



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 150013333012-2018-00248-00
Demandante: MARÍA ELISA RODRÍGUEZ ÁVILA
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DEL PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO-

Ingresan las diligencias al Despacho con informe secretarial del 11 de septiembre de 2020, poniendo en conocimiento que no se retiraron oficios de pruebas (fl. 156).

Revisado el plenario se advierte que en la audiencia inicial de fecha 21 de octubre de 2019 (fl.147 -150), se decretaron como pruebas de oficio, requerir a la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, para que, dentro del término de diez (10) días siguientes a la fecha en que reciba la comunicación, allegara a este Despacho "*la certificación de aportes a pensión de la señora **MARÍA ELISA RODRÍGUEZ ÁVILA**, identificada con C.C. No. 23.492.471 de Chiquinquirá*", quedado la carga para recepcionar la prueba, a la parte demandante.

Para lo anterior, se aclaró a la parte **demandante** que debía acercarse a la Secretaría del Juzgado dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia de 21 de octubre de 2019, con el fin de retirar los oficios correspondientes a la prueba decretada de oficio y proceder a enviarlos o presentarlos ante las destinatarias, y una vez realizado lo anterior, debía allegar al expediente la constancia de envío, entrega o radicación de las mismas, dentro de los tres días siguientes; sin embargo, dentro del plenario no fue acreditada tal gestión, habiéndose superado con crecer el tiempo dispuesto para el efecto, existiendo omisión de la parte demandante en el impulso que le correspondía, entre el 21 de octubre de 2019 y el 16 de marzo de 2020.

Ahora bien, sea de recordar que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud - OMS declaró el brote de enfermedad denominado coronavirus - COVID-19 como una pandemia, y como quiera que Colombia debe detener la transmisión y prevenir la propagación del virus, adoptó medidas por ser una emergencia de salud pública de importancia internacional; entre otras, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia.

Lo expuesto conllevó a que el Consejo Superior de la Judicatura mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, **suspendiera los términos judiciales**, desde el **16 de marzo de 2020**.

Ahora bien, en virtud del Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020, **se dispuso el levantamiento de términos judiciales** a partir del **1 de julio de 2020**,

atendiendo la capacidad institucional y la necesidad de proteger la salud de los servidores judiciales, abogados y usuarios de la Rama Judicial, de manera que los procesos y actuaciones judiciales puedan desarrollarse en forma adecuada, segura y ágil. Así entonces, una vez, se advierte falta en los deberes de impulso de la parte demandante, desde el 2 de julio de 2020.

De conformidad con lo expuesto, y ejerciendo de oficio el impulso que le corresponde a este Despacho, se le requerirá a la parte demandante, a efectos de que en el término de **5 días** contados a partir del recibido de la comunicación allegue a este Despacho, el trámite realizado frente a la radicación del oficio respectivo ante la Secretaría de Educación de Boyacá, referido a solicitarle a dicha entidad la certificación de aporte de la demandante; lo anterior, so pena de tramitar lo que en derecho corresponde frente a la figura de desistimiento.

Para el efecto, por Secretaría se remitirá el oficio No. J012P-1202 emitido desde el 23 de octubre de 2019 obrante a folio 151 del expediente digital, al correo electrónico de la apoderada de la parte demandante que figure en el expediente.

Finalmente, observa el Despacho que, a folios 153 a 155 obra renuncia de poder de la abogada DIANA NOHEMY RIAÑO FLÓREZ, identificada con C.C. No. 1.052.394.116 de Duitama y T.P No. 281.836 del C. S. de la J. como apoderada de la parte demandante, por lo cual se le aceptará la renuncia.

A su vez, la abogada LAURA MARCELA LÓPEZ QUINTERO, de conformidad con el poder otorgado por la señora María Elisa Rodríguez Ávila, visto a folios 1 y 2 del expediente, y en virtud de las facultades para ejercer como apoderada principal y conforme la aceptación por su ejercicio (fl. 155) otorga poder a la abogada CAMILA ANDREA VALENCIA BORDA, identificada con C.C. No. 1.049.648.247 de Tunja y T.P. No. 330.819 del C.S. de la J. como apoderada de la parte demandante.

Así las cosas, al cumplir con los requerimientos legales para el efecto¹, se le reconocerá personería a la abogada CAMILA ANDREA VALENCIA BORDA, identificada con C.C. No. 1.049.648.247 de Tunja y T.P. No. 330.819 del C.S. de la J., para actuar como apoderada de la parte demandante señora MARÍA ELISA RODRÍGUEZ ÁVILA, en los términos y para los efectos del poder especial visto a folio 155.

Por lo expuesto, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DEL CIRCUITO DE TUNJA,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- REQUIÉRASE a la parte demandante, para que en el término de **5 días** contados a partir del recibido de la comunicación respectiva, acredite a este Despacho, el trámite realizado frente el oficio a radicar ante la Secretaría de Educación de Boyacá, referido a los aportes en pensión de la señora MARÍA ELISA RODRÍGUEZ ÁVILA, identificada con C.C. No. 23.492.471 de Chiquinquirá.

Para el efecto, por Secretaría se remitirá el oficio No. J012P-1202 emitido desde el 23 de octubre de 2019 obrante a folio 151 del expediente digital, al correo electrónico de la apoderada de la parte demandante, que figure en el expediente.

¹ Artículos 73 y siguientes del C.G.P.

SEGUNDO.- Aceptar la RENUNCIA al poder de la abogada **DIANA NOHEMY RIAÑO FLÓREZ**, identificada con C.C. No. 1.052.394.116 de Duitama y T.P No. 281.836 del C. S. de la J. como apoderada de la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Reconocer personería a la abogada **CAMILA ANDREA VALENCIA BORDA**, identificada con C.C. No. 1.049.648.247 de Tunja y T.P. No. 330.819 del C.S., en los términos y para los efectos del poder de sustitución visible a folio 155.

El presente auto se notifica por estado No. 16, hoy 19 de marzo de 2021.

Notifíquese y Cúmplase.

DEYNA JOHANA BELTRÁN GONZÁLEZ
JUEZ

Firmado Por:

DEYNA JOHANA BELTRAN GONZALEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 012 ADMINISTRATIVO DE TUNJA

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:
29c4c28825cd136ab79fbf30474265e7b43b9cf2851c01fa10e718deacc22d6d

Documento generado en 17/03/2021 12:16:40 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**

SENTENCIA No. 08 de 2021

Tunja, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008 00
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor **EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO**, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**.

I. ANTECEDENTES

1. De la demanda

1.1. Pretensiones

Mediante apoderado judicial, el señor **EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO** solicitó se declare la nulidad de los actos administrativos No. OFI17-86067 MDNSGDAAGPSAP del 06 de octubre de 2017 y No. OFI18-12705 MDNSGDAGPSAP del 14 de febrero de 2018, suscritos por la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del MDN.

Como petición especial solicitó que se declare la excepción de inconstitucionalidad, para que no produzca efectos en este proceso, el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y así poder incluir como partida computable para la liquidación de la pensión de invalidez del demandante el subsidio familiar en la misma forma como se les computa a los oficiales, suboficiales y personal civil de las fuerzas militares y la Policía Nacional; de igual forma, para que se pueda incluir como partida computable de la pensión de invalidez la duodécima parte de la prima de navidad en la misma forma como se les liquida a otros miembros de las fuerzas militares.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales o a quien haga sus veces que efectué el reajuste, reliquidación y pago de la pensión de invalidez del demandante, de conformidad con los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1, de la misma norma, esto es, la reliquidación de la pensión de invalidez con todos

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

los factores y porcentajes a liquidar, prima de antigüedad con el 38.5% de la asignación mensual sin efectuar doble descuento, computar el subsidio familiar como partida computable para la pensión de invalidez sobre el 85% del valor del subsidio familiar que devengaba en actividad, equivalente al 62.5% de la asignación básica que devengaba en actividad; e incluir la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable.

De igual manera, que se ordene a la entidad demandada al pago de gastos, costas procesales y agencias en derecho; ordenar a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia que ponga fin al proceso de conformidad con los artículos 188, 192, 193 y 195 de la Ley 1437 de 2011 (fl. 41 y vto.).

1.2. Hechos.

Teniendo los hechos referenciados (vto. 41 y 42) por el apoderado son los siguientes:

Explicó que el señor EFRAIN RODRIGUEZ GALINDO, ingresó al Ejército Nacional como soldado profesional a partir del 01 de abril del año 2001, que a partir del 19 de noviembre de 2003, su vinculación ha estado regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004.

Señaló que el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional durante trece (13) años, nueve (09) meses, y catorce (14) días y que fue retirado de la actividad militar, por tener derecho a la pensión de invalidez, el 30 de septiembre de 2012, razón por la cual el Ministerio de Defensa Nacional, con Resolución No. 0286 del 28 de enero de 2013, le reconoció y ordenó el pago de la pensión de invalidez, equivalente al 85% de las partidas computables, a partir del 30 de septiembre de 2012.

Relató que con fecha 22 de septiembre de 2017, por intermedio de apoderada judicial, el actor radicó ante la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, petición donde solicitó, el reajuste, reliquidación y pago de su pensión de invalidez, para que se le incluyera la prima de antigüedad conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1., y el artículo 18.3.7 *ibídem*, es decir, liquidar la prima de antigüedad sin efectuar un doble descuento; también se solicitó que se declarara la excepción de inconstitucionalidad, para que no produzca efectos el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y poder incluir como partida computable para la liquidación de su pensión de invalidez, el subsidio familiar de la misma forma como se les computa a los Oficiales, Suboficiales y personal civil de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

Adujo que con fecha 05 de febrero de 2018, por intermedio de apoderada judicial, el actor radicó ante la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, petición donde solicitó, el reajuste, reliquidación y pago de la pensión de invalidez, donde se tuviera en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para la liquidación de su pensión de invalidez como se liquida a los miembros de las Fuerzas Militares.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Explicó que con fecha 06 de octubre de 2017 mediante acto administrativo No. No. OFI17-86067MDNSGDAAGPSAP y con fecha del 14 de febrero de 2018 mediante acto administrativo No. OFI18-12705MDNSGDAGPSAP, la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, no accedió en forma favorable a las peticiones del demandante.

Finalizó señalando que el último Batallón donde el soldado EFRAIN RODRIGUEZ GALINDO laboró, fue el Batallón de Infantería No. 3 “Batalla de Bárbula” con sede en Puerto Boyacá.

1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, consideró el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

Constitucionales: Artículos 1, 2, 5, 6, 13, 48, 53, 58, 220.

Legales: Artículos 13, 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, artículo 2 Decreto 1794 de 2004, Artículo 2.1. Ley 923 de 2004.

Adujo que el Grupo de Prestaciones Sociales del MDN al no liquidar y reajustar la prima de antigüedad, conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 12 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1., en concordancia con el artículo 18.3.7 *ibídem*, incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la prima de antigüedad, debido a que sí bien en el acto de reconocimiento se aplica la norma precedente, en la proyección de la pensión de invalidez se aplica un descuento en el porcentaje a la prima de antigüedad, cuando la norma es clara y no permite descuento; diciendo literalmente que tiene derecho al 70% del salario mensual adicionado con el 38,5% de la prima de antigüedad.

Consideró que se causa un grave perjuicio al demandante, pues se le efectuó un doble descuento, que no está contemplado en la norma y señaló que al no reconocerle el subsidio familiar en la forma solicitada, da trato discriminatorio a los Soldados Profesionales, que adquirieron el derecho a devengar el subsidio familiar equivalente al 62.5% de la asignación salarial mensual en vigencia y conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y parágrafo primero y segundo del Artículo 19 del Decreto 3770 del 30 Septiembre de 2009.

