÓN

Apoyar permanentemente en su misión a los administradores de justicia y a la comunidad en general, estando a la vanguardia en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

FUNCIONES DE LA RELATORÍA

Las funciones del Relator del Tribunal Administrativo del Huila están precisadas en el Acuerdo No. 01 del 6 de Abril de 2011 de la Corporación, en el artículo 7º, destacando en lo que hace referencia a este tema, las siguientes:

- Recopilar, analizar y titular el documento jurisprudencial.
- Procesar la información.
- Facilitar a los usuarios un adecuado acceso a la información jurisprudencial



Dr. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: DANIEL RAMÍREZ ORTÍZ Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL Y OTRO

RADICACIÓN: 41 001 33 33 001 2014 00304-01

FECHA: OCTUBRE 12 DE 2021

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES: Soldado Ejército Nacional

“62.-Del anterior marco normativo se advierte que en la Ley 447 de 1998 y en el Decreto 4433 de 2004 se consagró la pensión de sobreviviente a favor de los soldados regulares, solamente en relación con las muertes ocurridas en combate o por acción del enemigo y no para fallecimientos sucedidos en simple actividad, pues en este último caso solamente se previó por el Decreto 2728 de 1968 un reconocimiento equivalente al pago de 24 meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero.

63.-No obstante lo anterior, la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010-2018 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 12 de abril de 2018, con radicación No. 81001 23 33 000 2014 00012 01 (1321-15), sentó jurisprudencia en relación a la procedencia del reconocimiento pensional de sobrevivientes por muerte de soldados regulares, originadas en circunstancias de simple actividad, en virtud de los artículos 46 y siguientes de la ley 100 de 1993, siempre y cuando el deceso se haya producido en vigencia de dicha normatividad.”
(...)

“84.-Así las cosas, teniendo en cuenta los anteriores testimonios y de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, antes citada, para la sala se encuentra suficientemente demostrada la dependencia económica que el señor Daniel Ramírez Ortiz y María Orfilia Fierro Caupaz, tenían de su hijo, Herbinton Ramírez Fierro, pues es claro que el señor Ramírez Fierro, contribuyó en vida, al soporte económico de su hogar, situación que se vio afectada con su deceso.

85.-En relación con el argumento de haber transcurrido 8 años entre la muerte de su hijo y la reclamación de la pensión de sobreviviente ante la entidad, el derecho es imprescriptible y solo prescriben las mesadas causadas.

86.-Se evidencia que el acto administrativo demandado efectivamente se encuentra viciado de nulidad, al haber negado el derecho a la pensión de sobrevivientes de los demandantes, pese a que, en efecto, cumplen con los requisitos para ser acreedores del mencionado derecho por lo que se mantendrá la decisión del a quo.

87.-Por otro lado, sobre la prescripción de las mesadas, este aspecto se mantendrá incólume, pues como tal, ya fue declarado en la sentencia de primera instancia en debida forma.”

FUENTE FORMAL: Ley 131 de 1985/ Ley 447 de 1998/ Decreto 2728 de 1968/Decreto 1211 de 1990/ Decreto 4433 de 2004.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta providencia: sentencia de unificación CE-SUJ-SII-010- 2018 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 12 de abril de 2018, con radicación No. 81001 23 33 000 2014 00012 01 (1321-15).



Dr. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CARIDAD DEL ROSARIO VEGA AHUMADA

DEMANDADO: NACIÓN- MINEDUCACIÓN - FOMPREMA

RADICACIÓN: 41 001 33 33 001 2017 00187-01

FECHA: OCTUBRE 5 DE 2021

RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE- Inclusión factor bonificación mensual.

“52.-Teniendo en cuenta esta reciente postura del Consejo de Estado, la que finaliza una divergencia de interpretaciones en la materia, el Tribunal acoge las reglas estipuladas en esta sentencia de unificación, respecto a la forma de aplicar el ingreso base de liquidación para los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 y los vinculados con posterioridad a esta fecha.

53.-Como la sentencia de unificación jurisprudencial es de obligatorio cumplimiento para las entidades administrativas (art. 10 Ley 1437 de 2011), y se convierte en parámetro legal de interpretación obligatorio para los jueces administrativos que asegura la unidad de interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantía de los derechos de las partes, como lo prevé el artículo 256 de la ley 1437 de 2011, pues su desconocimiento es causa del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (Art. 258 ibídem), el Tribunal la acoge para el presente caso pues el tema objeto de discusión de la parte actora es similar al allí definido, sin que ello suponga una violación de los derechos de la accionante pues si bien este proceso judicial que fue radicado con anterioridad a dicha sentencia, en la misma sentencia de unificación se establece que tiene efectos retrospectivos y que es obligatoria para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial.

54.-La Sala considera que la aplicación de la sentencia de unificación no vulnera los principios de confianza legítima y seguridad jurídica como lo indica la parte actora, por cuanto conserva el régimen de transición que regula la ley 812 de 2003, es decir que se le respeta el régimen anterior que es el contemplado en la ley 91 de 1989 que remite al régimen general regulado en las leyes 33 y 62 de 1985 que textualmente establece que la pensión se debe liquidar con los factores sobre los cuales efectuó los aportes a pensión.

55.-La discusión respecto a los factores salariales constituye más un cambio de interpretación de la norma, pues con la sentencia del 25 de abril de 2019 se reevaluó una postura que la sala plena del Consejo de Estado consideró que era desproporcional y desdibujaba la voluntad del legislador y adoptó una interpretación que considera, además de ajustarse al texto mismo de la norma, también materializa en mayor medida los principios que subyacen al sistema pensional como la solidaridad y la sostenibilidad del mismo teniendo como derrotero la prevalencia del interés general y la protección de los derechos de los ciudadanos.

56.-Cabe agregar que son los factores establecidos en la ley 62 de 1985 o

creados en normas posteriores, sobre los cuales por mandato legal debieron haberse efectuado las cotizaciones para pensión.”
(...)

“68.-La Sala precisa que en esta sentencia se acogen las reglas jurisprudenciales de unificación referidas en la sentencia del 25 de abril de 2019, y si bien la referida bonificación no se encuentra enlistada en la ley 61 de 1985, esto se debe a que para esa fecha esta bonificación no había sido creada pues tan solo se creó hasta el año 2015 y 2016.

69.-Con base en lo expuesto se revocará el resolutivo cuarto de la sentencia de primera instancia exclusivamente en relación con el factor denominado bonificación mensual docente, y se declarará la nulidad de la resolución No. 288 del 3 de febrero de 2017 expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Neiva en nombre de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, que negó la reliquidación de pensión de jubilación a la actora.”

FUENTE FORMAL: Ley 91 de 1989/ Ley 100 de 1993/ Ley 812 de 2003/ Decreto 2277 de 1979/ Decreto 1566 de 2014.

NOTA DE RELATORÍA. Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. César Palomino Cortés, Sentencia SUJ- 014 -CE-S2 -2019, del 25 de abril de 2019, Radicación No. 680012333000201500569-01, No. Interno 0935-2017, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag./Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00102-01(2076-13) actor: Guillermo Antonio Vanegas Sierra. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL EICE En Liquidación.



Dr. ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA SALAZAR TEJADA

DEMANDADO: NACIÓN- RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

RADICACIÓN: 41 001 33 33 003 2018 00117-02

FECHA: OCTUBRE 5 DE 2021

BONIFICACIÓN JUDICIAL: Factor salarial para liquidación prestaciones sociales.

“70.-Bajo esta línea de interpretación, y teniendo en cuenta que de conformidad con el decreto que creó la bonificación judicial, este emolumento lo perciben los servidores públicos de la Rama Judicial mensualmente, esto es de manera habitual y periódica, como retribución directa por el servicio prestado, no existe discusión que la bonificación judicial tiene naturaleza salarial, máxime si se tiene en cuenta que esta se creó con la finalidad de nivelar salarialmente a los empleados de la Rama judicial, en cumplimiento del parágrafo del artículo 14 de la ley 4 de 1992; esto es poner en condiciones similares a estos servidores públicos para que sus ingresos se consideraran acordes a la labor desempeñada.

71.-Ahora bien, esa naturaleza salarial le fue otorgada directamente por el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria que le fue conferida por el legislador en la ley 4 de 1992, dentro de la competencia que la Constitución le asigna para definir el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos. No obstante, esa competencia no es ilimitada, sino que debe someterse no solamente a los principios constitucionales y convencionales exigibles al Estado en la materia, sino también a los criterios y objetivos de la ley marco que pretende desarrollar, en este caso la ley 4 de 1992.

72.-Como se indicó en líneas anteriores, el artículo 150 de la Constitución Política le otorga la facultad al Legislador de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, no obstante la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que esa competencia no es absoluta, pues ante la ausencia de reglas expresas en la Constitución, la definición de los elementos que integran el concepto de salario y sus efectos en la liquidación de prestaciones sociales por parte del legislador, debe adoptarse “dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, como se expresó en la sentencia C-470/958, que necesariamente deben consultar los principios básicos que aquélla contiene, como son, entre otros, la igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, y la primacía de la realidad sobre la formalidad.”⁹

(....)

“79.-No existe discusión entonces respecto a la competencia del legislador para definir cuáles emolumentos constituyen factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales y de otros conceptos, como lo resalta ampliamente el a-quo, no obstante esta Sala insiste en que tal facultad no debe quebrantar principios constitucionales en materia laboral, por lo que aun cuando la liquidación de emolumentos salariales y prestacionales se encuentra taxativamente en la norma, esto no significa que la norma esté acorde a la Constitución.

80.- Resulta necesario precisar que si bien la Corte Constitucional ha advertido en la sentencia C-279 de 1996 que nada impide al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, en esta misma sentencia, es enfática en señalar que esta competencia está atribuida únicamente al legislador, de tal suerte que es este quien puede decidir que algún emolumento que tenga el carácter de salario no sea incluido en la base de liquidación de determinada prestación, y como quiera

que en el presente caso la restricción impuesta a la bonificación judicial se hizo mediante decreto, el ejecutivo no tenía la competencia para imponer esa limitación y eso genera un vicio en la norma reglamentaria por extralimitación de sus funciones.”

