

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA



### SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

#### SALVAMENTO DE VOTO DRA. MARÍA CRISTINA QUINTERO

Radicación	110013331033-2008-00074-00
Medio de control	REPETICIÓN
Demandante	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO
Demandado	ROMMEL DARÍO DURANGO GAÑAN

Con las debidas consideraciones para mis colegas de Sala, me aparto de la decisión mayoritaria, advertido que difiere del precedente de esta Subsección respecto del cual, aquella no argumenta con suficiencia su modificación<sup>1</sup>, y como quiera que en mi criterio y conforme se establecía en el enunciado precedente horizontal, tratándose de persona vinculado al servicio en calidad de conscripto, condición que encuentra probada respecto de quien concurre como accionado, señor ROMMEL DARÍO DURANDO GAÑAN, no procede la pretensión de repetición por las razones de las que argumento retomando aquel conforme sigue:

- **La condición de conscripto deriva del cumplimiento de un deber constitucional y su vinculación con el Estado es por consiguiente no voluntaria; no deviene de un vínculo legal y reglamentario y tampoco de relación laboral o contractual; y comporta una relación especial de sujeción donde el Estado asume posición de garante, que torna al conscripto no pasible de la pretensión de repetición.**

1- En fundamento asume relevancia que por preceptiva del artículo 2º de la Ley 678 de 2001<sup>2</sup>, se circunscribe el medio de control de repetición así:

*“La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial **que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público** que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma*

<sup>1</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 07 de febrero de 2018, radicado 2014-00989, MP María Cristina Quintero Facundo, y Sentencia del 01 de abril de 2020, radicado 2009 – 00052 – 02, M.P. Fernando Iregui Camelo

<sup>2</sup> Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, publicada en el Diario Oficial Número 44.509 del 04 de agosto de 2001.

*acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.” (Se resalta)*

**2-** Asimismo, y en labor de circunscribir a la persona natural agente del Estado que resulta pasible de la acción de repetición, reviste importancia el artículo 123 de la Constitución Política<sup>3</sup>, por cuanto establece que, *los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas son servidores públicos.*

La Corte Constitucional, en Sentencia C-563 de 1998<sup>4</sup>, sobre la noción de “servidor público” contemplada en el precitado artículo 123 Superior, señaló:

*“La noción de servidor público que la Constitución emplea sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral”<sup>5</sup>.*

*(...)*

*Lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica.”<sup>6</sup>. (Subrayado y suspensivos fuera del texto).*

Además, en términos de la Alta Corporación, la definición constitucional de servidor público, según la interpretación orgánica, es quien labora al servicio del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; y en una interpretación funcional, es aquella persona natural que ejerce funciones públicas, y la continua subordinación y dependencia de aquella persona natural para con el Estado, es el elemento esencial para clasificarlo como empleado público o trabajador oficial.

**3-** Continuando en labor de circunscribir a la persona natural agente del Estado que resulta pasible de la acción de repetición, reviste también interés, que se tiene como clasificación de servidores públicos la siguiente:

- **Empleado Público**, es quien ingresa al servicio mediante nombramiento, es decir, su vinculación es legal y reglamentaria, y encuentra precedido en el ejercicio de la función, por la posesión en el cargo.
- **Trabajador Oficial**, es quien realiza actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas o encuentra vinculado a una empresa

<sup>3</sup> “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”

<sup>4</sup> Con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-230 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>6</sup> IBÍDEM. Sentencia C-563 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

comercial o industrial del Estado, a excepción que sus funciones sean de dirección o confianza, las cuales se determinaran en los estatutos de la entidad y deben ser desempeñadas por empleado público<sup>7</sup>. Su vinculación al Estado es mediante contrato de trabajo, es decir que las cláusulas económicas y las prestaciones sociales son objeto de regulación en el contrato, y también son susceptibles de regulación por convención colectiva. Las normas relativas al régimen de prestaciones sociales mínimas son objeto de regulación por parte del Congreso<sup>8</sup>. El régimen jurídico aplicable en principio se basa en el Código Sustantivo del Trabajo, es decir; está regido por el derecho común, pero junto a éste régimen existen normas de derecho público como en el caso del régimen prestacional.

- Los miembros de las Corporaciones Públicas, son elegidos por voto popular, su vinculación se efectúa para un periodo fijo, según al orden territorial al que pertenezcan y tienen un régimen propio aplicable.

Clasificación a la que agrega, por cuanto no son servidores públicos en los términos del artículo 123 Constitucional, aunque si tienen una vinculación voluntaria con el Estado quienes en principio enlistan así:

- Los contratistas, personas naturales o jurídicas que prestan sus servicios al Estado bajo la modalidad de Contratos de Prestación de Servicios u otro, se caracterizan porque no son contratos laborales, dado que el contratista se obliga a prestar sus servicios con sus propios medios, con plena autonomía y responsabilidad; además, estos contratos son regidos por las normas legales aplicables para los mismos, como las cláusulas establecidas en ellos<sup>9</sup>.
- Miembros de Juntas, Consejos o Comisiones, a quienes se les aplica los regímenes especiales dictados para tal fin.
- Auxiliares de la Administración, son las personas que prestan sus servicios ocasionales, obligatorios o temporales a la administración pública, siendo contratados solo por el tiempo que dure la realización de la actividad concreta, como los peritos que son servidores ocasionales, o los jurados de votación que son servidores obligatorios y los técnicos y obreros que son servidores temporales.