Señaló que por lo tanto, se debe incluir el subsidio familiar como partida computable para la pensión de invalidez, el cual corresponde al valor del subsidio devengado en servicio activo, que es el equivalente al 62.5% de la asignación básica devengada en actividad, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y parágrafo primero y segundo del artículo 19 del Decreto 3770 del 30 Septiembre de 2009, por haber adquirido este derecho con anterioridad a la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio del 2014, el cual redujo esta partida.

Agregó que el subsidio familiar como partida computable para la pensión de invalidez, se debe liquidar sobre el 85% del valor del subsidio familiar que devengaba en actividad, esto es, el equivalente al 62.5% de la asignación básica devengada en actividad y no el 30% del valor del subsidio familiar que trata el artículo 19 del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Explicó que de igual forma por no tener en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable para la liquidación de su pensión de invalidez de acuerdo a sus últimos haberes devengados, tal como se les computa a los Oficiales, Suboficiales y personal civil de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, se debe declarar la excepción de inconstitucionalidad, para que no produzca efectos en este proceso, el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser contrario a lo establecido en los artículos 13, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia, por dar un trato discriminatorio a los Soldados Profesionales.

Consideró que existe violación de normas superiores y falsa motivación del acto administrativo acusado, toda vez que al expedir la Ley 4ª de 1992, señaló las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, estableció en el artículo primero que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijara el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública y en el artículo 2 ordenó que para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior.

Mencionó que la misma ley ordenó en el artículo 3º que el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: La estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.

Adujo que en el caso de los soldados voluntarios y de los profesionales no existe diferencia ni por la estructura de los empleos ni por la naturaleza de las funciones, ni por sus responsabilidades y la para su desempeño ni por la existencia de niveles de algún tipo ni por categorización que permita establecer diferencia sustancial en dichas denominaciones.

Señaló que el régimen laboral se encuentra consagrado, entre otros, en los artículos 58 y 215 inciso 90 de la Constitución Política y desarrollado, en la Ley 4 de 1992 y en los artículos 11, 36, 272, 279 — parágrafos 3 y 4- y 288 de la Ley 100 de 1993, que implica que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a su vez anclados en los principios de buena fe y confianza legítima en las actuaciones del Estado.

Explicó que la garantía de derechos adquiridos ha sido consagrada, entre otros estatutos en el Decreto 2070 de 2003 artículo 22 en el artículo 3 del Decreto 4433 de 2004, en relación con todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a las normas anteriores.

Dijo que los derechos adquiridos en materia laboral administrativa deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa para el servidor público que opera no solo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

Mencionó que en sentencia del 24 de Julio de 2008 expediente 2001-071-96 M.P. Gerardo Arenas Monsalve, del Consejo de Estado se hizo una interpretación más amplia del principio de favorabilidad al no aplicar íntegramente una norma sino dos regímenes normativos distintos inaplicado el principio de inescindibilidad normativa previsto en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que la Ley 131 de 1985, sobre el servicio militar voluntario, cobijó a estos servidores públicos con el régimen prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley, creándose en el artículo 5 una bonificación por navidad y una bonificación por ser dado de baja a razón de un mes por cada año de servicio. Y explicó que esta ley fue reglamentada por el Decreto 370 de 1991 que estableció el procedimiento para la aceptación de los soldados voluntarios quienes requerían acreditar soltería, buena conducta, condiciones psicofísicas e incorporación a la planta de soldados voluntarios que fijara el Gobierno Nacional con un límite de edad de 35 años.

Mencionó que el Decreto Ley 1793 de 2000, proferido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, por el cual se expide el régimen de carrera y el estatuto de personal de los soldados profesionales, reiteró que la planta de personal de estos servidores sería fijada anualmente por el Gobierno Nacional que se incorporaría mediante nombramiento por orden de los Comandos de la Fuerza fijándose como requisitos de admisión la nacionalidad colombiana, la inscripción, ser soltero, no tener hijos, no tener unión marital de hecho, ser mayor de 18 y menor de 24 años, ser reservista de primera clase y reunir las condiciones psicofísicas. En el parágrafo del artículo 5 se previó la vinculación de los soldados voluntarios a este régimen prestacional estableciéndose un retiro por edad a los 45 años y sujetándolos al mismo régimen de los soldados voluntarios, esto es al Código Penal Militar, al reglamento del régimen disciplinario, a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces, e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las normas que regulan el sistema de salud de las mismas fuerzas y de la Policía Nacional; se señaló en este estatuto en el artículo 38 que no se podían desmejorar los derechos adquiridos en el régimen salarial y prestacional.

Adujo que el Ministerio de Defensa Nacional, omite pronunciarse sobre la aplicación indebida de porcentajes de la prima de antigüedad a la hora de liquidar la asignación de retiro del demandante, a quien y tal como figura en la resolución de reconocimiento de la prestación, le aplica doble porcentaje reduciéndole el monto doble vez del valor real a devengar, en igual sentido no hace pronunciamiento a la vulneración a los derechos fundamentales cuando no le reconoce el subsidio familiar sobre el 85% para la liquidación de la asignación de retiro, señaló que de esta forma se omite el precedente jurisprudencial y la extensión de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Citó el artículo 79 del Decreto 1211 de 1990 y los artículos 1º y 38 del Decreto 1793 del 2000, para explicar que al desarrollar esta norma última, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 del 2000, el cual le reconoció a los Soldados

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Profesionales el derecho a devengar una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40%, prima de antigüedad, prima de servicios anual, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio familiar, entre otros.

Transcribió el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que fijó el régimen pensional y de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluyendo a los soldados profesionales, de lo cual concluyó que existe un trato diferenciado y desigual entre los miembros de las Fuerzas Militares teniendo en cuenta que para los Oficiales y Suboficiales se ordena incluir el Subsidio familiar y la Duodécima parte de la Prima de Navidad como partidas computables para la Asignación de Retiro, mientras que para los soldados profesionales, se les niega este derecho.

Adujo que los soldados profesionales están en una escala inferior a oficiales y suboficiales y por tal razón devengan un salario inferior respecto de estos, por lo que señaló que lo lógico y proporcional es que los soldados profesionales tengan esa prerrogativa, lo que indica, que también se les compute el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad como factor salarial para liquidar sus pensiones o asignaciones de retiro.

Justificó en lo anterior la necesidad de inaplicar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y ordenar que el subsidio familiar que devengan los soldados profesionales al momento de su retiro, se les tenga en cuenta como partida para liquidar su Asignación de Retiro.

Mencionó que si bien el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad no están contemplados expresamente como factores salariales para liquidar la asignación de retiro, también es cierto, que el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13, hace una diferenciación que viola el artículo 13 Constitucional y sus principios, como son el de la jerarquía normativa y el de aplicación directa de la Constitución, razón por la cual debe inaplicarse el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y al contrario, dar aplicación al artículo 13 Constitucional.

Consideró que, aunque existe el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014, el demandante no está regulado por mencionado Decreto, en consideración a que su relación laboral con el Estado respecto a lo que tiene que ver con el subsidio familiar, se encuentra regulado por el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, norma mediante la cual se le reconoció el subsidio familiar.

Explicó que, por el principio de irretroactividad de las normas, el Decreto 1161 de 2014 que creó el subsidio familiar para los soldados profesionales a partir de julio de 2014, no es aplicable al caso del demandante, y por el contrario, demandada está en obligación de respetar los derechos adquiridos del demandante.

Reiteró que existe una diferencia que surge de la liquidación de la asignación de retiro del demandante al no computar las partidas a que se tiene derecho para computar la asignación de retiro o pensión de invalidez y al no incluir el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad como partidas computables en la liquidación de su pensión, y de conformidad con lo establecido en el artículo 4 constitucional, dijo que es claro que se debe inaplicar o declarar la excepción de inconstitucionalidad, a las normas referidas por inconstitucionales, para que no

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

produzcan efectos en este proceso, por ser contrario a lo establecido en los Artículos 13, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia, y por dar un trato discriminatorio a los soldados profesionales.

Señaló que la fórmula aplicada por prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional, no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y por el contrario decide aplicar un descuento en el porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% de la prima de antigüedad y al total se le saca el 85%, causando un perjuicio al demandante.

Explicó que existe una diferencia que surge de la liquidación de la pensión de invalidez del demandante y obedece a una interpretación indebida de la norma vigente, por lo que es urgente que el Ministerio de Defensa Nacional, corrija el procedimiento que ha venido empleando e incluya en la liquidación de la pensión de invalidez la prima de antigüedad con el 38.5% de la asignación mensual.

Manifestó que pretende el reajuste de la asignación de retiro por violación del derecho fundamental a la igualdad, al dejar de incluir el subsidio familiar en forma completa, como partida computable para su asignación de retiro a los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las Fuerzas Militares, personal civil y a los integrantes de la Policía Nacional se les tiene en cuenta en la liquidación respectiva.

Señaló que los soldados profesionales, por ende, el demandante, se encuentra en desigualdad de condiciones, porque para los oficiales y los suboficiales del Ejército Nacional, e incluso para el personal civil y para los miembros de la Policía Nacional, se incluye como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro y/o pensión de invalidez el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de su retiro sobre un 70%, mientras que a los soldados profesionales, que son los miembros de la Fuerza Pública que menos devengan en su salario y los más que se exponen en el campo de combate, solo se les tiene en cuenta esta prestación como partida computable para la liquidación de su Asignación de Retiro en un 30% y de acuerdo al Decreto 1161 del 24 de junio del 2014.

Es apenas justo que el MDN, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad, para que no produzca efectos en este proceso, el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser contrario a lo establecido en los artículos 13, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia, incluya el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su Asignación de Retiro y/o Pensión de Invalidez, tal como se les computa a los Oficiales, Suboficiales y personal civil de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, ya que al no hacerlo se les está dando un trato discriminatorio a los Soldados Profesionales.

Consideró que al no aplicar esta excepción de inconstitucionalidad se está dando un trato discriminatorio a los Soldados Profesionales, que adquirieron el derecho a devengar el subsidio familiar equivalente al 62.5% de la asignación salarial mensual en vigencia y conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y párrafo primero y segundo del Artículo 19 del Decreto 3770 del 30 Septiembre de 2009.

Añadió que se debe incluir el subsidio familiar como partida computable para la pensión de invalidez, el cual corresponde al valor del subsidio devengado en

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

servicio activo, que es el equivalente al 62.5% de la asignación básica devengada en actividad, conforme al Decreto 1794 de 2000, y parágrafo primero y segundo del artículo 1° del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, por haber adquirido este derecho con anterioridad a la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio del 2014, el cual redujo esta partida.

Reiteró que el subsidio familiar se debe liquidar sobre el 85% del valor del subsidio familiar que devengaba en actividad, es decir por el 62.5% de la asignación básica devengada en actividad y no por el 30% del valor del subsidio familiar de que trata el artículo 1° del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, pues al no aplicarlo se da un trato discriminatorio a los soldados profesionales en contravía de los artículos 13, 53 y 58 de la Constitución.

Por otro lado, alegó el reajuste de la pensión por violación del derecho fundamental a la igualdad, al dejar de incluir la duodécima parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de su retiro, como partida computable para su pensión de invalidez a los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las Fuerzas Militares se les tiene en cuenta en la liquidación respectiva.

Refirió que a los soldados profesionales y por ende, el demandante, se encuentra en desigualdad de condiciones, porque para los oficiales y los suboficiales del Ejército Nacional, e incluso para el personal civil y para los miembros de la Policía Nacional, se incluye como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de su retiro, mientras que a los soldados profesionales, que son los miembros de la Fuerza Pública que menos devengan en su salario y los más que se exponen en el campo de combate, no se les tienen en cuenta esta prestación como partida computable para la liquidación de su pensión.

Resaltó que la gran mayoría de los soldados profesionales, durante su relación laboral con el Ejército Nacional sufren de pérdida en su capacidad laboral, lo que les impide desempeñarse laboralmente una vez se retiran de la institución, esta situación los obliga a vivir en forma exclusiva de su asignación de retiro reconocida por la Caja de sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" o la pensión de invalidez, como el caso del demandante, que perdió el 91,54% de la capacidad laboral.