(...)

“87.-La limitación establecida en el artículo 1 del decreto 0383 de 2013, violó no solamente la Constitución Política y los principios laborales constitucionales, sino también normas internacionales, como el convenio 95 de la OIT, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuyo artículo 26 consagra la protección progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que se ve vulnerado al restringir de manera regresiva un emolumento salarial (que debía servir para nivelar el salario), en detrimento de los derechos de los trabajadores máxime si está más que decantado en el escenario internacional que el derecho a recibir el salario es irrenunciable.

88.-De tal manera que el consagrar que la bonificación judicial constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al sistema de salud y pensión, desconoce su completa naturaleza salarial que conlleva a que no se pueda reconocer parcialmente para determinados efectos, y para otros no, por lo que vulnera los derechos de los trabajadores, desconoce el deber de protección especial que el Estado tiene en relación con el derecho al trabajo, vulnera principios constitucionales e internacionales como el principio de progresividad y no regresividad, desconoce las obligaciones internacionales de protección y garantía de los derechos humanos y quebranta la finalidad misma del Estado Social de Derecho, por lo que sobre esta limitación debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad con el fin de que la bonificación judicial constituya factor salarial para la liquidación y pago de todas las prestaciones sociales.”

(...)

“93.-La limitación establecida en el artículo 1 del decreto 0383 de 2013, violó no solamente la Constitución Política y los principios laborales constitucionales, sino también normas internacionales, como el convenio 95 de la OIT, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuyo artículo 26 consagra la protección progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que se ve vulnerado al restringir de manera regresiva un emolumento salarial (que debía servir para nivelar el salario), en detrimento de los derechos de los trabajadores máxime si está más que decantado en el escenario internacional que el derecho a recibir el salario es irrenunciable.

94.-De tal manera que el consagrar que la bonificación judicial constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al sistema de salud y pensión, desconoce su completa naturaleza salarial que conlleva a que no se pueda reconocer parcialmente para determinados efectos, y para otros no, por lo que vulnera los derechos de los trabajadores, desconoce el deber de protección especial que el Estado tiene en relación con el derecho al trabajo, vulnera principios constitucionales e internacionales como el principio de progresividad y no regresividad, desconoce las obligaciones internacionales de protección y garantía de los derechos humanos y quebranta la finalidad misma del Estado Social de Derecho, por lo que sobre esta limitación debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad con el fin de que la bonificación judicial constituya factor salarial para la liquidación y pago de todas las prestaciones sociales.”

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta **decisión:** Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional./ Sentencia SU-995 de 1999/ Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1393 del 18 de julio de 2002. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce; Sección Segunda Subsección A. Sentencia del 21 de octubre de 2011. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. 25001-23-31- 000-2003-00451-01; Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 7 de diciembre de 2006. C.P. Jesús María Lemus Bustamante. Rad. 25000-23-25-000-2000-3609-01; Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 19 de febrero de 2018. C.P. César Palomino Cortés. Rad. 11001-03-25-000-2011-00167-00/ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de agosto de 2016. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Rad. 25000-23-37-000-2012-00091-01/ M.P. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-521 de 1995.



DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: FABIAN ANDRÉS LOZANO MURIEL Y OTROS

DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVÍAS

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 002- 2016-00155-01

FECHA: OCTUBRE 19 DE 2021

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Lesiones sufridas por motociclista quien colisiona con rama en la vía.

“Conforme a lo anterior, la demostración de la existencia de un obstáculo en una vía no es, por sí sola, suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de producirse un daño por ello, pues esa prueba debe acompañarse de la acreditación del nexo causal entre ese daño y la acción u omisión en que pudo haber incurrido la administración en su deber de mantenimiento de la infraestructura pública.”

(...)

“Como pasa a explicarse, se revocará la sentencia recurrida y se negarán las pretensiones de los demandantes, debido a que no se demostró la responsabilidad

administrativa del INVÍAS, pues no existe prueba suficiente de que haya existido falla del servicio en el deber de mantenimiento de la vía pública nacional en la que ocurrió el accidente de tránsito que se invoca en la demanda, en tanto que no fue acreditado que se avisó a la entidad demandada la existencia del árbol sobre la vía que impedía u obstaculizaba su uso normal y que esta no atendió la solicitud ni instaló las señales preventivas correspondientes y tampoco que tal obstáculo -rama de árbol- permaneció abandonada en la vía sin que el INVÍAS, en el desarrollo de sus actividades rutinarias de mantenimiento, la hubiera removida y restableciera la circulación normal de la vía.

Para tal efecto, veamos los elementos que se requieren para declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio en el deber de mantenimiento de vías públicas, esto es, el daño, la actuación administrativa y la relación o nexo de causalidad.”
(....)

“Si bien el a quo afirma que era un deber de la entidad demandada hacer una revisión de la carretera por haberse presentado una tempestad el día previo al accidente, lo cierto es que la ocurrencia de ese fenómeno natural no encuentra apoyo en ninguna otra prueba en el proceso, por lo que la sola manifestación del testigo resulta insuficiente, si se tiene en cuenta que la valoración de su testimonio entraña una mayor severidad y necesidad de confrontación respecto de los demás elementos probatorios en atención a que afirmó ser testigo presencial de los hechos, y lo que se pretende precisamente demostrar es que fue la omisión de la entidad demandada la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso.

Insiste la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delimitado la configuración de responsabilidad en casos relativos al deber de mantenimiento de carreteras a dos eventos: i) cuando se avisó a la entidad sobre un daño en la vía que impida u obstaculice su uso normal y esta no atiende la solicitud ni instala las señales preventivas correspondientes y ii) cuando escombros u obstáculos permanecen abandonados en una carretera, sin que la entidad, en el desarrollo de sus actividades rutinarias de mantenimiento, los remueva y reestablezca la circulación normal de la vía y en este caso, no se acreditó ninguna de las dos situaciones mencionadas.

Entonces, no es posible atribuir el daño alegado por los demandantes bajo el título de imputación de la falla del servicio de mantener en condiciones óptimas las vías públicas al INVÍAS, a partir de una supuesta omisión en la prevención del accidente, y bajo esas condiciones, la Sala considera que ante la imposibilidad de resolver las posibles situaciones planteadas frente al desprendimiento del árbol como un hecho evitable o prevenible por parte de la administración, en tanto no existe prueba de que tal obstáculo permaneció en dicho sitio por mucho tiempo sin ninguna intervención de la entidad demandada y/o que esta hubiera sido conminada previamente para que ejecutara labores de mantenimiento de los árboles del sector y que ante su negativa, se hubiese pedido la intervención de otras autoridades de policía o administrativas, punto que llama la atención a la Sala, pues el a quo asegura que muy cerca se hallaba un peaje, lo cual, de haberse probado en el proceso, hubiere servido para demostrar la ausencia de intervención por parte de la entidad demandada.

En resumen: se revocará la sentencia recurrida y se negarán las pretensiones de los demandantes, debido a que no se demostró la responsabilidad administrativa del INVÍAS en este caso, pues si bien se demostró el daño, no existe prueba suficiente del nexo causal, ya que no se demostró la omisión del deber del mantenimiento de la vía pública a cargo de esta entidad, en la que sucedió el accidente de tránsito y se produjeron las lesiones que hoy reclama el demandante Fabián Andrés Lozano Muriel.

Como no es posible atribuir el daño a la entidad demandada, se hace innecesario el análisis de los eximentes de responsabilidad alegados por aquella e impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y en su lugar desestimar las suplicas de la demanda.”

FUENTE FORMAL: Art. 90 CP.

NOTA DE RELATORÍA. Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P.: Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 11 de mayo de 2006, Número Interno 15042/ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de diciembre de 2018, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad.: 73001-23-31-000-2011-00077-01(44886).



DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: REPETICIÓN

DEMANDANTE: EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA

DEMANDADO: GERMÁN ANDRÉS GARCÍA GALINDO

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 002- 2017-00113-02

FECHA: OCTUBRE 19 DE 2021

ACCIÓN DE REPETICIÓN: No se demostró que la conducta del demandado fuera dolosa o gravemente culposa.

“Esta acción, como mecanismo judicial que la Constitución y la ley otorgan al Estado, que hoy se denomina medio de control, tiene como propósito el reintegro de los dineros que ha pagado una entidad pública, como consecuencia de una condena judicial o producto de una conciliación, derivada de los daños antijurídicos causados a un particular, por la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público e incluso del particular provisto de una función pública, lo cual determinó que se afectara el patrimonio estatal y se causara un detrimento presupuestal para el reconocimiento de esa indemnización, por manera que la finalidad de la acción es la protección del patrimonio estatal necesario para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho.”

(...)

“Ahora, conforme a los criterios jurisprudenciales citados, es claro que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios surge en la medida en que el daño, a cuya reparación patrimonial hayan sido condenada, pueda imputarse a estos y que sea clara la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos; pues en aplicación del principio de buena fe, legalidad y el debido proceso, es claro que no cualquier error en el que pueda incurrir el servidor público, es suficiente para imputarle responsabilidad patrimonial, pues de ser así, la responsabilidad sería objetiva y todos los agentes del Estado actuarían con temor y con ineficiencia la función pública.”

(...)

“En este orden, según lo examinado y como quiera que la entidad demandante no aportó otros medios de prueba distintos a las providencias de primera y segunda instancia, solo se limitó a afirmar que la conducta del señor García Galindo fue culposa, la Sala debe acudir a los mismos elementos probatorios para dilucidar si en este caso procede atribuir responsabilidad al demandado en el grado de culpabilidad que se le endilga.