**3-** En contraste los conscriptos tienen como fuente de su relación no voluntaria con el Estado, el artículo 216 de la Constitución Política, y vinculan en cumplimiento de un deber constitucional y virtud del que acreditan la condición de agente del Estado, pero no de servidor público para efectos de la acción de repetición.

El enunciado artículo 216 Constitucional prescribe:

*“La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO. Concepto de Agosto 20 de 1997.

<sup>8</sup> CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 150, numeral 19, inciso f), Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

<sup>9</sup> RODRIGUEZ, Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Ed. Temis. Pág.229.

**Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.**

**La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.**” (Subrayado y negrillas fuera del texto).

En desarrollo de la norma en comento se expidió la Ley 48 de 1993, por medio de la cual se reglamentó la prestación del servicio militar obligatorio, y en marco de su artículo 10, reitera que la prestación del servicio militar y por ende la calidad de conscripto no es una condición voluntaria, y no deviene en relación legal y reglamentaria, laboral o contractual, sino que asume como una relación especial de sujeción, contrastado que consigna:

**“(…) Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.**

*PARAGRAFO. La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se preste el servicio.*” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

**4-** A la indicada vinculación no voluntaria del conscripto con el Estado, agrega fortaleciendo la réplica de relación especial de sujeción, el hecho que los conscriptos no cuentan con asignación salarial; no se encuentran escalafonados en carrera administrativa, y ejercen funciones transitorias por los tiempos establecidos para la prestación del servicio militar obligatorio<sup>10</sup>, y que se cumple con disponibilidad permanente, previa instrucción, bajo la dirección, supervisión y control del personal vinculado mediante relación legal y reglamentaria a la Policía, Ejército, Marina o Fuerza Aérea que se beneficia de los servicios del conscripto, a quien debe proveer de alojamiento, alimentos y salud; así como el equipamiento requerido para el desarrollo de la actividad castrense que se le asigna.

Es el el descrito panorama que el Estado – Fuerza Pública asume respecto del conscripto posición de garante, que se explica entre otras razones, conforme ha decantado el Consejo de Estado, debido a las relaciones de subordinación en la institución, de la que se desprende que, en una relación jerárquica de mando, los superiores se pueden encontrar en una posición de garantía con respecto a la conducta de sus subordinados, y de esta forma, los sujetos que tienen una posición

<sup>10</sup><https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14108/GutierrezToledoGermanNicolas2015.pdf?sequence=1>

de autoridad o mando, son garantes de la conducta de los subordinados sobre los que ejercen un control efectivo.

**5-** También resulta contrario a los valores de justicia y equidad, en tamiz del principio de equilibrio frente de las cargas públicas, que el Estado imponga a quien encuentra sometido a una relación especial de sujeción que comporta distinción negativa frente de las prerrogativas que ostentan los servidores públicos vinculados al Estado voluntariamente, la carga de soportar en condición de igualdad con estos, por vía de la acción de repetición, pretensión restitutoria de los dineros que haya tenido que cancelar por concepto de indemnización de los daños antijurídicos causados durante la prestación del servicio militar obligatorio, con culpa grave o dolo de quien encuentra en calidad de conscripto.

Advertido entre otros, que por la prestación del servicio militar obligatorio, el conscripto no percibe remuneración económica y en cambio el Estado si se beneficia en esquema donde además, la premisa de defensa del patrimonio público que encuentra entre las finalidades de la acción de repetición evidencia no cumplida.

**6-** En conclusión, conforme al precedente de esta Subsección que fundamenta el presente salvamento de voto, se releva la carga de promover pretensión restitutoria en los eventos en que el Estado tiene respecto del causante del hecho dañoso, posición de garante en virtud de relación especial de sujeción no derivada de la condición de empleado público, trabajador oficial o del ejercicio de función pública, ello es, frente a conscriptos y población privada de la libertad, advertido y reitera en tal premisa, que los conscriptos encuentran vinculados al Estado en cumplimiento de un deber constitucional, es decir, no voluntariamente.

Premisa de la que cabe señalar además, que en ámbito de los antecedentes citados por la sentencia de la que me apartó, no resulta contraria a sentencia vinculante del órgano de cierre de esta jurisdicción, ni a criterio que contrastada su doctrina asuma como subregla.

Con mí acostumbrado respeto.

**Firmado Por:**

**MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

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

Código de verificación:

**960cbf09425ac7c93874edc93638b5afc0b412724811a3d2e10acba6ca8bcc94**

Documento generado en 27/09/2020 08:27:45 a.m.