Respecto a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad indicó que el efecto que se produce solo incumbe a las partes del caso en concreto, pues dicha aplicación no anula la norma, por lo que también se debe tener en cuenta que para aplicar la excepción de inconstitucionalidad es necesario que se reúnan dos requisitos, los cuales concurren para el caso concreto, así:

- > Que la norma a aplicar sea violatoria de la constitución.
- > Que la norma no haya sido declarada exequible por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, según sea del caso.

Consideró que, para el caso, es claro que el numeral 13,2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 es inconstitucional, al igual que el artículo 19 del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014, por no contemplar la igualdad de condiciones para

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

los soldados profesionales y ser contrario a lo promulgado en la nuestra constitución (fls. 42-50).

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL (fls. 76-80).

La apoderada de la entidad demandada alegó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, mientras no sea suspendido o anulado por la Jurisdicción Contenciosa.

Adujo que con el material probatorio allegado al proceso, la parte actora no ha desvirtuado la presunción de legalidad que pesa sobre el acto administrativo cuestionado en sede judicial, por tanto, sostiene que conserva plena fuerza ejecutoria, y por ende, obligatoriedad.

Señaló que la liquidación de la pensión de invalidez del actor se realizó de acuerdo a lo plasmado en el artículo 13.2.2 del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta como porcentaje de prima de antigüedad el contenido en el artículo 18 *ibídem*, por lo que, consideró que el Ministerio de Defensa liquidó correctamente la pensión al señor EFRAIN RODRIGUEZ GALINDO, incluyendo la prima de antigüedad equivalente al 38.5 % sobre el valor del mismo devengado en actividad.

Dijo frente al subsidio familiar indicó que no hace parte de las partidas computables para el reconocimiento pensional de soldados profesionales teniendo en cuenta que el Decreto 4433 de 2004 no la contempla.

Agregó que frente al derecho reclamado, que el Estado cuenta con diferentes regímenes especiales, entre ellos, los de la Fuerza Pública y citó el artículo 217 Superior, respecto de lo cual destacó que se han creado normas, leyes y decretos, para establecer el régimen de carrera de la Fuerza Pública para los miembros activos e igualmente el régimen prestacional para los retirados o pensionados, tanto del personal uniformado, Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales e Infantes de Marina; y el personal no uniformado, que son los Civiles vinculados a las Fuerzas Militares o la Policía Nacional.

Explicó que esas normas se clasifican en tres grupos, el primero, la normatividad dirigida a los Oficiales y Suboficiales; el segundo grupo, que es la normatividad dirigida a los Civiles que laboran en el Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares o Policía Nacional; y tercero, la normatividad aplicada a los Soldados Profesionales (antes del año 2000 denominados Soldados Voluntarios) y los Infantes de Marina. Señaló que las normas que se han preceptuado para los miembros uniformados de las Fuerzas Militares en materia salarial tiene dos divisiones en relación con el sujeto de aplicación, es decir, una aplicable a los Oficiales y Suboficiales, y otra para los Soldados Profesionales e infantes de Marina.

Agregó que en tratándose del régimen para Soldados Profesionales, en principio se denominó "Soldado Voluntario"; creado por la Ley 131 de 1985, como respuesta a la necesidad de formar Soldados que ingresaran de manera voluntaria a las Fuerza Militares, para que contrarrestaran la acción de los grupos armados

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

ilegales y Cooperaran en la preservación de la seguridad y la Defensa Nacional y que a través del Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000, se estableció el “Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, y en el Capítulo 3 se reguló lo relacionado con los salarios, las prestaciones, siendo dichas disposiciones derogadas por el artículo 45 del Decreto 4433 de 2004.

Resaltó, que a su vez la Ley 131 de 1985 creó los Soldados Voluntarios, y preceptuó en su artículo 4º: *"El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario"* y mencionó que a través, de la Ley 578 de 2000 se le otorgó facultades extraordinarias al Presidente para modificar el régimen de los Soldados Voluntarios; razón por la cual el Gobierno Nacional expidió los Decretos 1793 y el Decreto 1794 de 2000, estableciendo en el artículo 1º de este último que *"los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento."*

Concluyó señalando que las normas relacionadas en precedencia explican por qué la entidad ha negado el reajuste solicitado por los soldados que hoy se denominan profesionales y que se encuentran en actividad, cuyo reajuste si es competencia de la entidad que representa.

De las excepciones propuestas:

i) Prescripción

Solicitó acudir al término prescriptivo contemplado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, norma que prevé la prescripción especial de las acreencias laborales de un sector específico de servidores públicos, como son las que perciban los miembros de la Fuerza Pública, que, conforme a lo anterior, haciendo uso de la analogía es dable acudir a la regla prescriptiva que se contempla en la precitada norma.

Anotó que la prescripción extintiva, es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la Constitución Nacional (fls. 77-78).

ii) Genérica

Solicitó declarar las excepciones que el Despacho encuentre probadas dentro del trámite del proceso de conformidad con lo contemplado por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 77).

3. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por las partes (fls. 112 y 113), frente a las cuales el apoderado de la parte actora omitió realizar pronunciamiento alguno.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

4. AUDIENCIA INICIAL

En virtud del artículo 13 del Decreto 806 de 2020¹, vigente para la fecha de la actuación procesal, mediante auto del 22 de octubre de 2020, se ordenó entre otras actuaciones incorporar las pruebas obrantes en el expediente, abstenerse de decretar pruebas de oficio, dejar el expediente a disposición de las partes y correr traslado para alegatos de manera escrita (fls. 129-133).

5. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5. 1. PARTE DEMANDANTE (fls. 140-147)

La apoderada del demandante reiteró los argumentos expuestos en el escrito introductorio, señalando que es claro que la entidad accionada tomó lo prima de antigüedad que devengaba el demandante en actividad y le aplicó el porcentaje de 43.2%, de la prima que devengaba en actividad y a ese porcentaje le sumó el sueldo básico que devengaba el demandante y finalmente al total de dicha suma le aplicó el 85% para obtener la liquidación de la pensión del señor RODRIGUEZ GALINDO, aplicando por tanto un doble descuento a la prima de antigüedad completamente reprochable.

Respecto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, reiteró la necesidad de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, en el sentido de que a su parecer, es claro que el numeral 13,2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es inconstitucional, al igual que el artículo 1º del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014, por no contemplar la igualdad de condiciones para los soldados profesionales y ser contrarios a la Constitución, ello debido a que para los oficiales, suboficiales, policías y personal civil del Ministerio de Defensa, si se contempla la inclusión de dicho factor.

Adujo que como el caso concreto se refiere a una pensión de invalidez, no se debe dar aplicación a la SUJ-015-CE-S2-201 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, pues la misma solo regula asignaciones de retiro que reconoce Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no pensiones de invalidez reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional.

Solicitó se liquide la asignación de retiro del demandante como lo indica el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y de acuerdo a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, requirió se decrete la nulidad de los actos

¹ **ARTÍCULO 13. SENTENCIA ANTICIPADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión. Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición. deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

3. En la segunda etapa del proceso prevista en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, cuando encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la conciliación, la caducidad, la prescripción extintiva y la falta de legitimación en la causa. La sentencia se dictará oralmente en audiencia o se proferirá por escrito. En este caso no se correrá traslado para alegar.

4. En caso de allanamiento de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

administrativos demandados y se ordene el reajuste y pago salarial reclamado y se acceda a las pretensiones de la demanda.

6.2. PARTE DEMANDADA (fls. 149-153)

La apoderada de la entidad accionada reiteró en su integridad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

6.3. MINISTERIO PUBLICO

En esta oportunidad no presentó concepto.

II. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Es preciso establecer el problema a resolver en los siguientes términos:

Corresponde a este Despacho determinar si en el presente caso procede la reliquidación de la pensión de invalidez que devenga el demandante con la inclusión de la prima de antigüedad, el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad, de conformidad con la normativa aplicable para cada partida.

En caso afirmativo, establecer si operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

1.1. TESIS DEL DEMANDANTE

La entidad demandada está obligada a reliquidar y pagar la pensión de invalidez al demandante, y que para el efecto debe declararse la excepción de inconstitucionalidad, para que no produzca efectos el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Con base en lo anterior la accionada debe realizar la reliquidación solicitada conforme con lo establecido en los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1, de la misma norma, es decir, reliquidando la pensión de invalidez incluyendo la prima de antigüedad con el 38.5% de la asignación mensual, sin efectuar doble descuento; igualmente, que es necesario que se compute el subsidio familiar con base en el 85% que devengaba en actividad, que equivale al 62.5% de la asignación básica y no con el 30% del valor del mismo, de que trata el artículo 1º del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014. Así mismo, que debe incluirse la duodécima parte de la prima de navidad, tal como se les computa a los Oficiales, Suboficiales y personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

1.2. TESIS DEL DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

La liquidación de la pensión de invalidez del actor se realizó de acuerdo a lo plasmado en el artículo 13.2.2 del Decreto 1794 de 2000 (sic), teniendo en cuenta como porcentaje de prima de antigüedad el contenido en el artículo 18 *ibídem* (sic), es decir, por el equivalente al 38.5% sobre el valor del mismo devengado en actividad. Por otro lado, que no debe reconocerse el subsidio familiar pues no hace parte de las partidas computables para el reconocimiento pensional de soldados profesionales teniendo en cuenta que el Decreto 4433 de 2004 no la contempla.

1.3. TESIS DEL DESPACHO

Únicamente puede accederse a la reliquidación de la pensión de invalidez con la inclusión de la prima de antigüedad de conformidad con los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. de la misma normativa; respecto de la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad y el subsidio familiar como partidas computables, este estrado judicial debe negar las pretensiones en acatamiento de lo señalado por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda².

2. RESOLUCIÓN DEL CASO

2.1. Del Marco Jurídico Aplicable.

2.1.1. Liquidación de la pensión de invalidez de los soldados profesionales.

La **Ley 131 de 1985**, "*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*", instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados:

"Artículo 2º. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

Parágrafo 1º. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.

Parágrafo 2º. La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.

Artículo 3º. Las personas a que se refiere el artículo 2º de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

² C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Demandante: Julio César Benavides Borja. Radicado: 85001-33-33-002-2013-0023-01 (1701-2016)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Artículo 4º. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000 *"Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional"*, expidió el Decreto No. 1794 de 2000, por el cual se estableció el régimen salarial y prestacional del personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que dispuso lo siguiente respecto de la asignación salarial y el derecho a la prima de antigüedad de los mismos:

"Artículo 1. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

Artículo 2. Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

(...)"

Con posterioridad, el legislador expidió la Ley 923 de 2004, mediante la cual *"se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política"*, y en el numeral 2.1 del artículo 2º se estableció como criterio el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia. Así mismo, el numeral 3.3 del artículo 3º de la citada ley previó que *"las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública"*.

En desarrollo de la referida norma, el Presidente de la República expidió el **Decreto 4433 de 2004**, *"Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, dispone en su artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, **pensión de invalidez**, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)

13.2. Soldados Profesionales:

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

13.2.1. Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.” (Subrayado y Negrilla del Despacho).

Concretamente el artículo 18 *ibídem*, preceptúa en cuanto al aporte de la prima de antigüedad, lo que sigue:

"ARTICULO 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

(...)

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

(...)

18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.”