Para el efecto, la Sala considera que la entidad demandante no desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a establecer que la conducta del demandado fue con culpa grave, tal como lo afirma en el escrito de la demanda, pues se evidencia en el plenario que solo se limitó aportar la sentencia de primera y segunda instancia, para lo cual ha de mencionar esta colegiatura que, el presente medio de control tiene total independencia del medio de control de reparación directa que dio origen a la condena, y la valoración probatoria allí efectuada no ata al juez de conocimiento en este caso.

De igual manera no se advierte que en la providencia de segunda instancia proferida en el proceso de reparación directa, el Tribunal Administrativo del Huila haya realizado algún juicio de valor en aras de determinar la responsabilidad personal de algún funcionario de EPN en los hechos; contrario sensu, se realizó un juicio que giró en torno al accidente padecido por el señor Julio Cesar Cortés Cortés, lo cual no resulta siendo determinante en este litigio.

Aunado a lo anterior, es claro que de conformidad con las funciones que cumplía el subgerente técnico y operativo de la entidad, no son determinantes para concluir que hubo algún tipo de omisión o negligencia por parte del señor García Galindo en el desempeño de las mismas.

Entonces, el análisis jurídico que en estos casos debe hacerse, cuando se trata de endilgar responsabilidad administrativa a un servidor público en ejercicio del medio de control de repetición, no puede limitarse a señalar la situación fáctica y probatoria que en razón del planteamiento del litigio propuesto por las partes se da al interior de la controversia retributiva; sino que debe ir mucho más allá, esto es, demostrar que la actuación del funcionario fue de tal naturaleza que desvió su poder y violó de manera clara, contundente y sin justificación alguna el ordenamiento legal colombiano vigente para la época de los hechos, en la que, incluso, se perfile o sea notoria la arbitrariedad y el desconocimiento de la ley y de la cual, obviamente, no se desprendan efectos favorables a la entidad pública que demanda.

Debemos recordar que dolo hace referencia a “la intención dirigida por el agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño”; mientras que la culpa grave impone una actuación distante de los mínimos legales, una conducta inexcusable carente de toda justificación, un descuido que no admite comparación siquiera con un actuar de poca prudencia y para efectos de repetición, si bien en muchas ocasiones, es posible comprobarlo a partir de la ilegalidad del acto, en otras, como lo es el presente caso, la actuación evaluada en el proceso que dio lugar a la condena, no es suficiente para concluir que el demandado actuó con dolo o con culpa grave o que faltó a su deber de cuidado con connotaciones de un actuar especialmente grosero, negligente, imprudente, o que omitió su deber funcional.

Así las cosas, no se evidencia que el hecho que el demandado desempeñara las funciones de subgerente técnico y operativo de EPN sea motivo para determinar que desplegó una conducta discrecional, caprichosa o dolosa o que hubiera excedido sus facultades y fuera la consecuencia directa del hecho que culminó con una condena en contra de la entidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

De esta manera, las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario, obedecen a lo dispuesto por el artículo 167 del C.G.P., de conformidad con el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda o de la defensa, según el caso.

Aunado a lo anterior, el principio de autoresponsabilidad de las partes se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa exigible a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.

En conclusión, no existen en el expediente los elementos probatorios suficientes que permitan afirmar con certeza que la conducta del demandado Germán Andrés García Galindo fue dolosa o gravemente culposa, y por ello, es necesario confirmar la sentencia de primera instancia.”

FUENTE FORMAL: Art. 90 -2CP/Ley 80 de 1993/ Ley 270 de 1996/ Ley 446 de 1998/Ley 678 de 2001/ Ley 1437 de 2011.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493/Cfr. Sentencia de 31 de julio de 1997, Exp. 9894/ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, Expediente Rad. No. 17.482 y Expediente No. 28.448.



DR. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: SEGUNDA STERLING TRUJILLO Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN – MINDEFENSA- POLICÍA NACIONAL

RADICACIÓN: 41 001 33 31- 705- 2012-00052-01

FECHA: OCTUBRE 5 DE 2021

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Conducta de la víctima fue causante del daño.

“En efecto, de acuerdo a los distintos pronunciamientos del Consejo de Estado, la posibilidad de imputar un daño al Estado depende del análisis de cada caso en concreto, de modo que no solo se verifique la participación efectiva de sus agentes en los hechos u omisiones que se alegan, sino la existencia de un fundamento jurídico, en virtud del cual sea posible establecer que le asiste el deber de reparar el daño.

En lo que concierne a la imputación en estos casos, bien se sabe que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración en la medida en que esta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

Por ello, la Sala abordará cada uno de los elementos antes indicados, esto es, el daño, la actuación o hecho irregular y el nexo de causalidad, a fin de establecer si existió la alegada responsabilidad administrativa de la entidad demandada por falla del servicio policivo, al ser el título de imputación”
(...)

“Conforme a estos elementos probatorios, concluye la Sala que el occiso José Vicente Sterling Trujillo no era un simple espectador de los hechos ocurridos el 23 de marzo de 2010 en el barrio Galán de Neiva y que culminaron con su deceso el 5 de abril del mismo año, como lo afirmaron las declarantes María Asceneth Álvarez Suaza y Karen Urrea Álvarez, quienes por su amistad y cercanía con el implicado Jhonathan Berlín y al parecer con el fallecido, sus versiones no son muy creíbles en los términos del artículo 217 del C. P. Civil, pues esas relaciones de amistad y parentesco implican cierta inclinación a no relatar los hechos en la forma como realmente sucedieron.

Se resalta que, según la deponente Karen Urrea Álvarez, Jhonathan Berlín es su hermanastro y se refugió en su casa de habitación cuando advirtió la presencia de los miembros de la policía que ejecutaban el operativo para capturar y aprehender a quienes momentos antes habían participado en un hurto a funcionarios de la empresa de teléfonos, es decir, de alguna manera participó en tales hechos y ello acrecienta la parcialidad en su declaración.

Al valorar en conjunto estas pruebas, se encuentra que el occiso José Vicente Sterling Trujillo hacía parte de las personas que cometieron el hurto en contra del personal de la empresa Telecom y posteriormente, se enfrentaron con miembros de la Policía Nacional con armas de fuego, tal como se desprende de la declaración rendida por el señor Rubén Darío Perdomo Varón, quien fuera uno de los funcionarios objeto de atraco con armas de fuego, pues nótese que este relata que ante la presencia de los delincuentes se dejaron robar, que uno de ellos le decía al otro que “mátelos porque si no los mata ellos nos denuncian”, que cuando llegó la policía, los requirió para que soltaran sus armas y los antisociales arremetieron contra él, disparando, por lo que se tiraron al suelo para evitar resultar heridos y que todos tenían armas, y las accionaban contra los uniformados, que a los dos minutos llegaron los refuerzos, y continuaron disparando y que el muchacho que los estaba amenazando cayó y la comunidad lo ayudó, lo desaparecieron; a otro lo impactaron en una pierna y la gente colaboró recogiéndolo, entrándolo a una casa cercana. Refiere que la policía tuvo que hacer un anillo de seguridad para sacarlos del sector, que los dejaron en una esquina y que les dijeron que habían capturado a dos muchachos, fueron al CAI e informaron que eran quienes los habían hurtado.

Ahora, si bien el uso de las armas de fuego es considerada una actividad peligrosa, lo cierto es que para que esta sea fuente de responsabilidad estatal en Colombia se requiere que sea causa eficiente del daño, esto es, es necesario que concurra el elemento de la causalidad jurídica, pues sin duda la fuerza pública está legitimada para hacer uso de las armas de fuego de dotación, como en este caso, en el que miembros de la Policía Nacional hicieron uso de sus armas de dotación en ejercicio de sus funciones legales, pues acudieron al sitio a controlar el orden público y a atender el llamado de auxilio de la comunidad, en aras de garantizar la vida e integridad de las personas atacadas y por esa sola circunstancia, debe examinarse si tal uso legítimo de armas de dotación fue ejecutado de manera desproporcionada, irracional o arbitraria, aspecto que debe probarlo quien pretenda reparación de perjuicios, en razón del principio probatorio de la carga de la prueba, previsto en el Art. 177 del C.P.Civil.

De igual manera, es necesario resaltar que el uso de armas, en este caso, no solo fue de parte de los miembros de la Policía Nacional; pues lo probado es que se presentó un enfrentamiento con los delincuentes que al notar la presencia de los uniformados accionaron sus armas en contra de estos.

Resulta necesario precisar que la parte actora recurre la sentencia alegando que se presentó en este caso un “rompimiento del principio de equilibrio frente a las cargas públicas”, pues los demandantes no están obligados a soportar la actividad policial ejecutada en este caso, pues su familiar fue puesto en un riesgo excepcional por el uso de las armas de dotación.

La Sala desestimaré tal argumento, pues para que se presente la responsabilidad patrimonial estatal ocasionada por la actividad lícita y legítima de autoridades estatales, que causa daño antijurídico, bajo el criterio del “rompimiento del principio de equilibrio frente a las cargas públicas”, respecto del cual, el ciudadano no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular; es necesario indicar que en estos eventos solo será equitativo imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de reparar el daño irrogado a las víctimas¹⁸, si se dan circunstancias especiales y excepcionales del riesgo excepcional, en las que efectivamente se presente ese desequilibrio de las cargas públicas.

En efecto, en este caso no es posible afirmar que el daño fue consecuencia de un actuación aunque legítima, generó un daño antijurídico a los demandantes que no estaban obligados a soportar, precisamente porque lo que ocurrió en este caso, según lo probado, es que el señor José Vicente Sterling Trujillo, falleció cuando perpetraba o participaba en un ilícito penal y que se enfrentó con los miembros de la Policía Nacional con arma de fuego, ocasionando la reacción policial y por tanto, que no puede argumentarse que se trate de un daño por rompimiento de las cargas públicas, pues según el informe rendido mediante oficio DAS.DGOP-SIES.GCRI.AC.290902-1-2 del 6 de mayo de 2010, con el cual se enviaron los resultados del análisis e identificación de residuos de disparo por microscopia electrónica barrido M.E.B., a las muestras tomadas de las manos y prendas de vestir de José Vicente Sterling Trujillo, el cual

concluyó que “si se encontraron partículas de residuos de disparo en las muestras tomadas con el kit DAS1999-09”.

En consecuencia, el daño que padeció el señor Sterling no es de aquellos que la sociedad, de manera colectiva, deba reparar, pues según la conducta que realizó al momento de los hechos, en tanto se acreditó que la lesión que finalmente le produjo la muerte, si bien fue causada con arma de fuego, no se demostró que fuera el arma de dotación oficial y de otra parte, porque se probó que la víctima fue quien accionó una de las armas y por ello, es claro que no es jurídico concluir que no debía soportar tal daño, porque al colocarse en esas circunstancias superó las cargas públicas que los ciudadanos deben tolerar por el hecho de vivir en sociedad.

De esta manera, infiere la Sala que no están dados los supuestos para que se adelante la acción de reparación directa en contra de la entidad demandada bajo el título de imputación de daño especial, habida cuenta de que no se advierte actuación alguna por parte de dichas entidades estatales en relación con el daño antijurídico demandado.”

(...)

“La teoría del riesgo –peligro– es considerado cuando la administración causa un daño con ocasión de una actividad lícita y necesaria para la vida en sociedad, que implica el uso de un objeto, sustancia o instalación peligrosa¹⁹, a pesar de que exista un comportamiento diligente y sin falla por parte del ente público²⁰, este deberá resarcir el daño causado, por el hecho de haber generado un riesgo anormal²¹ para el ciudadano.

En este caso, el riesgo que se creó con el uso de las armas de dotación oficial por parte de miembros de la Policía Nacional, pero en ejercicio de una actuación legítima, pero fue el propio ciudadano con su actividad ilícita, al hacer uso de un arma de fuego, el que ocasionó el daño, pues asumió el riesgo al participar del hurto en contra de los funcionarios de Telecom y posteriormente, atacando a los miembros de la Policía Nacional, generándose un enfrentamiento en el que terminó herido de gravedad, lo cual le causó posteriormente la muerte.

De otro lado, es de advertir que, si bien no fue posible adelantar proceso penal en contra del occiso José Vicente Sterling Trujillo por los hechos acaecidos, pues falleció el día 5 de abril de 2010, lo cierto es que ello no es obstáculo para desechar el material probatorio recolectado en el proceso penal adelantado en contra de Jhonathan Berlin Becerra Huertas y Héctor Fabio Cruz Jiménez, quienes estuvieron implicados en los mismos hechos.

Así las cosas, de acuerdo con lo evidenciado en las piezas procesales del proceso penal, es claro que las personas que fueron condenadas, participaron en el hecho y aunque manifestaron que todo ocurrió por acudir al llamado de los gritos de auxilio del señor Sterling, siendo confundidos como los posibles delincuentes, el juzgador penal encontró probado que las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, fueron totalmente distintas a las afirmaciones realizadas en dicho proceso como en la presente demanda.

En conclusión, el problema jurídico debe resolverse confirmando la sentencia, pues de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, se establece que el título de imputación analizado por el a quo resulta ajustado al caso concreto, en tanto que no se deriva de la actuación legítima de la autoridad que el daño ocasionado pueda ser imputable por daño especial o por el riesgo excepcional al que fue sometido la víctima, ya que su propia conducta la causa directa y determinante del daño.”

FUENTE FORMAL: Art 2 y 90 CP.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 19 de 1994. Exp. 7.096, M.P. Juan de Dios Montes, sentencia del 25 de septiembre de 1997, Exp. 10.392, M.P. Ricardo Hoyos Duque, y más recientemente, sentencia del 8 de mayo de 2013, Exp. 22.886, M.P. Olga Valle De La Hoz/ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. sentencia del 11 de diciembre de 2015. C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo. Rad.: 47001-23-31-000-2009-00369-01(41208)



DR. JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MISAEL OSPINA SILVA

DEMANDADO: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL NACIÓN

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 001- 2018-00210-02

FECHA: OCTUBRE 19 DE 2021

SERVIDOR FISCALÍA: Reliquidación prestaciones sociales incluyendo bonificación judicial.

“En tal sentido, esta bonificación judicial es un emolumento que se reconoce mensualmente y constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Salud y Pensiones, por lo que en principio fue voluntad del gobierno nacional excluirla como factor salarial para otros efectos, como la liquidación de las prestaciones sociales.”

(...)

“Si bien el CST no es aplicable directamente a las relaciones laborales entre los servidores públicos y el Estado, desde una interpretación finalística y sistemática, los principios que rigen las relaciones entre particulares constituyen elementos orientadores de las relaciones laborales con independencia de si son de naturaleza pública o privada, máxime si en tratándose de derechos laborales priman los principios de favorabilidad y progresividad en consonancia con el artículo 53 constitucional y los convenios y tratados internacionales en la materia.

En igual sentido, el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 propio de las relaciones laborales en el sector público, establece que además de la asignación básica fijada por la ley para cada cargo, del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”, y si bien esta norma enlista algunos conceptos que denomina como factores de salario, la premisa general allí estipulada conduce a afirmar que tal listado no es taxativo y por tanto siempre que algún emolumento sea habitual y periódico y tenga como finalidad retribuir los servicios del empleado, es salario, aun cuando no se encuentre allí enlistado.

Esta misma línea de interpretación ha sido adoptada por el precedente de la corte Constitucional, que de manera unificada ha definido el salario como todo emolumento que percibe el trabajador como retribución directa del servicio de forma habitual y periódica, independientemente de la denominación que se le asigne: (...)”

(...)

“Conforme quedó analizado en acápites precedentes, el artículo 1º del Decreto 382 de 2013 limitó los efectos del reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial, únicamente para liquidar la base de cotización en salud y pensión excluyéndola así de la base de liquidación de las prestaciones sociales, frente a lo cual el Tribunal advierte que la Ley 4ª de 1992 que es la ley marco desarrollada por el mencionado decreto 382, no estableció ningún límite o exclusión prestacional a la aludida nivelación salarial que ordenó en el parágrafo de su artículo 14 y que se materializó con la referida bonificación judicial, de tal suerte que el gobierno nacional al solo tener competencia para reglamentar esta ley, excedió las atribuciones

conferidas en dicho párrafo pues sin facultad le quitó el carácter salarial a la bonificación judicial que como quedó demostrado, tiene naturaleza salarial.

Es que el ejecutivo no podía oficiosamente definir los elementos que integran el salario al ejercer su competencia reglamentaria, pues se encontraba limitado a los

objetivos y criterios estipulados en la ley que pretendía desarrollar, al respecto el precedente ha establecido: (...)

(...)

“Ahora, si bien el Decreto 382 de 2013 fue expedido en el marco de un acuerdo suscrito entre agremiaciones sindicales y el gobierno nacional, estos acuerdos no pueden ir en contravía de los derechos mínimos de los trabajadores, máxime por tratarse de un acuerdo suscrito entre servidores públicos y una entidad del orden nacional, debe estar consignado en un decreto reglamentario, que como se advirtió debe sujetarse a los parámetros fijados en la ley y en la Constitución¹², tampoco resultar admisible la sobreposición del principio de sostenibilidad fiscal sobre el derecho a recibir un salario digno y acorde a las labores desempeñadas, pues con ello se afectaría los principios de progresividad y no regresividad de los derechos de la clase trabajadora¹³.

Así las cosas, El gobierno nacional no podía desconocer lo que en sentido estricto constituye salario (al fin buscaba nivelarlo) y limitar los efectos de un factor salarial que la ley marco no restringió y por tanto, resulta inconstitucional el desconocimiento de la naturaleza salarial (o dejándola parcialmente para algunos efectos), adoptada en el Decreto 382 de 2013 en tanto desconoce los principios de primacía de la realidad sobre las formas, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos de los trabajadores, salario vital y móvil, favorabilidad, progresividad y no regresividad, además desconoce la normativa interna e internacional que define el concepto de salario, por lo que sobre esta limitación resulta procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta que es aplicable la excepción de inconstitucionalidad en el presente asunto, se revocará el fallo apelado y en su lugar se declararán no probadas las excepciones propuesta por la demandada salvo la prescripción como más adelante se analizará, también se inaplicará la palabra “únicamente” contenida en el artículo 1º del decreto 0382 de 2013 y los que lo modifiquen o sustituyan, pues es factor salarial para todos los efectos legales y se declararán nulos los actos demandados y a título de restablecimiento del derecho se ordenará que se reliquiden las prestaciones sociales del actor, incluyendo como factor salarial la bonificación judicial mientras la devengue y perdure la vinculación a la demandada, además se dispondrá que se paguen las diferencias que se hayan generado como consecuencia de esta reliquidación.”

(...)

FUENTE FORMAL. Art. 4 y 150 CP/ Ley 4 de 1992/ CST- 127/ Decreto 1042 de 1978.

NOTA DE RELATORÍA. Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Pronunciamiento del 19 de septiembre de 2017. C.P. German Alberto Bula Escobar. Rad. 11001-03-06-000-206-00220-00/ T-1029/12/C-288/12/ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, sentencia de diciembre 15 de 2011, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. 68001-23-15-000-2001-02652-02(1076-11).



DR. JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CARLOS GUZMÁN ORTÍZ

DEMANDADO: UGPP

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 001- 2019-00228-01

FECHA: OCTUBRE 5 DE 2021

DEMANDANTE: Tiene derecho a la mesada adicional de junio.

“No obstante, aprecia el Tribunal que la entidad demandada dispuso la efectividad de la prestación a partir del 1° de enero de 2007, luego en aplicación del principio de favorabilidad laboral, se realizará el cálculo con el salario mínimo fijado para cada anualidad.