Adicionalmente, el artículo 16 *ibídem*, diferenció la asignación de retiro de los Soldados Profesionales de la del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, como a continuación se cita:

*"(...) ARTÍCULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los **soldados profesionales** que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al **setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad**. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)" (Subrayado y negrita fuera del Despacho).*

Del artículo 13.2. del Decreto 4433 de 2004 y de la normativa transcrita se colige que para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales se tendría en cuenta tanto la asignación básica como la prima de antigüedad, estableciendo como forma de liquidación para determinar el valor de la mesada que debía pagarse por la mencionada prestación, el 70% del salario mensual, adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Ahora, el salario mensual a que hace referencia el mencionado numeral 13.2.1. del artículo 13 del Decreto 4433³ es el “Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000”, disposición normativa previamente citada, determina como tal “*un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario*”. No obstante, en **Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda**⁴, estableció como:

“4.1. Asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales deba liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.”

Y en ese mismo pronunciamiento se continuó indicando lo siguiente respecto al cálculo de la prima de antigüedad:

*“4.2. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, **para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera: (Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.**”* (Negrilla del Despacho)

Ahora bien, en lo que respecta a la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales frente a la **Prima de Navidad**, debe mencionarse que pese a que el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13, que regula lo correspondiente a las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, incluye expresamente la duodécima parte de la prestación antes mencionada para el caso de los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, no lo hace para los Soldados Profesionales⁵.

³ Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

...

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

...”

⁴ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Demandante: Julio César Benavides Borja. Radicado: 85001-33-33-002-2013-0023-01 (1701-2016)

⁵ “ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Sobre este particular trato diferenciado que hace el Decreto 4433 de 2004 entre Oficiales y Suboficiales con Soldados Profesionales, todos pertenecientes al Ejército Nacional, igualmente es necesario traer a colación lo dispuesto por la sentencia de unificación anteriormente referenciada, en la cual se determinó con relación a las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas y que en efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales, circunstancias que determinan objetivamente el trato diferente respecto de éstas jerarquías, por lo cual no se presenta un trato discriminatorio entre ellos, es decir, no se afecta el derecho a la igualdad.

En este sentido determinó:

"147. Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

148. En conclusión, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública."

Estableciendo como regla de unificación finalmente lo siguiente:

"1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes."

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales. (Negritas fuera de texto)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

En esa medida, de acuerdo a la comparación efectuada por el Consejo de Estado en la sentencia referida se encuentra que sobre los aportes o cotizaciones que se realizan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por los soldados profesionales, los oficiales y suboficiales de la institución, el ejecutivo en el Decreto 4433 de 2004, artículos 13 y 17 determinó las partidas computables sin que se advierta que los soldados profesionales efectuaron aportes sobre la Duodécima parte de la Prima de Navidad, tal como se puede advertir en el artículo 18 del mentado Decreto, en tanto que los oficiales y suboficiales si los efectuaron conforme el artículo 17.

Por otra parte, debe decirse que respecto a la inclusión de la partida del **subsidio familiar** en la liquidación de la asignación de retiro o pensión, el Consejo de Estado avaló bajo similares argumentos la imposibilidad de que la misma sea tenida en cuenta para la liquidación de dicha prestación de los soldados profesionales y justificó el trato desigual existente entre esos funcionarios y los oficiales y suboficiales, explicando y agregando que de conformidad con el principio de progresividad y de libertad de configuración legislativa, tampoco no se vulnera el derecho a la igualdad de aquellas personas que hayan causado su derecho pensional con anterioridad al **24 de junio de 2014**, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad⁶ a lo que se agrega el

⁶ R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.». Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

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

203. En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal. (Subrayado y negrilla del Despacho).

Igualmente estableció como regla de unificación, finalmente lo siguiente:

"3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal."

En suma, resulta importante tratar el tema de la obligatoriedad de las sentencias de unificación, para lo cual se dirá que la Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2012 precisó que el carácter vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado se fundamenta en que estas cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. William Zambrano Cetina, 10 de diciembre de 2013, señaló que en atención al grado de indeterminación de las normas jurídicas y de los múltiples operadores que pueden interpretarla, las jurisdicciones cumplen una función de unificación jurisprudencial que le garantiza a la sociedad "*cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad*" y a los individuos el derecho constitucional a que las decisiones "*se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico*" (seguridad jurídica).

Así las cosas, procederá este estrado judicial a analizar el presente caso atendiendo los lineamientos trazados en la sentencia de unificación enunciada, en atención a su carácter vinculante frente a las decisiones que se deban adoptar en relación con la materia que allí se estudió. Además, desde ya se dirá que no tiene apoyo la tesis alegada por la parte demandante, de desconocer dicha unificación, porque allí solo se regula asignaciones de retiro que reconoce Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no pensiones de invalidez reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional, habida cuenta que si bien se tratan de entidad distintas que reconocen, el régimen aplicable es el mismo, pues para el reconocimiento de la pensión de invalidez, se tienen en cuenta los factores computables devengados en calidad de soldado profesional, mismos a tener en cuenta si se tratara de asignación de retiro.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

2.1.2. Derechos adquiridos

La Corte Constitucional en sentencia C-192/16, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, dentro del expediente D-10974, de fecha veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016), definió el concepto de derechos adquiridos y los diferenció de las meras expectativas en los siguientes términos:

"las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona." [2]

Existirá entonces un derecho adquirido cuando durante la vigencia de la ley, el individuo logra cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en ella, lo cual configura la existencia de una determinada posición o relación jurídica.

Es decir, si las condiciones fijadas en una ley para la protección de esa posición o relación jurídica se satisfacen en su integridad, se entiende que toma forma un derecho que hace parte del patrimonio de su titular. Dicho de otra manera, "cuando respecto de un determinado sujeto, los hechos descritos en las premisas normativas tienen debido cumplimiento." [3]

(...)

5.4. La jurisprudencia de la Corte ha diferenciado los derechos adquiridos de las meras expectativas, indicando que estas últimas "consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad." [9] Las meras expectativas se predicen, en consecuencia, de la situación en que se encuentran las personas que no han cumplido las condiciones previstas en la ley para la consolidación de una determinada posición o relación y por lo tanto no la han incorporado a su patrimonio.

5.5. La importancia de la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas guarda además relación con las competencias radicadas en las diferentes autoridades para regular o intervenir en el ejercicio del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos.

Así, en el caso de los derechos adquiridos, la Carta señala expresamente que ellos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por normas expedidas con posterioridad al cumplimiento de las condiciones para su surgimiento, de manera que, se trata de posiciones y relaciones jurídicas especialmente protegidas. Ello no se opone, como quedo dicho, a que en los casos en los cuales los derechos de los particulares colisionen con motivos de utilidad pública o interés social se establezcan restricciones, cargas o modificaciones a su ejercicio o, incluso, se disponga la expropiación de la propiedad.

Sin embargo, cuando se trata de meras expectativas las autoridades competentes disponen de una competencia más amplia que les permite afectar las situaciones en curso. Ello es así dado que las meras expectativas, si bien pueden ser objeto de amparo en algunos eventos, no se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del artículo 58 de la Carta aunque, en eventos excepcionales y por mandato del artículo 83 pueden imponer a las autoridades deberes de regulación especial a fin de respetar las exigencias de justicia y equidad".

3. Caso Concreto

Dentro del expediente se encuentran debidamente probados los siguientes hechos respecto de la **pretensión primera** consistente en que se ordene a la accionada la liquidación de la pensión de invalidez de manera correcta tal como lo disponen los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, en concordancia con el artículo 13.2 *ibidem*.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Se acreditó en el expediente que el actor, el **22 de septiembre de 2017** mediante solicitud dirigida a la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, solicitó la liquidación de la pensión de invalidez con la prima de antigüedad de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y el artículo 2º de la misma norma en concordancia con el artículo 18.3.7 del Decreto 4433 de 2004 (vto. 102-103).

Igualmente, se observa respuesta dada por la Coordinadora del Grupo del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa de fecha **06 de octubre de 2017**, por medio de la cual da respuesta desfavorable a la solicitud presentada por la parte actora (fls. 4-5).

De conformidad a la hoja de servicios vista a folio 13, el señor EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el **18 de marzo de 1998** como soldado regular hasta el **25 de septiembre de 1999**; inició como soldado voluntario el **26 de septiembre de 1999** hasta el **05 de abril de 2000** y a partir de **01 de abril de 2001**, continuó como soldado profesional hasta el 01 de enero de 2013, con un total de tiempo prestado de 13 años, 5 meses y 28 días.

Con base en lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional mediante Resolución **No. 0286 del 28 de enero de 2013**, reconoció al señor EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO asignación de retiro a partir del **30 de septiembre de 2012** al observar en la hoja de servicios que su tiempo era de 13 años, 5 meses y 28 días, tal y como se señala en el acto administrativo (fls. 9-12).

Así las cosas, no cabe duda que al caso concreto le es aplicable el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, en lo que hace referencia a la prima de antigüedad que también contempla por ese concepto el reconocimiento del 38.5% a partir del año once (11) de servicio. De esta manera, se constata que con la Resolución No. 0286 del 28 de enero de 2013, el Ministerio de Defensa Nacional, reconoció y pagó una pensión mensual de invalidez en cuantía del 85% de las siguientes partidas:

"Que en consecuencia al señor Soldado Profesional del Ejército Nacional RODRÍGUEZ GALINDO EFRAIN, le corresponde por trece (13) años, cinco (05) meses y veintiocho (28) días de servicio activo una prima de antigüedad 38.5%, sobre la prima de antigüedad devengada en servicio activo 58.50%.

Que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, el mencionado Soldado adquirió el derecho al reconocimiento y pago de pensión mensual de invalidez, la cual se reajustará conforme lo prevea la ley, en cuantía equivalente al 85% de las siguientes partidas:

Sueldo Mensual: \$793.380.00
Prima Antigüedad: \$178.689.00
Total: \$972.069.00"

Ahora bien, la intención del acción de la referencia es que la entidad demandada reliquidar la pensión de invalidez del actor estableciendo que al monto resultante de aplicar el porcentaje de pensión de invalidez a la asignación básica, se le adicione el porcentaje de la prima de antigüedad que es de 38.5%, es decir, a los

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

\$ 793.380⁷, se le aplique el 85%⁸ y sobre este porcentaje se sume el 38.5% correspondiente a prima de antigüedad⁹, liquidando entonces la pensión de invalidez con la sumatoria de los dos (2) últimos resultados.

Así las cosas, si bien no puede darse aplicación directa al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que establece que para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, debe tenerse en cuenta tanto la asignación básica como la prima de antigüedad, determinándose como forma de liquidación para extraer el valor de la mesada que debe pagarse el 70% del salario mensual, adicionado por el 38.5% de la prima de antigüedad, debido a que el actor no cuenta con los veinte (20) años de servicio que le exige tal normativa, lo cierto es que aun cuando la prima de antigüedad deba ser liquidada conforme a los porcentajes que se señalan en el numeral 18.3.7 del artículo 18 *ibídem*, por mandato expreso del numeral 13.2.2 del artículo 13 del mismo Decreto, que corresponde al 38.5% de lo que ganaba en actividad, conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado, este último porcentaje, en todo caso se obtiene a partir del valor del ciento por ciento (100%) del salario básico mensual, como se pasa a ver:

El sueldo básico del actor era de \$793.380; de acuerdo en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, para determinar el monto a liquidar de una pensión de invalidez de entre otros, un soldado profesional, se tienen unos porcentajes, para el caso del actor, según se certificó en la Resolución 0286 del 28 de enero de 2013, cuenta con una disminución de la capacidad laboral del 91.54%, luego entonces, le es aplicable el numeral 30.2¹⁰ que establece el 85% de dicha partida cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%), correspondiente entonces a la suma de \$674.373, por concepto de sueldo básico.

Ahora bien, devengaba por concepto de prima de antigüedad el señor EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO, la suma de \$464.127, correspondiente al 58.5% de su asignación salarial, para la reliquidación de su pensión de invalidez debe atenderse a los mandatos del artículo 18 del multicitado Decreto 4433 de 2004, que enseña que por este concepto debe liquidarse en unos porcentajes que corresponden al tiempo de servicio y como el actor contaba con más de once (11) años le corresponde el 38.5% de lo que devengaba en actividad, porcentaje que encuentra su asidero en el ciento por ciento (100) del salario básico que devengaba el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, esto es, \$305.451; así al realizar la sumatoria del sueldo básico y la prima de antigüedad antes liquidadas, arroja un valor de \$ 979.824.