De esta manera se tiene que el Decreto 4686 del 21 de diciembre de 2005 estableció para el año 2006 el salario mínimo en cuantía de \$408.000, luego al multiplicarlo por tres se obtiene un valor de \$1'224.000 y al confrontar dicha cifra con la mesada pensional reconocida (\$888.891,99) se aprecia que aquélla es superior o esta inferior a tal monto.

Por su parte, el Decreto 4580 del 27 de diciembre de 2006 fijó el salario mínimo para el año 2007 en \$433.700 y al multiplicado por tres asciende a \$1'301.100 y este monto es superior al de la pensión reconocida y ello conlleva a establecer inequívocamente que al actor le asiste el derecho a percibir la mesada adicional de junio o mesada 14, por lo que se acoge el recurso de alza y se revocará la providencia impugnada.

Es que según lo indicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, expuesta en el acápite precedente, el derecho a percibir la mesada adicional de junio está ligado a la consolidación del estatus pensional antes del 31 de julio de 2011 y el Acto Legislativo 01 de 2005 no prevé que ello se aplique para la fecha en que se efectúa la reliquidación pensional, de ahí que los argumentos de la entidad demandada no son acogidos por la Sala y se configura la causal de nulidad invocada en la demanda, pues es evidente que el acto censurado desconoció la normativa indicada en el libelo introductorio.

Para el restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada que proceda al reconocimiento de la mesada 14 a favor del actor a partir del mes de junio del año 2012, anualidad desde la cual fue suspendida, pero se dispondrá que su pago se realice a partir del mes de junio del año 2016 por efectos de la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Es que si bien no se pudo avistar la fecha en que se radicó la solicitud del actor, ya que no se aprecia sello de recibido ni en el oficio demandado se indicó la fecha en que se inició el trámite⁴, por la fecha de la respuesta y el término legal con que cuenta la entidad para responder la petición, infiere la Sala que fue presentada a más tardar el mes de junio de 2016, luego las mesadas adicionales anteriores se encuentran prescritas, pues dentro del nuevo término el actor incoó la demanda.”

FUENTE FORMAL: Ley 100 de 1993/ Decreto 4686 de 2005/ Decreto 4580 de 2006.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Sección Segunda, Subsección A, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, exp.: 05001-23-33-000-2014- 00692-01(4435-17)/ Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, exp.: 25000-23-42-000-2012-00605- 01.



DR. JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JOSE ALFONSO NÚÑEZ HERNÁNDEZ

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL HUILA

RADICACIÓN: 41 001 33 33- 006- 2014-00245-01

FECHA: OCTUBRE 12 DE 2021

CARRERA ADMINISTRATIVA: Procedencia- requisitos- encargo

“Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la carrera administrativa es tanto regla general como principio constitucional que regula el "ingreso, la permanencia, la promoción y el retiro en los diferentes empleos del Estado"2, por lo que las excepciones a dicha regla son de interpretación restringida y deben estar justificadas en la ley, de acuerdo con la naturaleza de la función asignada3, con miras a impedir que la función pública sufra injerencia de actores externos que hagan nugatorio el mérito y así, garantizar el funcionamiento idóneo y continuado de la administración4.

Así, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública, es el fundamento de rango constitucional que se manifiesta a través del concurso público como herramienta principal para seleccionar de manera imparcial al personal más idóneo y calificado para cumplir con las funciones estatales5 y de este modo salvaguardar el interés general6, de ahí que el concurso se orienta a identificar y calificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad física y moral, así como otras aptitudes y cualidades de los aspirantes7, proscribiéndose juicios subjetivos, religiosos, ideológicos, raciales, de género o políticos en la selección.”
(...)

“Del anterior recuento normativo se colige que la figura del encargo tiene una doble connotación: de un lado, es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio, para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo y, de otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes transitoria o definitivamente, tendiendo el encargado derecho a devengar el sueldo señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.”
(....)

“.....Teniendo en cuenta lo anterior y lo expuesto en los acápites precedentes, lo primero que debe precisarse es que para el Tribunal es claro que el actor no podía ser nombrado en encargo para ejercer el empleo de profesional especializado, código 222 grado 17 de la planta central de empleados del departamento del Huila, como quiera que a la luz de las normas que regulan la carrera administrativa y conforme al resultado que arrojó la evaluación de todos los empleos de la entidad, el cargo del que es titular el demandante (profesional universitario, código 219 grado 06), no cumplía con la característica de ser el inmediatamente inferior del empleo a proveer.

En esa medida, no cabe duda que el nombramiento del actor bajo esa modalidad, fue a todas luces irregular, pues desconoció lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 para la procedencia del encargo y ello salta a la vista cuando en las consideraciones del decreto que lo designó en encargo, solo se hizo precisión de su vinculación en carrera administrativa, que no fue sancionado

disciplinariamente en el año anterior y que reunía los requisitos exigidos en el manual de funciones para el ejercicio del empleo, pero nada indicó en relación con el cumplimiento de los restantes requisitos señalados en la norma, verbigracia, la calificación sobresaliente que debía tener y que el cargo del cual era titular fuese el inmediatamente inferior.

Bajo este panorama, al haberse concretado que quienes jerárquicamente tenían el derecho a ser encargados en el empleo a proveer, eran los servidores públicos que ostentaban el cargo de profesional universitario, código 219 grado 10, como en efecto aconteció con el estudio adelantado por la secretaría general del departamento del Huila y dentro de las cuales figuraba la señora María Yineth Almarío Mayor, dicha entidad, en cabeza del gobernador, tenía el deber legal de dar por terminado el encargo que irregularmente fue otorgado al demandante.

Lo anterior dado que el artículo 94-2 del Decreto 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental¹⁴ y de acuerdo al artículo 41 literal “j” de la Ley 909 de 2004, tiene la facultad para revocar el nombramiento si el designado no acredita los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995.

Es que al ser manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico el acto por medio del que se nombró al actor en encargo, procedía la revocatoria de oficio de su nombramiento, que en este caso se traduce en la decisión de dar por terminado el encargo en el empleo de carrera que le había sido concedido, con miras a conjurar la situación administrativa (encargo) que fue otorgada al margen de la normativa y proceder a proveer el cargo como corresponde, esto es, aplicando irrestrictamente dicha disposición.

Ahora, si se acogiese el argumento de que el encargo concedido al actor obedeció al reconocimiento que la entidad demandada hizo de sus aptitudes, habilidades, competencias y cumplimiento de los requisitos para asumir las funciones del nuevo, ello no se consignó en el acto de su designación ni reposa prueba de ello en el plenario y en todo caso, tal circunstancia no podría servir de fundamento para desconocer la norma que regula el derecho preferencial de encargo.

En otras palabras, el hecho de haber sido encargado del empleo anteriormente, ante las ausencias de su titular, de lo cual tampoco obra probanza en el expediente, no habilita a la administración para adoptar una decisión de espaldas al ordenamiento jurídico como efectivamente ocurrió, concediéndole un encargo sin cumplir los requisitos legales para ser beneficiario del mismo.

De otra parte, la Sala no acoge el argumento de la parte actora, de que no podía darse por terminado su nombramiento en encargo porque el mismo quedó atado a la provisión definitiva mediante concurso de méritos, pues el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 es diáfano en establecer que mientras se adelanta el proceso de selección, los empleados de carrera tienen el derecho de acceder a los empleos vacantes temporal o definitivamente, a través de la figura del encargo, sin que ello pueda ser mayor a seis meses y la disposición reglamentaria que autorizaba su extensión luego de ese término, previa autorización de la CNSC, fue anulada en la forma como se indicó en el capítulo antecedente.

Entonces, el encargo efectuado al actor fue irregular y además desbordó los límites temporales que fijó la norma, aunque la prórroga del nombramiento en encargo se produjo mientras estuvo vigente en su totalidad el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005 que lo autorizaba, pero una vez fue anulada la posibilidad de la prórroga en el año 2012, la entidad demandada no podía mantener la anómala situación en aras de garantizar los principios constitucionales y legales que rigen la carrera administrativa y debió terminar el encargo por cuanto desapareció el fundamento jurídico que soportaba la extensión temporal pero no lo hizo, contrariando los principios de la función pública y la carrera administrativa.

Tampoco comparte la Sala que la prórroga en el encargo más allá de la prohibición legal, encontraba soporte normativo en el Decreto 4968 de 2007 porque éste había modificado el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, toda vez que el primero de los citados decretos no modificó el artículo 8 en mención en su totalidad, solo modificó el parágrafo transitorio del mismo y no el aparte que autorizaba la prórroga (inciso

segundo) y que luego fue declarado nulo por el Consejo de Estado, lo que ratifica que no existía fundamento legal para que el actor continuara en el encargo una vez dicho inciso fue retirado del ordenamiento jurídico.

Lo anotado permite señalar que no se vulneró el debido proceso ni el derecho de defensa al demandante al haberse terminado su encargo, pues las normas de carrera mencionadas permitían a la administración ponerle fin por haberse dado en contraposición al ordenamiento jurídico, así el actor tuviere mejor perfil para el cargo en cuestión, cosa que tampoco ha quedado acreditada en este caso.

Es más, la Sala considera que tampoco se trasgredió la relativa estabilidad laboral que concede el encargo, tal como se indicó en la demanda, pues es evidente que tal modo de provisión puede legalmente darse por terminado y además, no puede invocarse esa precaria estabilidad cuando se ha accedido al encargo sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa, por eso no puede afirmarse que el actor tenía un derecho adquirió porque los mismos son respetados por el ordenamiento jurídico cuando se adquieren con arreglo a las leyes.

Desde esta perspectiva, no encuentra el Tribunal que el acto demandado, al dar por terminado el nombramiento del actor en encargo haya vulnerado la normativa invocada en la demanda, sino que por el contrario, la aplicó, de ahí que el cargo invocado no está llamado a prosperar.”

(....)

“Lo anterior quiere decir que la motivación de la entidad era conceder el encargo a quien corresponde en estricta aplicación de los postulados legales que lo regulan, porque constató que el actor no reunía los requisitos para ser beneficiario del mismo y por tal circunstancia, es evidente que el cargo analizado tampoco está llamado a prosperar, destacando de paso, que la entidad demandada cumplió así con el precedente jurisprudencial ya comentado sobre la obligación de motivar el acto que da por terminado un encargo, al tratarse de un servidor público inscrito en carrera administrativa, lo que demuestra que no se trató de una actuación caprichosa ni arbitraria, sino apegada a los postulados constitucionales y legales.”

(....)

“Ello no es otra cosa que una manifiesta actitud de discriminación que en nada se acompasa con los principios y fines del Estado Social de Derecho, por lo que merece el pleno reproche desde todo ámbito, incluso porque no se allegó ningún medio probatorio que demostrara la supuesta afectación del servicio que se alegó en la demanda.

Así las cosas, no avista la Corporación que en el presente caso, al haber dado por terminado el encargo que fue concedido al actor, el acto demandado haya transgredido la normativa invocada en la demanda y por lo mismo no ha incurrido en las causales de anulación que se formularon en su contra, razón por la que las pretensiones no están llamadas a prosperar y se confirmará la decisión recurrida.”

FUENTE FORMAL: Art. 123 y 125 CP/ Ley 443 de 1998/ Ley 909 de 2004/ Ley 344 de 1996/ Ley 443 de 1998/ Ley 909 de 2004/ Decreto 2400 de 1968/ Decreto 1950 de 1973/ Decreto 1227 de 2005/ Decreto 1567 de 1998/ Decreto 4968 de 2007.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: 15 Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2016, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp.: 25000-23-26-000-1999-02474-02(32141)/ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de noviembre de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, exp.: número: 11001-03-26-000-2014-00117-00 (51957)/ 3 C-195/94/ C-405/95/C-181/10, C-588/06, C-356/94 y C-479/92/ C-195/ SU-086/99.



Dr. RAMIRO APONTE PINO
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

DEMANDANTE: UGPP

DEMANDADO: DODANÍN SOTO QUESADA

RADICACIÓN: 41 001 23 33- 000- 2019-00480-00

FECHA: OCTUBRE 12 DE 2021

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL: Con fundamento tesis jurisprudencial vigente.

“a.- Ab initio, es pertinente resaltar que este medio de impugnación excepcional se encuentra regulado en los artículos 248 y siguientes del CPACA, y a través de éste se pueden revisar determinadas sentencias de la Jurisdicción contencioso administrativa, amparadas por la intangibilidad de la cosa juzgada, e infirmarlas ante la demostración inequívoca de ser decisiones injustas, al incurrir en alguna de las causales taxativamente consagradas.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 249 de la norma en cita, son sentencias susceptibles del recurso “(i) las dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; (ii) las dictadas en única, primera o segunda instancia por los Tribunales Administrativos y (iii) las dictadas en primera o segunda instancia por los Jueces Administrativos, cuya naturaleza permita la interposición de tal recurso.” (subraya y resalta la Sala).

El recurso debe satisfacer los requisitos establecidos en el artículo 252 del CPACA. En particular, el recurrente debe señalar con precisión y justificar la causal o las causales en que se funda y aportar las pruebas necesarias. En otras palabras, el recurso extraordinario de revisión no da cabida a cuestionamientos sobre el criterio con que el juez interpretó o aplicó la ley en la sentencia. Merced lo anterior, es riguroso en cuanto a su procedencia, pues se restringe a las causales enlistadas en el mencionado artículo 250, ibidem, y a las previstas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.”

(...)

“Observa la Sala, que el referido presupuesto se satisface en el sub lite, porque la sentencia objeto del recurso cobró ejecutoria el 23 de julio de 2013 (f. 169 cuad. pruebas 1); es decir, en vigencia el CPACA, y el recurso fue interpuesto el 20 de junio de 2018 (f. 309, cuad. ppal. 2). De suerte que el mismo se interpuso en término.”

(...)

“Posición que desde entonces, La Sala viene acogiendo en su integridad el referido precedente, asumiendo, que los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la mesada pensional, son los ingresos sobre los cuales el interesado hubiera cotizado o aportado al sistema de pensiones. Desde luego, aplicándose a aquellos asuntos que a la fecha de expedición del nuevo pronunciamiento de unificación, se encontraban en discusión tanto en vía administrativa como judicial.”

(...)

“d.- En ese orden de ideas, es menester colegir que para establecer el ingreso base de liquidación se debe recurrir a los factores salariales establecidos en los Decretos 929 de 1976, 720 y 1045 de 1978; sin perjuicio de los que de manera habitual y periódica perciba como contraprestación del servicio.

e.- Por importancia jurídica, el H. Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 1° de junio de 2020, y al analizar la situación particular de los servidores de ese órgano de control, reiteró la posición adoptada en la sentencia del 28 de agosto de 201823. Resaltando que el reconocimiento de esa prestación se subordina a las prescripciones consagradas en el Decreto 929 de 1979 (en cuanto a edad, tiempo y tasa de reemplazo); sin embargo, el periodo a tener en cuenta es el previsto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales los enlistados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994:(...)

(...)

“Como ya se indicara, la entidad demandante solicita invalidar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva el 30 de mayo de 2013 (aclarada el 16 de julio de esa misma anualidad); considerando que se configuran las causales contenidas en los literales

a) y b) del artículo 20 de la ley 797 de 2003.

Al respecto, es del caso precisar que el reconocimiento y la reliquidación de la pensión del señor Dodanin Soto Quesada se realizó teniendo en cuenta que era beneficiario del régimen de transición; porque en la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 en el nivel nacional (1° de abril de 1994), tenía 47 años de edad.

De suerte que le asistía el derecho a que su mesada se liquidara con base en la normatividad anterior; es decir, la regulada en los Decretos 929 de 1976, 720 y 1045 de 1978 (en cuanto a edad, tiempo de servicio, tasa de reemplazo y monto); incluyendo el periodo y los factores salariales aplicables al régimen especial de los miembros de la Contraloría General de la República.

Huelga recordar, que la sentencia que se reprocha se expidió en garantía del precedente vertical, y las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia del 4 de agosto de 2010; es decir, incluyendo todos los factores que constituyen salario.”

(....)

“Teniendo en cuenta lo expuesto, no prosperan los cargos deprecados en el recurso de revisión; de contera, se denegarán las pretensiones invocadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-. Resaltando, que en el presente caso, o se encuentra probado el abuso del derecho ni el fraude a la ley alegados; porque no se demostró una vinculación precaria de la cual se hubiera generado un incremento injustificado de la prestación periódica, y/o que existiera mala fe del señor Dodanin Soto Quesada en el momento de obtener la reliquidación pensional; la cual, se reitera se realizó con fundamento en la tesis jurisprudencial que se encontraba vigente.”

FUENTE FORMAL: Ley 797 de 2003/ Ley 100 de 1993/ CPACA/ Decreto 929 de 1976/ Decreto 720 de 1978/ Decreto 3135 de 1968/ Decreto 1045 de 1978/ Decreto 720 de 1978.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica CE-SUJ- SII-020-2020 de 1° de junio de 2020. Olga Lucía Bermúdez Parra vs Ugpp. CP Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez/23 Expediente 4403-2013. CP. César Palomino Cortés/ Sobre el particular, ver, Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión N° 12, Sentencia del 10 de septiembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2016-01410-00 MP. Ramiro Pazos Guerrero/ C-258 DE 2013/ t-078 DE 2014/ SU- 230 DE 2015/ C-218 DE 2013/ SU- 395 DE 2017.



Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR CASTAÑO AGRACE

DEMANDADO: NACIÓN- MINEDUCACIÓN- FOMPREMA

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -002- 2019- 00414-01

FECHA: OCTUBRE 19 DE 2021

PAGO TARDÍO CESANTÍAS DOCENTE: Sanción moratoria.

“Finalmente, se dicta la Ley 1071 de 2006 “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”, modificando en algunos aspectos el procedimiento de pago de las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria, la cual a partir del 31 de julio de 2016, aplica también para las cesantías parciales que soliciten los servidores públicos, es decir, no es requisito obligatorio exigir el retiro del servidor público.”

(....)

“En ese orden de ideas, la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es una norma de carácter general que aplica a los servidores público, categoría que cubre a los docentes oficiales, a quienes les resulta aplicable los términos que allí se disponen para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, así como la sanción ante la mora en su pago.”

(....)

“Por lo anterior, resolvió la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, INAPLICAR por ilegal el Decreto 2831 de 2005, e instó a los entes territoriales y al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a que las solicitudes de reconocimiento de cesantías definitivas promovidas por los docentes sean tramitadas en atención a lo previsto en la Ley 1071 de 2006, y al Gobierno Nacional a que disponga una reglamentación acorde con esta norma, al observar que la Ley 1071 de 2006, fue expedida por el Congreso de la República, mientras que el Decreto 2831 de 2005 por el Presidente de la República, prevaleciendo la referida ley sobre el decreto reglamentario.

Así las cosas, de conformidad con el precedente vertical fijado por el Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al resultar violatorio el procedimiento establecido por el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 sobre el establecido por el Legislador en la Ley 1071 de 2006, pasando por alto la posición prevalente que en el ordenamiento jurídico ocupan las leyes expedidas por el Congreso sobre las disposiciones de inferior rango jerárquico, el proceder de la Sala será inaplicar por ilegal el Decreto 2831 de 2005 en cuanto al procedimiento para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías (parciales o definitivas), en aplicación de la facultad contenida en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 cuyo tenor literal es el siguiente: (...)”

“En tal sentido, del material probatorio debidamente allegado al expediente se evidencia que la solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de cesantías parciales se radicó el 11 de mayo de 2015 (Documento No. 001 Expediente electrónico).