Sueldo básico del actor (85% del salario básico)	Prima de antigüedad reconocida por el artículo 18 del	Total asignación de retiro	Asignación reconocida por la demandada	Diferencia
--	---	----------------------------	--	------------

⁷ Sueldo básico del actor según certificación a folio 16 expediente.
⁸ Atendiendo a que la disminución de su capacidad laboral fue del 91.54% según se constata en la parte motiva de la Resolución No. 0286 de 2013 (fl. 9) y que el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, prevé "30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%)."
⁹ Artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.
¹⁰ "30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%)."

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

	Decreto 4433 de 2004.			\$153.565
\$674.373	\$305.451, correspondiente al 38.5% del 100% del salario básico devengado en actividad.	\$979.824	\$826.259	

En ese orden de ideas, una vez analizada la norma y la certificación de la partida computable considera este estrado judicial que le asiste razón al demandante, por lo que, en consecuencia, deberá declararse la nulidad parcial del **Oficio No. OFI17-86067 MDNSGDAAGPSAP del 06 de octubre de 2017**, por falsa motivación, en lo referente a la negativa de reliquidar la pensión de invalidez con la correcta inclusión de la prima de antigüedad; por lo tanto, a título de restablecimiento del derecho la entidad demandada debe reliquidar la pensión del libelista sobre el 85% del salario básico devengado en actividad, sumado al 38,5% de la prima de antigüedad del 100% salario básico mensual devengado en actividad, de conformidad con los articulo 16 y 18 del Decreto 44333 de 2004.

Finalmente, frente a la inclusión de la **duodécima parte de la prima de navidad**, este Despacho encuentra que **no es viable acceder a la misma** de acuerdo con la regla de unificación 1, 1.1 y 1.2 de la sentencia del 25 de abril de 2019, en la medida a que la misma no está enlistada en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, ni se efectuaron los aportes correspondientes pues el mencionado decreto sólo lo dispone para los oficiales y suboficiales, teniendo en cuenta que de acuerdo a la sentencia del Alto Tribunal no se advierte discriminación alguna que pueda afectar el derecho a la igualdad de los soldados profesionales, en razón a que la diferenciación acude a un criterio objetivo de jerarquía en las fuerzas militares y a las funciones a cada uno asignadas siendo en los oficiales y suboficiales en quienes recaen las mayores responsabilidades de dirección en la toma de decisiones las cuales pueden tener grandes implicaciones para la sobrevivencia de los soldados profesionales.

Igualmente siguiendo esas mismas consideraciones se **negará** la inclusión de la partida correspondiente al **subsidio familiar** de acuerdo con la reglas de unificación 1, 1.1, 1.2 y 3 de la sentencia del 25 de abril de 2019, teniendo en cuenta que además de lo anterior, de conformidad con el principio de progresividad y de libertad de configuración legislativa, tampoco no se vulnera el derecho a la igualdad de aquellas personas que hayan causado su derecho pensional con anterioridad al 24 de junio de 2014, como es el caso del demandante, frente a aquellos que lo causaren con posterioridad a esa fecha, quienes si tienen derecho a la inclusión de dicha partida.

Sea de precisar una vez más que no existe apoyo legal o jurisprudencial la tesis alegada por la parte demandante, en el sentido de no desconocer dicha unificación, porque allí solo se regula asignaciones de retiro que reconoce Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no pensiones de invalidez reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional como en el presente caso, habida cuenta que si bien se tratan de entidad distintas que reconocen el derecho pensional, el régimen aplicable es el mismo, pues para el reconocimiento de la pensión de invalidez, se tienen en cuenta los factores computables devengados en calidad de soldado

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

profesional, y la jurisprudencia en cita pregon a lo pertinente a los factores alegados en la demanda, motivo por el cual debe surtir para ellos el mismo análisis allí expuesto.

4. De la Prescripción.

En este acápite, procede el Despacho a pronunciarse frente a la “*prescripción*” toda vez que prosperaron las pretensiones de la demanda lo cual se hará de la forma que sigue:

El Decreto 1794 de 2000 que fijó el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, no se refirió al término de prescripción de los derechos reconocidos por el decreto, razón por la cual, el Despacho aplicará el término **prescriptivo cuatrienal** señalado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 “*Por el cual se reforma el Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*”, norma que establece lo siguiente:

“ARTICULO 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasará a la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares”.

En cuanto a la no aplicación del término trienal prescriptivo establecido en el Decreto 4433 de 2004, el Despacho dirá que acoge los pronunciamientos del Consejo de Estado frente a la aplicación del término cuatrienal de prescripción, en el sentido que si bien el Decreto 4433 de 2004 estableció un nuevo término prescriptivo de tres (3) años, se debe continuar aplicando el término de prescripción de cuatro (4) años previsto en Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, en cuanto se consideró que en el citado Decreto 4433 el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, fijando un nuevo término prescriptivo¹¹.

Así las cosas, debe decirse que en el *sub exámine* **no se configuró el fenómeno prescriptivo**, por cuanto la prestación que se estudia le fue reconocida al demandante el 28 de enero de 2013 y reajustada el 27 de mayo de 2014, con efectos a partir del 30 de septiembre de 2012, (fl. 11) y elevó petición para reajuste de su asignación de retiro con la inclusión de la partida prima de antigüedad como partida computable, el 22 de septiembre de 2017 (fls. 2-4), por tanto, no transcurrieron para el demandante los cuatro años de que trata la norma.

En consecuencia, en **primer lugar** y tal como se advirtió en el análisis correspondiente a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reajuste de la asignación de retiro del señor EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO, desde el **30**

¹¹ Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 12 de febrero de 2009 con radicación interna 2043-08 actor Jaime Alfonso Morales.

De igual forma en sentencia del 9 de noviembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del radicado 2015-00083-01, siendo actor Eladino Ceballos Guzmán con ponencia del doctor Oscar Alfonso Granados Naranjo, en cuanto al término de prescripción de las fuerzas militares, inaplicó la reducción del término prescriptivo establecido en el Decreto 4433 de 2004 y en su lugar, dio aplicación a la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

de septiembre de 2012, con la correcta interpretación de los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004.

Es decir, a la asignación básica deberá sacar el 85%¹² y al guarismo que arroje deberá adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad **pero sobre el 100% de la asignación básica**, atendiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019.

Las sumas que resulten en favor de la parte actora, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula, establecida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}^{13}$$

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el inciso tercero y quinto del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia condenatoria.

Así mismo, la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** deberá dar cumplimiento al presente fallo dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. De las Costas del Proceso

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, en la sentencia o auto que resuelva la actuación debe disponerse sobre la condena en costas y fundamentarse su imposición en contra de la parte vencida, siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, la demanda prosperó en forma parcial, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.**

Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

¹² Correspondiente a su pérdida de capacidad laboral.

¹³ En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor correspondiente a la diferencia producto del reajuste salarial, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
 Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, estudiada de oficio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del acto demandado contenido en el **Oficio No. OFI17-86067 MDNSGDAAGPSAP del 06 de octubre de 2017**, mediante el cual la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales resolvió de manera desfavorable la solicitud del actor consistente en el reajuste de la pensión de invalidez conforme a lo establecido en los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.2 *ibidem* y la inclusión del subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro.

TERCERO.- CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la prima de antigüedad del señor **EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO**, identificado con C.C. No. 71.192.216 de Puerto Berrio, de conformidad con los artículos 16 y 18 del Decreto 4433 de 2004, es decir, a la asignación básica deberá sacar el 85%¹⁴ y al guarismo que arroje deberá adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, **pero sobre el 100% de la asignación básica**. Lo anterior con efectos fiscales a partir del 30 de septiembre de 2012.

CUARTO.- CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, a título de restablecimiento del derecho, a pagar al señor **EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO**, identificado con C.C. No. 71.192.216 de Puerto Berrio, las mesadas a que tenga derecho por el reajuste de la pensión de invalidez, a partir del **30 de septiembre de 2012**, cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la fórmula en matemática financiera acogida por el Consejo de Estado y referida en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO.- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL** dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 *ibidem*.

SÉPTIMO.- NO CONDENAR en costas, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

¹⁴ Correspondiente a su pérdida de capacidad laboral, Decreto 4433 de 2004: "ARTÍCULO 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez (...) 30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%)."

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00008
Demandante: EFRAIN RODRÍGUEZ GALINDO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

OCTAVO.- En firme la presente providencia, por Secretaría archívese el proceso. Déjese las constancias respectivas.

El auto anterior se notificó por estado Nº 16, de hoy 19 de marzo de 2021.

Notifíquese y Cúmplase,

**DEYNA JOHANA BELTRÁN GONZÁLEZ
JUEZ**

Firmado Por:

**DEYNA JOHANA BELTRAN GONZALEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 012 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

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:

**291a508d732ca6b0586a3b34978abb4496bd25b562bc6bec31644ae97
abec829**

Documento generado en 17/03/2021 10:45:13 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 09 de 2021

Tunja, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 2019 00112 00
Demandante: CARLOS ALBERTO CHAPARRO FONSECA
Demandados: MUNICIPIO DE TUNJA-SECRETARÍA DE TRANSITO Y TRANSPORTE -INSPECCION SEPTIMA MUNICIPAL DE POLICÍA-TRANSITO Y ESPACIO PÚBLICO-

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor **Carlos Alberto Chaparro Fonseca**, en contra del **Municipio de Tunja- Secretaría de Transito Y Transporte - Inspección Séptima Municipal De Policía-Tránsito y Espacio Público-**.

I. ANTECEDENTES

1. De la demanda.

1.1. Pretensiones (fls. 1-2)

Se solicitó la declaratoria de nulidad de la **Resolución No. 1660 del 4 de septiembre de 2018**, por medio de la cual, la Inspección Séptima Municipal de Policía, Tránsito y Espacio Público de Tunja, sancionó con multa y suspensión de la licencia de conducción por el término de tres años, y de la **Resolución No. 006 del 14 de enero de 2019**, a través de la cual la Secretaría de gobierno municipal de Tunja, al resolver el recurso de apelación interpuesto, confirmó parcialmente la resolución primigenia.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, se ordene a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Tunja, levantar las sanciones impuestas, consistentes en multa pecuniaria de 180 S.D.L.V, equivalente a (\$4.426.380); la prohibición de conducir cualquier tipo de vehículo, por el término de tres años y la realización de 30 horas de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol; así mismo, la cancelación de la anotación en el Registro Único Nacional de Tránsito; que se habilite su licencia de conducción y se efectúe la devolución de la misma.

También solicitó se condene al Municipio de Tunja -Secretaría de Tránsito y Transporte de Tunja- Inspección Séptima Urbana de Policía de Tránsito y Espacio Público-, al pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante por la suma de (\$9.800.000); que la anterior suma, se indexe con base en el I.P.C.;

que la condena se liquide y cancele en los términos del C.P.A.C.A.; y finalmente, que se condene en costas y agencias en derecho a la parte pasiva.

1.2. Hechos

Los hechos referenciados por la apoderada son los siguientes:

Que el 18 de marzo de 2018, aproximadamente a las dos de la mañana, en la avenida oriental de la ciudad de Tunja, le fue impuesto al actor un comparendo por presuntamente conducir en estado de embriaguez positivo grado I, situación que le causó gran extrañeza, toda vez que según su dicho no había consumido alcohol.