Significando ello, que la Secretaría de Educación del Departamento del Huila, que tenía a su cargo la función de expedir el acto correspondiente, contaba con el plazo de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, el cual venció el 3 de junio de 2015, sin embargo, la Resolución No. 3296 de 2015 por la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial, fue proferida el 24 de julio, es decir, 34 días después del vencimiento de los 15 días.”
(.....)

“Generándose así un periodo de mora desde el 27 de agosto de 2015 al 3 de diciembre de 2015, día anterior a la realización del pago por parte de la Fiduprevisora S.A. de las cesantías parciales reconocidas a la actora, lo que equivale a un retardo de 100 días.

En consecuencia, observa la Sala que los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante resultan prósperos. Por tanto la sentencia de primera instancia ha de ser modificada, en el sentido de ordenar a título de restablecimiento del derecho a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de un día de asignación básica por cada día de retardo desde el 27 de agosto de 2015 al 3 de diciembre de 2015, la cual se liquidará con base en la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, es decir, la devengada por la demandante para la anualidad 2015.”

FUENTE FORMAL: Ley 91 de 1989/ Ley de 1945/ Ley 65 de 1946/ Ley 244 de 1995/ Ley 1071 de 2006/ Decreto 1160 de 1947.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: SU- 336 de 2017/ C- 741 de 2012/ C- 486 de 2016/ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03666-00.



Dr. GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
MAGISTRADO PONENTE

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: SANTIAGO OLMEDO YULE MENSA

DEMANDADO: CASUR

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -008- 2018- 00296-01

FECHA: OCTUBRE 26 DE 2021

SUBSIDIO FAMILIAR - No se incluye como partida computable asignación de retiro.

“Conforme al marco normativo y jurisprudencial aludidos se concluye que, quienes accedieron a la carrera del Nivel Ejecutivo encontrándose en servicio activo en la Policía Nacional, lo hicieron de manera libre y voluntaria, y en consecuencia, que se sometieron al régimen salarial y prestacional que se estableciera para dicho nivel siempre que este último no desmejorara ni discriminara su situación laboral en virtud de la protección especial consagrada en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995 y que materializa el principio de progresividad y no regresividad de los derechos prestacionales ante el cambio normativo, pero el reconocimiento de la asignación de retiro es el previsto para los miembros de la Policía Nacional, es decir, los Decretos 1212 y 1213 de 1990.”
(....)

“Así las cosas, atendiendo el deber de acatar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, como órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo en los términos del artículo 237 de la Constitución Política²¹, y dada la advertencia indicada en cuanto a que la ratio decidendi debe ser aplicada a todos los casos que estén en trámite, esta Sala acogerá la tesis de la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, pues unificó la postura en cuanto a las partidas computables (incluida la de subsidio familiar) a la asignación de retiro de los soldados profesionales y en ese contexto, por tratarse de un precedente que solo no guarda similitud con las pretensiones del demandante en lo relacionado con la aplicación del test de igualdad utilizado, se acoge este criterio y se precisará que no existe vulneración del derecho a la igualdad entre los miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo y los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con la inclusión de la partida del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro.

Por tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia y se hace extensiva tal ratio decidendi antes expuesta al caso examinado, en el que se indica que no existe violación del derecho a la igualdad entre unos empleados frente a otros, pues no procede incluir el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del demandante Santiago Olmedo Yule, pues su condición de pertenecer al Nivel Ejecutivo al momento de adquirir el status, no impone afirmar que fue discriminado, en la medida que tales decisiones se hallan amparadas por el principio de la legalidad que impide desconocer lo decidido por la autoridad aquí demandada.

Se aclara que, el Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que no existe vulneración al derecho a la igualdad entre el régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en su integridad, frente al que cubre a los suboficiales y agentes de la institución, en particular, porque la asignación salarial les resultó favorable, y, por ende, que no se puede entender que hubo vulneración a los derechos adquiridos o detrimento salarial.
(...)

“Sin embargo, lo que se discute en este caso, es que la asignación de retiro del actor no incluyó el subsidio familiar como sí es reconocida y pagada a los oficiales y suboficiales en virtud del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, y que además, como si se la reconocen a los soldados profesionales, a lo que, como ya se explicó, al no existir vulneración del derecho a la igualdad entre unos y otros empleados, no procede reconocer tal partida al actor, y porque debe acudirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos y que sea de manera gradual para unos empleados frente a otros, pues el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones o como en este caso, que quienes siendo agentes o suboficiales ingresaron al nivel ejecutivo dentro de la Policía Nacional y solo tienen derecho a las escalas salariales y prestacionales señaladas en el artículo 10 del Decreto No. 1791 de 2000²⁴, el cual dispone la posibilidad de la homologación de los Agentes al Nivel Ejecutivo, pero bajo la consecuencia prevista en el parágrafo, esto es, teniendo en cuenta que: “El personal de Suboficiales y de Agentes de que tratan los artículos 9 y 10 del presente Decreto,

se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo.”²⁵

Aunado a lo anterior, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional surgió en forma libre y espontánea, y ello conllevaba la aceptación de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales del nuevo régimen salarial que se fijó para el personal del nivel ejecutivo.”

FUENTE FORMAL: Ley 180 de 1995/ Decreto 1212 y 1213 de 1990/ Decreto 041 de 1994/ Decreto 2070 de 2003 Decreto 4433 de 2004.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: C-253 de 2003/ C- 691 de 2003/ C- 432 de 2004/ Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez/ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.
14 T-587 de 2006.

Dra. NELCY VARGAS TOVAR
MAGISTRADA PONENTE



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: JUAN CAMILO VARGAS DURÁN Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN- MINDEFENSA- POLICÍA NACIONAL-
RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -003- 2017- 00121-01
FECHA: OCTUBRE 26 DE 2021

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Privación de la libertad.

“En esos términos, aunque la privación de libertad se sustente en una investigación procesal y sustancialmente adecuada; cuando se esté en presencia de alguna de las causales mencionadas o se estructure una falla en el servicio; se impondrá objetivamente el reconocimiento de los perjuicios causados, siempre que quien los reclame no haya tenido el deber jurídico de soportarlos.

No obstante, el precedente de esa Alta Colegiatura también sugiere analizar las condiciones fácticas y jurídicas que dieron lugar a la imposición de la medida de aseguramiento; principalmente, para corroborar si la conducta del imputado o algún otro elemento extraño intervinieron en la activación del poder punitivo, o si se está en presencia de alguna causal eximente de responsabilidad (fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la propia víctima)²⁵.

Esa posición fue acogida por la Corte Constitucional (en sentencia SU 072 de 2018), cuando recordó que el ordenamiento jurídico (artículos 90 Superior, 68 de la Ley 270 de 1996 y sentencia C-287 de 1996) no reguló un título de imputación en tratándose de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. En consecuencia, consideró que le compete al juez administrativo (en ejercicio del principio iura novit curia) valorar si la medida de aseguramiento se apartó de los criterios que gobiernan su imposición y de acuerdo a ello, establecer cuál es el régimen aplicable: (...)”
(...)

“En ese mismo pronunciamiento, el órgano constitucional insistió en que el operador judicial a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no (independientemente del título de imputación), deberá considerar si la actuación judicial, fue razonable, proporcional y legal: (...)”
(....)

“m. Agotada la etapa de juicio⁴⁵, el 25 de noviembre de 2015 el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Neiva, absolvió a JUAN CAMILO GALVIZ DURÁN, por los delitos de hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y ratificó su libertad; al considerar, que no se logró demostrar más allá de toda duda su responsabilidad en los hechos investigados, pues no existe certeza de su presencia en el lugar del hurto (de acuerdo a las declaraciones de su madre y de un amigo), así como tampoco que el arma incautada fuera portada o perteneciera al procesado, máxime cuando las víctimas aseguraron que en el asalto se utilizó una sola arma, la cual fue decomisada al primer capturado⁴⁶.”
(...)

“Del acervo probatorio descrito in extenso, se puede colegir que JUAN CAMILO GALVIZ DURÁN estaba en el deber de soportar la privación de su libertad, comoquiera que la medida de aseguramiento se sustentó en la realidad probatoria vigente al momento de su imposición (informes de captura en flagrancia, versiones y reconocimiento fotográfico rendido por las víctimas del hurto); realidad, que no podía desconocerse y que al contrario, le permitió al funcionario judicial inferir razonablemente su presunta participación en el delito.

En ese orden, la medida precautoria que se reprocha estuvo debidamente justificada y en los términos del precedente judicial antes citado, fue legal porque se ajustó a los requisitos objetivos y subjetivos descritos en el procedimiento penal (artículos 308 y 313 CPP); fue razonable por la gravedad de los hechos denunciados; fue proporcional porque la conducta se encuentra tipificada con pena privativa intramural de más de 4 años; y fue necesaria para evitar la perpetración de hechos similares (como lo indicó la funcionaria que la legalizó).

Ahora bien, la Sala no puede soslayar que el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Neiva, absolvió a JUAN CAMILO GALVIZ DURÁN en aplicación del principio universal in dubio pro reo; entre otras razones, porque la señora María Nubia Hernández Gaitán (una de las víctimas del hurto) a diferencia de su esposo David Hernández Hernández (otra víctima) en la etapa del juicio, cambió su versión. Situación, que en últimas configuraría el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad (rompiendo el nexo de causalidad).

No obstante, para la Sala resulta claro que no se cumple con el primero de los elementos de la responsabilidad (el daño antijurídico); de suerte, que se acogerán los argumentos de alzada expuestos por las entidades demandadas y se revocará la sentencia de primer grado; para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.”

FUENTE FORMAL: Art. 90 CP/ Ley 270 de 1996/ CPP/ CPACA

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, exp. 23.354. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Decisión reiterada en los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de mayo de 2018. Expediente: 45503. C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Ver, entre otras, Consejo de Estado, sentencia de abril 4 de 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio, Rad. 211015750001-23-31-000-2005-20536-0148351. Sentencia de febrero 28 de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 211022418001-23-31-000-2009-00379-01 5453. Sentencia de febrero 7 de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Rad.210925205001-23-31-000-2008-01380-0149093.

Dra. NELCY VARGAS TOVAR
MAGISTRADA PONENTE



ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JUAN CAMILO VARGAS DURÁN Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN- MINDEFENSA- POLICÍA NACIONAL-

ACCIÓN DE REPETICIÓN: Concurrencia de culpas.

“De conformidad a lo anterior y contrario a lo afirmado por el a quo, la Sala considera que el demandado actuó con culpa grave en el marco de los hechos descritos, pues a pesar de haber cumplido un turno como conductor del Oficial de Revisión en la noche anterior, decidió asumir sin ninguna manifestación, reparo o advertencia el cumplimiento de la orden de servicios 024 COPER – GRUCA 38 -1633; quebrantando el deber objetivo de cuidado.

Si el patrullero JUAN HERNANDO RODRÍGUEZ CRUZ no se encontraba en condiciones psicofísicas para realizar el desplazamiento hacia el municipio de San Agustín, por los turnos que previamente había realizado y que corroboran los testigos citados; debió manifestarlo a sus superiores para que adoptaran las medidas de contingencia a que hubiere lugar para no poner en riesgo la integridad de los servidores que iban a ser transportados; máxime, cuando la sana crítica y las reglas de la experiencia enseñan que la conducción de vehículos es una actividad intrínsecamente peligrosa.

Como ello no ocurrió, para la Sala es claro que el demandado violó los deberes de cuidado o debida diligencia (culpa grave) al operar un vehículo sin contar con la plenitud mental y física requerida; cansancio que a la postre generó el accidente señalado por la invasión de carril.

La somnolencia del demandado no puede considerarse como una situación constitutiva de fuerza mayor, pues no se trata de una situación imprevisible y ajena; teniendo en cuenta que aquel era consciente de la fatiga que padecía, pues se frotaba la cara, soltaba el timón y realizaba estiramientos como lo relataron algunos de los testigos³⁴ (prueba trasladada).

Por otro lado, hay que señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que dentro del régimen disciplinario de la Policía Nacional opera el principio de obediencia debida, contando en todo caso el subalterno con la posibilidad de deliberar u oponerse cuando la orden implique una violación manifiesta de la Constitución Política, la ley, las normas institucionales o las órdenes legítimas superiores.”

(...)

“No puede entonces el demandado excusarse en el mero cumplimiento de una orden, pues de conformidad a las condiciones señaladas, tenía el derecho y el deber de deliberar y exponer los motivos por las cuales no se encontraba en condiciones de asumir la misión encomendada; de allí, que deba responder por las erogaciones efectuadas por la demandante con ocasión al acuerdo conciliatorio celebrado el 24 de octubre de 2013 y que fue aprobado por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva el 28 de noviembre de 2013.

Ahora bien, aunque la Sala no encuentra acreditada la culpa exclusiva de la demandante; no se puede desconocer que la entidad también contribuyó a la causación de dicho accidente, pues encomendó el cumplimiento de la orden de servicios 024 COPER –GRUCA 38 -16 a un policial que no se encontraba en adecuadas condiciones psicofísicas por la carga laboral que horas antes había asumido; lo que ocurrió, según lo manifestado por el Agente José Ramiro Rojas Rojas, por la “escasez de personal en la unidad”, pues “para esa fecha solo había tres conductores”.

La entidad al emitir la orden de servicios 024 COPER –GRUCA 38 -16, era conocedora de la escasez de conductores y por contera, de los turnos prolongados que debía prestar el demandado; quien decidió acatar lo ordenado, para no verse

involucrado, según refiere en el proceso, en una investigación disciplinaria por desobedecimiento.

Al respecto, el artículo 29 de la Ley 1015 de 2006 (por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), define la orden ilegítima como aquella que “excede los límites de la competencia o conduce manifiestamente a la violación de la Constitución Política, la ley, las normas institucionales o las órdenes legítimas superiores”. Incluso, advierte que si el subalterno está frente a una orden de este tipo, “no está obligado a obedecerla; en caso de hacerlo la responsabilidad recaerá sobre el superior que emita la orden y el subalterno que la cumple o ejecuta”.

Así las cosas, si bien el accionado no estaba obligado a obedecer la orden de sus superiores, actuó bajo la convicción de que, si no cumplía dicho mandato, se vería inmerso en una sanción de índole disciplinario, lo que si bien, no lo exime de responsabilidad, a juicio de la Sala Mayoritaria, concurre con la que le asiste a la entidad demandante.

Lo, anterior, porque, por un lado, la decisión imprudente y arriesgada del demandante y del otro, la excesiva carga laboral a la que fue sometido, fueron determinantes en la causación del daño reparado. Y teniendo en cuenta la equidad como criterio orientador de las decisiones judiciales (artículo 16, Ley 446 de 1998), fijará con cargo al demandante el 70% de la condena y al demandado el 30% restante.

De conformidad a lo indicado en la Resolución 393 del 21 de abril de 201635, la Sala encuentra probado que la demandante en cumplimiento del acuerdo conciliatorio celebrado el 24 de octubre de 2013 y aprobado el 28 de noviembre de 2013 por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva; pagó la suma de \$137.756.763,89, de los cuales \$100.215.000 corresponden a capital (170 SMLMV para el año 2013) y \$37.541.763,89 a intereses.

Así que, para efectos de la presente decisión, sólo se tendrá en cuenta el capital, dado que la mora de la parte actora no puede ser trasladada al demandado³⁶, suma que será actualizada a la fecha de la sentencia.

FUENTE FORMAL: CPACA/ Ley 678 de 2001.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión:
6Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B” - Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve – 04/07/2013
Radicación número: 08001-23-31-000-2007-01000-02 (1440-12) y Sentencia del 16/04/2015, emitida por la Sección Primera - Consejero ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala, Radicado No. 25000-23-24- 000-2012-00446-01/ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de mayo de 2014, exp. 42.660, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Dra. NELCY VARGAS TOVAR
MAGISTRADA PONENTE



ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: RICARDO GARZÓN DUSSÁN

DEMANDADO: NACIÓN- MINEDUCACIÓN- FOMAG

RADICACIÓN: 41-001- 33- 33 -007- 2019- 00324-01

FECHA: OCTUBRE 19 DE 2021

DESCUENTOS SALUD MESADAS ADICIONALES AFILIADOS A FOMAG- Son procedentes.

“Como ya se indicó, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuentan con dos regímenes prestacionales, pues de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, quienes se encontraban vinculados al 29 de diciembre de 1989 les son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y quienes ingresen al servicio educativo con posterioridad al 27 de junio de 2003 (entrada en vigencia de la Ley 812), están sujetos al régimen general de las Leyes 100 y 797 de 2003: (...)
(....)

“En mérito de lo anterior, para determinar cuáles descuentos sobre las mesadas adicionales que perciben los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario establecer el régimen aplicable de acuerdo a la fecha de vinculación; reiterando que a los vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, por excepción legal no le son aplicables las normas del régimen general (artículo 279 de la Ley 100 de 1993).”
(...)

“Conforme al material probatorio obrante en el expediente, se evidencia que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por conducto de la Resolución 367 del 8 de julio de 2005, le reconoció al señor RICARDO GARZÓN DUSSÁN una pensión de jubilación, en cuantía de \$1.317.127, a partir del 25 de enero de 2005 (f. 10 a 13 del expediente físico).

Del mencionado acto, se advierte que el accionante se vinculó al servicio docente el 7 de abril de 1980, es decir que de acuerdo con el marco normativo y con el precedente de unificación mencionado, le es aplicable el régimen especial previsto para los docentes que ingresaron con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, la Ley 91 de 1989. De suerte, que al tenor de lo consagrado en el numeral 5° del artículo 5°, ibidem, los descuentos(del 12%) por concepto de salud efectuados sobre las mesadas adicionales, son procedentes.

Debe precisarse que para los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, únicamente le son aplicables la modificación referente al monto de cotización en salud, conforme al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, puesto que no se advierte de dicha normatividad modificación adicional al régimen especial, el cual sí regula de forma expresa lo referente a los descuentos de las mesadas adicionales de los afiliados al FOMAG.

Así mismo, vale la pena resaltar que, con fundamento en el principio de solidaridad, los descuentos efectuados sobre las mesadas ordinarias y adicionales no solo van encaminados a la prestación social en salud, sino también al financiamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹¹.

En mérito de lo anterior, se concluye que el acto demandado no quebrantó las normas superiores invocadas; y en ese sentido, se confirmará la decisión impugnada.

FUENTE FORMAL: Ley 4 de 1996/ Ley 100 de 1993/ Ley 238 de 1995/Ley 42 de 1982/ Decreto 1848 de 1969/ Decreto 1073 de 2002.

NOTA DE RELATORÍA: Algunas de las sentencias citadas en esta decisión: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Sentencia del 03 de febrero de 2005, Radicación Número: 11001-03-25-000-2002-00163-01(3166-02), Actor: Abel Trujillo Sánchez, Demandado: Gobierno Nacional, C.P. Ana Margarita Olaya Forero (E)/ Sentencia SUJ-024-CE-S2-2021 del 3 de junio de 2021. C.P. William Hernández Gómez, Rad.: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018).

NOTA DE ADVERTENCIA

La Relatoría es la encargada de clasificar, titular y extraer los autos y sentencias de la Corporación para organizar la jurisprudencia, pero advierte a sus usuarios que no se exoneran de verificar el contenido de lo publicado con los textos originales ubicados en la Secretaría del **Tribunal Administrativo del Huila**.

CONTÁCTENOS



María Piedad Vásquez Borrero
Relatora
Tel. 8722638
Palacio de Justicia Neiva- Huila
Carrera 4 No. 6-99 Oficina 1108
Email: relatoriatah@gmail.com
www.ramajudicialdelhuila.gov.co