Indicó que el procedimiento por el cual se le impuso el comparendo, careció de todas las garantías, por las siguientes razones: **i)** el funcionario que los realizó omitió en primer lugar, darle la posibilidad de comprobar que la boquilla del alcoholímetro que se utilizó fuera nueva y que estuviera dentro de una bolsa de plástico sellada, **ii)** no pudo el demandante cerciorarse que el tablero del aparato estuviera en ceros antes de soplar por la boquilla, por cuanto el Agente de Tránsito, de manera deliberada, omitió mostrar el alcoholímetro al presunto contraventor, factores que conllevaron a una medición imprecisa y alejada de la realidad, y **iii)** terminada la prueba, el funcionario no entregó al ciudadano la tirilla que emite el artefacto con la fecha y hora de la prueba, nombre del agente, nombre del conductor y grados de alcohol.

Sostuvo que ante las irregularidades presentadas durante el procedimiento realizado por el señor Milton Sierra Gordillo, el demandante a través de apoderada judicial, presentó solicitud de audiencia de impugnación de comparendo, con el fin de indicar los motivos de disenso con el procedimiento realizado y aportar las pruebas que sustentaban la impugnación.

Señaló que el 22 de marzo de 2018, la Inspección Séptima Urbana de Policía de Tránsito y Espacio Público de Tunja, fijó el 21 de mayo de 2018 para la realización de la audiencia de solicitud de exoneración de comparendo, la cual no se llevó a cabo en virtud de la solicitud de aplazamiento radicada por la apoderada del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca.

Aseveró que la solicitud de aplazamiento de la diligencia fue radicada de manera personal por la apoderada judicial del presunto infractor, el 18 de marzo de 2018, ante lo cual se le informó de manera verbal que se accedería a su solicitud de aplazamiento; sin embargo, no se le informó la nueva fecha de la audiencia.

Añadió que pasados unos días la apoderada se dirigió a la Inspección Séptima Urbana de Policía de Tránsito y Espacio Público de Tunja, para verificar en el expediente la fijación de la nueva fecha para la realización de la audiencia; sin embargo, no encontró ningún auto, motivo por el cual no se enteró de la nueva fecha de ésta.

Expresó que el 13 de septiembre de 2018, la apoderada del actor recibió mensaje de texto y llamada telefónica por parte de la Inspección Séptima Urbana de Policía de Tránsito y Espacio Público de Tunja, en la cual le solicitan acercarse a notificarse de la Resolución No. 1660 de 4 de septiembre de 2018, por lo que

procedió a verificar nuevamente el expediente, por cuanto en días anteriores no se evidenció auto que fijara fecha para realización de la audiencia de impugnación de comparendo, corroborando que no existía providencia que fijara dicha fecha, por lo que tomó copia de todas las piezas procesales contentivas del expediente contravencional y a dejar constancia que en el mismo solo habían 37 folios, con el fin de advertir que no existían más piezas procesales.

Manifestó que con posterioridad a la notificación del acto administrativo, de manera sorpresiva para la profesional del derecho, apareció una providencia, por medio de la cual se fijó fecha para continuación de audiencia de impugnación de comparendo dentro del expediente, la cual fue allegada con posterioridad a la notificación de la resolución, situación que puede ser verificada al examinar el proceso contravencional, en el que se evidencia una modificación en la foliación del expediente y número de piezas procesales.

Dijo que no se realizó en debida forma la notificación en estrados de la nueva fecha de exoneración de comparendo, por cuanto dicho auto no se encontraba en el expediente, motivo por el cual la apoderada del presunto contraventor no se enteró de esa decisión, causando vulneración del principio de publicidad, debido proceso, defensa y contradicción, causando la ineficacia de las decisiones adoptadas en tales circunstancias.

Aseveró que a pesar de no haber sido notificada de la nueva fecha y hora para realización de la audiencia de exoneración de comparendo, ésta se llevó a cabo el 16 de julio de 2018, cerrando la etapa probatoria y de alegatos de conclusión de manera irregular y violando el debido proceso del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca.

Indicó que con posterioridad, el 4 de septiembre de 2018, la Inspección Séptima de Policía, Tránsito y Espacio Público de Tunja profirió la Resolución No. 1660 de 2018, a través de la cual se resolvió sancionar al convocante con multa y suspensión de la licencia de conducción por el término de tres años, acto administrativo expedido con falsa motivación de manera ilegal al violar el principio de publicidad y derecho al debido proceso.

Sostuvo que contra la anterior decisión, la apoderada del presunto contraventor, presentó apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 006 de 14 de enero de 2019, proferida por el Secretario de Gobierno del Municipio de Tunja, declarando la nulidad de todas las pruebas obrantes en el proceso contravencional, por haber sido introducidas de manera ilegal al proceso, sin que fueran decretadas.

Señaló que el acto administrativo confirmó la sanción impuesta al señor Chaparro Fonseca, sin tener en cuenta los elementos de convicción para endilgarle responsabilidad como presunto infractor de la norma de tránsito, toda vez que decretada la nulidad de las pruebas obrantes en el proceso contravencional, no es posible desvirtuar los yerros cometidos en el procedimiento de imposición de comparendo por alcoholemia.

Aseguró que los actos administrativos enjuiciados carecen de motivación y fueron expedidos con vulneración de los principios de publicidad, contradicción y debido proceso, por cuanto no existió una debida notificación de la fecha de la

audiencia de exoneración del comparendo, y en tal virtud, no se pudo ejercer una debida defensa; así mismo, indicó que durante el procedimiento se pretermitieron las etapas y garantías a efectos de endilgarle responsabilidad al actor, sin que mediaran medios de convicción para tal fin.

Reiteró que se introdujeron al proceso pruebas de manera ilegal, que nunca fueron decretadas ni aportadas; que tampoco compareció el alcohosensorista con el fin de ser escuchado en la declaración respecto de la elaboración del comparendo y que se citó a otro patrullero que no estuvo presente en los hechos que dieron origen al proceso, por lo que considera que al no existir pruebas y no rendir declaración el funcionario competente, no se pudo establecer la calidad del equipo que realizó la prueba de alcoholemia, ni que el procedimiento realizado por el analizador se hubiera ejecutado conforme a los parámetros establecidos en la Ley, por lo que afirmó que se realizó un procedimiento de manera ilegal, con un equipo que no era idóneo el cual arrojó una lectura imprecisa y alejada de la realidad.

Manifestó que como consecuencia de la sanción impuesta al convocante, se le ha vulnerado su derecho al mínimo vital, pues con la suspensión de la licencia de tránsito no ha podido seguir trabajando como conductor de servicio público (taxi), oficio con el cual devengaba un salario promedio de setecientos mil pesos con los cuales cubría sus necesidades básicas (fls. 2-5).

1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

.- CONSTITUCIONALES: artículos 29, 83 y 209.

.- LEGALES: artículos 47, 48, 66, 67 y 103 del CPACA; artículos 136, 137 y 138 del Código Nacional de Tránsito; resoluciones 64189 de 2015 y 89650 del 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio; artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1.4. Fundamentos de derecho

La apoderada de la parte actora, señaló en primer lugar, la **vulneración al debido proceso**, por cuanto los actos administrativos acusados se encontraban viciados de nulidad al haber sido expedidos de manera ilegal, vulnerando el derecho de defensa y contradicción, los cuales se materializan principalmente con la notificación en debida forma, con el derecho a ser oído, presentar y controvertir pruebas.

Añadió que en el proceso contravencional no se notificó en debida forma el proveído por medio del cual se fijó nueva fecha y hora para llevar a cabo continuación de la audiencia de impugnación de comparendo, recordando que en virtud de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre las providencias al interior de un proceso contravencional deben ser notificadas en estrados (art. 139) y que la misma debió ser anexada al expediente, actuación que no fue realizada.

Aseguró que en el transcurso del proceso contravencional se allegaron al expediente de manera repentina e irregular, los siguientes documentos: certificado de calibración, estado de cuenta, registro de operadores y capacitadores y hoja de equipo, los cuales no fueron decretados por parte de autoridad competente, debido a que las únicas pruebas que se solicitaron de oficio por parte de la inspección, fueron las señaladas en auto de 22 de marzo de 2018, agregó que tampoco obra constancia que las mismas hubiesen sido allegadas o solicitadas por la parte investigada.

Expresó que los actos enjuiciados fueron expedidos sin elementos de convicción para endilgar responsabilidad al demandante sin dársele oportunidad a la apoderada judicial de controvertir los mismos, toda vez que fueron anexados al proceso de manera repentina, sin que media auto que los decretara y sin correr traslado de éstos, actuaciones que considera deben ser tenidas en cuenta como indicio grave respecto de la Inspección de Policía.

Reiteró que durante el proceso contravencional no se les permitió ejercer el derecho de defensa y contradicción; hubo indebida notificación de las actuaciones; se allegaron pruebas de manera ilegal sin correrse traslado de las mismas, negándose el derecho de controvertir dichos medios de convicción, motivo por el cual considera que los actos administrativos no pueden producir efectos y adolecen de nulidad.

En segundo lugar, hizo alusión al cargo de **falsa motivación**, por cuanto se profirieron actos omitiendo formalidades sustanciales y señaló que la Resolución No. 1660 de 2018 por medio de la cual se sancionó al demandante con multa y suspensión de la licencia de conducción por el término de tres años se basó en razones de hecho y de derecho contrarias a la realidad.

Arguyó que el señor Chaparro Fonseca no conducía bajo los efectos del alcohol o sustancias psicoactivas y que aún así le endilgaron responsabilidad con base en pruebas introducidas de manera ilegal al proceso, situación por la cual fue declarada su nulidad por el superior jerárquico, a través de Resolución No. 006 de 14 de enero de 2019, proferida por el Secretario de Gobierno del Municipio de Tunja.

Resaltó que la imposición de comparendos por alcoholemia tiene un procedimiento especial a efectos de obtener precisión en la medición y en la obtención de resultados que otorguen un resultado que lleve a la convicción que efectivamente el infractor conducía bajo el influjo de alcohol o sustancias psicoactivas, lo que implica un sistema de aseguramiento de calidad de los aspectos relacionados con la calibración del equipo, la idoneidad del personal que lo opera, el método utilizado y demás componentes de ese sistema.

Destacó que en el presente asunto no se acreditó que el alcohosensor estuviera con el factor 2100:1; tampoco que tuviera la etiqueta adherida al aparato de calibración; no se demostró quién era el proveedor del servicio de calibración; no se determinó si existe una calibración vigente frente al equipo alcohosensor serie 8880; dentro de los requisitos del operador no existe documento que permita establecer que el agente Sierra Gordillo Milton se encontrara en la lista de peritos alcohorosensistas del Instituto de Medicina legal ni que tuviera capacitación para el manejo de dichos instrumentos.

Añadió que no obra prueba del procedimiento operativo o instructivo de uso del analizador, ni de la certificación de capacitación; ni hoja de vida del analizador con la descripción del equipo; tampoco existe fecha en la que se puso al servicio el equipo ni los informes de mantenimiento; no se comprobó cómo se realizó la medición, es decir, si se efectuó de forma automática, si las boquillas estaban selladas, si se permitió verificar el estado de la boquilla y del tablero de medición antes de soplar y si se realizó entrega de la tirilla con fecha hora y resultado de la prueba, nombre del agente, del conductor y grados de alcohol.

Enfatizó que se citó a un agente de tránsito que no estuvo presente en el lugar de los hechos y que no se pudo corroborar que la medición hubiere sido realizada bajo los estándares de precisión ordenados por la Ley, arrojando como resultado grado I debido a las condiciones que presentaba la calibración y el indebido estado del aparato con el cual se tomó el examen.

Concluyó que la sanción fue impuesta con base en pruebas inexistentes y que la Resolución No. 006 de 14 de enero de 2019 también fue expedida con falsa motivación, ya que declara la nulidad de los medios de convicción utilizados, pero confirma la sanción impuesta, a pesar de la evidente vulneración del derecho al debido proceso (fls. 5-12).

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Municipio de Tunja (fls. 56-62)

La apoderada de la entidad presentó escrito de contestación mediante el cual se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas al considerar que las actuaciones surtidas se encuentran ajustadas a derecho y los actos administrativos fueron expedidos bajo el marco normativo aplicable con plena observancia del debido proceso y del derecho de defensa.

Afirmó que la situación fáctica ocurrió por fuera de la órbita de injerencia del Municipio de Tunja, no obstante, las pruebas de alcoholimetría, génesis del proceso No. 026-2018, realizadas por el patrullero y alcohosensorista Milton Sierra Gordillo, evidencian que el implicado había ingerido licor el 18 de marzo de 2018 y que no se demostró lo contrario.

Manifestó respecto del procedimiento en el cual se impuso el comparendo que todos los puntos de molestia debieron ser señalados en el momento de los hechos y no en el escenario judicial donde su comprobación es nula, máxime cuando en el procedimiento administrativo por infracción a las normas de tránsito tampoco se acreditó.

Aclaró que el recurso de apelación fue resuelto a través de Resolución No. 006 de 14 de enero de 2019, pero que no es cierto que en esta se declaró la nulidad de todas las pruebas, ya que se trató solo de 4 dejando incólumes las otras y que pese a ello, no se afectó la claridad probatoria, por lo que se confirmó la decisión de la resolución inicial.

Añadió que la Resolución No. 006 fue expedida luego de un análisis juicioso y detallado tanto del procedimiento como de los razonamientos de hecho y de derecho esbozados en el recurso de apelación interpuesto y que las pruebas que fueron declaradas nulas fueron las siguientes: "(...) *Certificado de calibración -fls 28 y 29-Estado de Cuenta-fl33, Registro de operadores capacitados -fl34- y Hoja de Equipos -fl-30 a 32, dejando y manifestándose incólumes los demás medios probatorios allegados legalmente al expediente. (...)*" (fl. 60).

Dijo respecto de la presunta vulneración de las etapas y derechos que se trata de manifestaciones genéricas sin soporte probatorio alguno y que los medios de convicción que llevaron a la imposición de las sanciones están dentro del proceso y que gozan de presunción de legalidad; así mismo, que no es de recibo que el actor pretenda en esta instancia judicial y no en la actuación administrativa abrir debate probatorio y de defensa que en su momento no realizó haciendo uso inadecuado de la acción judicial.

Reiteró que en cuanto al procedimiento realizado el 18 de marzo de 2018 en el cual se le impuso comparendo se señalaron presuntos yerros cometidos pero no se aportaron pruebas si quiera sumarias que respaldaran sus afirmaciones o que si quiera pusieran en duda el proceder del agente de policía que adelantó el trámite.

Sostuvo que en efecto el examen de embriaguez y alcoholemia está sometido a un protocolo, por ello, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses expidió la Resolución No. 000414 de 27 de agosto de 2002, en el cual están contenidos los parámetros básicos para realizar este tipo de procedimientos, por lo que el interesado al momento de la realización del examen en caso de considerar que se están transgrediendo sus derechos constitucionales se puede oponer al mismo y señalar sus razonamientos a efectos de evitar que éste continúe o se deje en el escrito en el comparendo las presuntas anomalías, con el fin de hacer ver las inconsistencias, todo lo cual es viable si la persona objeto del examen no se encuentra bajo la influencia de sustancias alcohólicas o alucinógenas.

Señaló que en el proceso contravencional no se observó irregularidad alguna en la foliatura, ni que el auto que fijó nueva fecha apareciera abruptamente en el consecutivo del proceso, ni anormalidad en las piezas procesales al tiempo que recordó que el artículo 139 de la Ley 769 de 2002 por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre, dispone que las providencias que se dicten en el proceso se notificarán en estrados; en consecuencia, no existe obligación legal de notificar por vía diferente el auto que reprogramó la audiencia de exoneración de comparendo, motivo por el cual era obligación del interesado acudir a la inspección de conocimiento a revisar el proceso y conocer la nueva fecha y ante la ausencia del auto debió preguntar a los funcionarios de la dependencia.

De las excepciones propuestas:

i) Legalidad de los actos administrativos que se atacan.

Indicó la apoderada que el obrar de la administración municipal de Tunja, a través de la Inspección Séptima de Policía, Tránsito y Espacio Público de Tunja y de la Secretaría de Gobierno, dentro del proceso No. 026-2018 estuvo acorde con el ordenamiento constitucional y legal que rige ese tipo de procesos, al

tiempo que se sustentó en pruebas válidamente aportadas, se fijó fecha para audiencia de exoneración de comparendo, se reprogramó la misma por petición previa del interesado, se decretaron pruebas, se notificaron decisiones proferidas y se resolvieron recursos interpuestos.

Afirmó que como quiera que el demandante no aportó pruebas que acrediten las presuntas irregularidades, se colige que se trata de apreciaciones subjetivas del actor, por lo que se deben desestimar las súplicas de la demanda (fl. 61).

ii) Genérica.

Solicitó dar aplicación a esta excepción de que trata el C.G.P. aplicable al caso por el principio de concreción o remisión de normas, que faculta al fallador para que de manera oficiosa declare en la sentencia cualquier otro hecho que se encuentre debidamente demostrado y que constituya excepción que favorezca a la entidad demandada y que no hay sido alegada expresamente en la contestación (fl. 61).

3. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas (fl. 146), frente a las cuales la apoderada de la parte actora guardó silencio.

4. AUDIENCIA INICIAL, DE PRUEBAS Y AUTO DE INCORPORACION DE DOCUMENTALES.

A través de auto del 13 de febrero del año 2020, se fijó como fecha para la realización de la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 del CPACA el lunes veintisiete (27) de abril de dos mil veinte (2020), a las dos y treinta minutos de la tarde (2: 30 p.m.); no obstante, la misma no se efectuó teniendo en cuenta el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, por el brote de enfermedad denominado coronavirus - COVID-19 como una pandemia.

Con base en lo anterior y en aplicación de los principios de celeridad, eficacia y contradicción, previstos en los artículos 1º, 4º y 7º de la Ley 270 de 1996, así como los parámetros contenidos en el artículo 42 del CGP que permiten al Juez direccionar el proceso, mediante auto del 17 de septiembre de 2020, se ordenó: abstenerse de reprogramar fecha para realización de audiencia inicial; tener por contestada la demanda en término; diferir el estudio de las excepciones al fondo de asunto; incorporar al expediente las pruebas aportadas por la parte actora; abstenerse de incorporar algunas pruebas; negar el decreto y práctica de algunas pruebas; correr traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez días para alegar de conclusión; compartir a las partes el link del expediente digitalizado y exhortar a las partes para que actualizaran las direcciones electrónicas (fls. 151-158).

6. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante (fls. 164-168)

La apoderada de la parte demandante reiteró los supuestos fácticos y los argumentos jurídicos expuestos en el libelo introductorio, insistiendo en que la demandada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y legalidad al

desconocerse las formalidades o los trámites de carácter sustancial, en la realización del procedimiento adelantado por el agente de tránsito para la práctica de la prueba de alcoholemia.

Citó la Resolución No. 1844 de 2015, por la cual se emite la guía para la medición indirecta de alcoholemia a través de aire para afirmar que en el *sub lite* se desconocieron las formalidades y parámetros técnicos que se debían seguir en el proceso contravencional.

Añadió que, analizadas las piezas procesales dentro del proceso contravencional, correspondiente al comparendo No. 18529328, se tiene que a través de auto de 22 de marzo del año 2018, la Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana de Tránsito y Espacio Público de Tunja, avocó conocimiento de la solicitud de exoneración de comparendo y a su vez, decretó como prueba documental, la Orden de Comparendo Nacional No. 15001000000018529328, con sus respectivos anexos.

Destacó que el anexo a la orden de Comparendo Nacional, corresponde al documento denominado "ANEXO 5 MODELO DE FORMATO PARA LA ENTREVISTA QUE DEBE HACER AL EXAMINADO ANTES DE REALIZAR LA MEDICIÓN. ENTREVISTA PREVIA A LA MEDICIÓN DE ALCOHOSENSOR" y tres tirillas de alcohosensor No. 888.

Con base en lo anterior, dijo que en el proceso contravencional, no se decretaron como pruebas:

- Declaración de aplicación de un sistema de aseguramiento de la calidad en la medición indirecta de alcoholemia a través de aire expirado.
- Certificado de idoneidad del patrullero MILTON ALIRIO SIERRA GORDILLO.
- Lista de chequeo del estado del analizador antes de usarlo en cada jornada.
- Certificado de calibración del Alcohosensor Serie No 8880 con la respectiva hoja de vida del equipo.

Aseguró que la Resolución No 1660 de 2018, se profirió con sustento en un material probatorio que no fue debidamente introducido al proceso, razón por la cual, en segunda instancia del proceso contravencional, se declaró la nulidad del certificado de calibración fls. 28 y 29; Estado de cuenta fl. 33; Registro de Operadores Capacitados fl. 34 y Hoja de equipos fls. 30 a 32, omitiendo que también se debía declarar la nulidad del documento denominado como Lista de Chequeo para equipos alcohosensores, como quiera que, dicho documento, tampoco fue decretado en primera instancia.

Manifestó que los actos administrativos enjuiciados, se expidieron sin los elementos de convicción para endilgar responsabilidad, encontrándose viciados de nulidad por cuanto fueron expedidos de manera ilegal, al vulnerar garantías como el debido proceso; realizando el juzgador un análisis de pruebas que no fueron incorporadas en debida forma.

Indicó que en el proceso contravencional, el juzgador únicamente podía evaluar: la orden de Comparendo Nacional No 15001000000018529328, así como, el ANEXO 5 y tres tirillas de alcohosensor No 8880; así mismo, dijo que era

necesario que la autoridad de tránsito certificara haber adelantado el procedimiento de la práctica de la prueba de alcoholemia con sujeción al principio de legalidad; demostrando la regularidad de los instrumentos que se emplean, la competencia técnica del funcionario para realizar la prueba correspondiente, además de la documentación exigida para verificar que los resultados obtenidos con la medición tenían un grado de certeza y confiabilidad.

Finalmente, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, declarar la nulidad de los actos administrativos enjuiciados.

Vale la pena destacar que la apoderada de la parte actora NO acreditó el envío de los alegatos a la demandada (fl. 164)

6.2. Parte demandada: Municipio de Tunja –Secretaría de Educación- (fls. 169-173)

La apoderada se ratificó en todos y cada uno de los argumentos de defensa plasmados en el escrito de contestación, solicitando la prosperidad de la excepción denominada legalidad de los actos administrativos demandados.

Añadió que las manifestaciones de inconformismo del demandante, respecto del trámite administrativo contravencional adelantado, no cuentan con sustento probatorio alguno y, por tanto, no deben ser atendidos favorablemente.

Adicionalmente, afirmó que se está solicitando el pago de la suma de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$9´800.000), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, correspondiente a lo dejado de percibir durante el tiempo que lleva suspendida la licencia de conducción, suma que corresponde a la utilidad que le generaba su actividad como conductor de servicio público taxi, aportando certificación suscrita por la propietaria del vehículo taxi UQZ 308.

Afirmó que la certificación objeto de análisis permite establecer:

- a- Quien es la propietaria del vehículo taxi UQZ 308.
- b- Que el señor Carlos Alberto Chaparro trabajó como conductor de tal vehículo en la modalidad de relevos.
- c- Que laboraba los días sábado, domingo y lunes.
- d- Que la relación laboral tuvo una duración del primero (01) de enero de 2018 al diecisiete (17) de marzo de igual año.
- e- Que el señor Carlos Chaparro devengaba un salario mensual promedio de setecientos mil pesos.

Manifestó que con base en la certificación manifestó que a través de ésta no se puede determinar: la razón por la cual se dio por finiquitada la relación laboral entre el señor Carlos Chaparro y la señora Ana Joaquina Rivera el día 17 de marzo de 2018 y las causas de tal ruptura laboral un día antes de la imposición de sanción, pero que si se observa es que el día del levantamiento de la Orden de Comparendo Único Nacional No. 15001000000018529328 el demandante, ya no tenía una relación laboral con la propietaria del taxi de placas UQZ 308.

Con base en lo anterior, indicó que no es jurídicamente acertado perseguir la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, por lo dejado de percibir por el señor Chaparro como conductor del vehículo de servicio público atrás identificado, por el tiempo que lleva suspendida la licencia de conducción, dado que de la prueba por él mismo aportada en el escrito de demanda es indiscutible que para el día de imposición del comparendo el accionante ya no trabajaba como conductor en la modalidad de relevador, y por tanto, no hay perjuicios que resarcir.

Añadió que en caso de que para el día de la imposición del comparendo el señor Chaparro Fonseca siguiera trabajando como relevador del taxi de placas UQZ 308, se echa de menos las pruebas que permitan demostrar las condiciones reales de ejecución del contrato de trabajo, tales como: el contrato de trabajo, planillas donde se registre el producido del vehículo para los días sábado, domingo y lunes a fin de realizar un promedio de lo devengado por el actor, planillas de seguridad social para definir el momento de cotización y que infiera lo realmente recibido por el conductor, recibos de pago del salario, por citar algunas probanzas, por lo que considera que no es posible dar credibilidad a la certificación en cita para el pago de perjuicios.

Finalmente, reiteró que el procedimiento contravencional fue adelantado surtiéndose las etapas establecidas para el efecto, respetando las garantías constitucionales y legales y que cuando se hizo evidente un acto de afrenta al debido proceso y derecho de defensa, en el trámite de la apelación fue subsanado en beneficio del recurrente, procediendo a excluirse el material probatorio que no había sido incorporado en debida forma.

Vale la pena destacar que la apoderada de la entidad territorial Municipal acreditó el envío de los alegatos a los extremos procesales (fl. 169).

6.3. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Delegada ante este Despacho, no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Corresponde a esta instancia resolver los siguientes problemas jurídicos:

-Determinar si los actos administrativos enjuiciados, proferidos por las accionadas, mediante los cuales se declaró contraventor de las normas del tránsito al señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca, imponiéndole como sanciones: multa de 180 S.D.L.V.; suspensión de la licencia de conducción por el término de 3 años; la realización de 30 horas de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas y con 3 días de inmovilización del vehículo, se

encuentran ajustados a derecho, o si por el contrario deben ser declarados nulos ordenado el restablecimiento del derecho a conducir vehículos, exoneración del comparendo y finalmente, el pago de los perjuicios de orden material deprecados en la demanda.

Con base en lo anterior, se establecerá si hubo vulneración al debido proceso en el procedimiento de imposición de comparendo y en segundo lugar, si dentro del proceso contravencional No. 026-2018 se afectaron los derechos de publicidad, defensa, contradicción y debido proceso.

1.1. TESIS ARGUMENTATIVA DEL DEMANDANTE.

La imposición del comparendo se realizó sin garantizar los derechos mínimos del actor, entre ellos, a revisar el estado de la boquilla, que el tablero del alcohosensor estuviera en ceros y no se le permitió el acceso a las tirillas de los resultados, por lo que considera que los valores arrojados en la prueba no debieron ser tenidos en cuenta al momento de imponer el comparendo.

Adicionalmente, durante el proceso contravencional no se le respetó el derecho de publicidad de las actuaciones para ejercer el derecho de defensa y contradicción, por cuanto la notificación en estrados no fue realizada de manera correcta; que se introdujeron pruebas de manera ilegal al expediente; que se citó a un patrullero que no atendió el caso y no se escuchó al agente que sí impuso el comparendo; que no se tuvieron en cuenta especificaciones del alcohosensor, tales como calibración y capacitación del operador y finalmente que no se decretaron pruebas necesarias para resolver el asunto contravencional.

1.2. TESIS ARGUMENTATIVA PROPUESTA POR EL DEMANDADO-MUNICIPIO DE TUNJA-.

Refiere que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho y que los argumentos de presuntas irregularidades dentro del procedimiento, debieron ser señalados al momento de los hechos y no en el escenario judicial donde su comprobación es nula, máxime cuando en el procedimiento administrativo por infracción a las normas de tránsito tampoco se acreditó vulneración.

Que si bien es cierto se declaró la nulidad de algunas no de todas la pruebas en el proceso contravencional, también es cierto que, con las obrantes se confirmó la decisión de la resolución inicial que impuso sanciones y que la vulneración de derechos de derechos en el proceso no existió por cuanto se trata de manifestaciones genéricas sin soporte probatorio alguno y finalmente, que el artículo 139 de la Ley 769 de 2002 por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre, dispone que las providencias que se dicten en el proceso se notificarán en estrados, en consecuencia, no existía obligación legal de notificar por vía diferente el auto que reprogramó la audiencia de exoneración de comparendo y que el interesado era quien debía estar pendiente del proceso.

1.3. TESIS ARGUMENTATIVA DEL DESPACHO

Como quiera que los cargos imputados contra los actos administrativos acusados, no lograron ser acreditados, se negarán las pretensiones de la

demanda. Dicho en otras palabras, del contenido del material obrante en el proceso se concluye que el demandante no tiene derecho al levantamiento de las sanciones impuestas dentro del proceso contravencional No. 026- 2018, por lo que no es posible acceder a las pretensiones invocadas.

2. DEL MARCO JURIDICO APLICABLE

2.1. Debido proceso administrativo en asuntos de tránsito.

Sea lo primero indicar que el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, contemplado en el artículo 29 Superior, aplicable a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, en procura de que los habitantes del territorio nacional puedan acceder a mecanismos justos, que permitan cumplir con los fines esenciales del Estado, entre ellos, la convivencia pacífica, la cual cobra gran relevancia en materia de tránsito¹.

Dicho derecho fundamental, para quienes tengan a su cargo el desarrollo de un proceso judicial o administrativo, implica la obligación de mantenerse al tanto de las modificaciones al marco jurídico que regula sus funciones, pues de lo contrario, su conducta puede acarrear la ejecución de actividades que no les han sido asignadas o su ejecución conforme con un proceso no determinado legalmente.

Por consiguiente, resulta acertado citar el artículo 6º Constitucional, el cual establece que todo servidor público responde por infringir la Constitución y la ley y por la *"omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"*, en concordancia con el artículo 121 *ibídem*, en el que se determina que aquellos pueden ejecutar únicamente las funciones que se determinen en la Constitución y en la ley.

Dicho en otras palabras, el principio de legalidad es una restricción al ejercicio del poder público, en atención a la cual *"las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos"*².

Ahora bien, desde la perspectiva de los ciudadanos inmersos en una actuación administrativa o judicial, el debido proceso constituye una garantía para el acceso a la administración de justicia, de tal forma que puedan conocer las decisiones que los afecten e intervenir, en términos de igualdad y transparencia, para procurar la protección de sus derechos e intereses legítimos. En tal sentido, el debido proceso se concibe como un escudo protector frente a una posible actuación abusiva de las autoridades, cuando estas se desvíen, de manera injusta, de la regulación jurídica vigente³

¹Sentencia C-214 de 1994. *"En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional"*.

² Sentencia C-980 de 2010.

³ Ibidem

En este aspecto, la Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso comprende:

""a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo.

b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley.

c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.

d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables.

e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo.

f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas⁴."

Vale la pena destacar que el debido proceso se aplica a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas y está consagrado en el artículo 29 Constitucional y 209 del mismo texto y en el numeral 1º del Artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, normas en las que se regula como un principio fundamental de la función administrativa.

En este sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-980 de 2010, dispuso respecto al debido proceso administrativo que éste ha sido definido jurisprudencialmente de la siguiente manera:

"(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal⁵. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados⁶."

Igualmente, en dicha providencia dicha Corporación, dispuso que las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia, eran las siguientes:

⁴ Sentencia C-980 de 2010.

⁵ Sentencia T-796 de 2006.

⁶ Ibidem.

"(i)ser oído durante toda la actuación,(ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso."

De otra parte, el debido proceso administrativo implica para las autoridades públicas, una limitación al ejercicio de sus funciones, pues en todo proceso, desde su inicio hasta su fin, deben obedecer de manera restrictiva a los parámetros procedimentales determinados en el marco jurídico vigente, con el fin de eliminar todo criterio subjetivo que pueda permear el desarrollo de los procesos administrativos y, a su vez, evitar la conducta de omisión, negligencia o descuido en que puedan incurrir los funcionarios relacionados en el proceso.

Lo anterior, cobra especial importancia cuando se trata del proceso administrativo sancionador⁷, el cual constituye una facultad de las autoridades públicas para el cumplimiento de sus decisiones de carácter correctivo (dirigida a los particulares) o disciplinario (aplicada a los servidores públicos)⁸. Es decir, las decisiones correctivas están reguladas, en principio, con un fin preventivo para que los administrados se abstengan de incurrir en conductas que puedan, entre otras cosas, afectar la convivencia social, fin esencial del Estado. De ahí que el proceso administrativo sancionatorio, desde esta perspectiva, constituye un límite a las libertades individuales en aras de garantizar el orden público⁹.

Ahora bien, en materia de tránsito, el derecho administrativo sancionador es aplicado desde una óptica correctiva, para que los particulares se abstengan de incurrir en las conductas que les están proscritas de acuerdo al Código Nacional de Tránsito y, en caso de hacerlo, se pretende que la administración esté facultada para imponer y hacer cumplir las sanciones a que haya lugar.

Se destaca que las sanciones en materia de tránsito se imponen para regular las conductas de aquellas personas que realizan una actividad peligrosa, como la conducción de vehículos automotores, con la cual están en riesgo valores tan importantes para el Estado como la vida y la seguridad de sus ciudadanos, con lo que se busca, en todo caso, preservar el orden público¹⁰.

Al respecto, en Sentencia C-530 de 2003 se dispuso lo siguiente:

"la Corte ha señalado que el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se le aplican, mutatis mutandi¹¹, pues las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se consagran para proteger los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora del Estado, por lo cual operan, con algunos matices, siempre que el Estado ejerza una función punitiva. Por ello la

⁷ La facultad sancionadora de la administración, de acuerdo a la Sentencia C-530 de 2003, "es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o "impeachment". Corte Suprema de Justicia, sentencia 51 de 14 de abril de 1983. MP Manuel Gaona Cruz, reiterado por la Corte Constitucional. Sentencia C-214 de 1994.

⁸ Sentencia C-214 de 1994.

⁹ Sentencias C-530 de 2013 y C-214 de 1994.

¹⁰ Véase, entre otras, las Sentencias C-980 de 2010, C-530 de 2010 y C-309 de 1997.

Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP art. 29).

(...)

la potestad punitiva del Estado agrupa el conjunto de competencias asignadas a los diferentes órganos para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica. Por ello, la actuación administrativa requerida para la aplicación de sanciones, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria- está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales (CP art6. 29), con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción”.

2.2. Derecho de defensa y contradicción en el proceso administrativo

El derecho fundamental al debido proceso administrativo se descompone en diferentes garantías¹¹, una de ellas es el derecho de defensa y contradicción, consistente en el derecho reconocido a toda persona “*de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que le otorga*”¹² la ley.

Doctrinariamente, se ha establecido que el derecho de defensa:

*“concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo, el derecho de defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas. Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: en primer lugar el derecho de contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica”*¹³.

Igualmente, el derecho de defensa, se centra en la posibilidad de que el administrado conozca y tenga la posibilidad de hacer parte del procedimiento que lo involucra y, a partir de ahí, exponer su posición y debatir la de la entidad correspondiente por medio de los recursos y medios de control dispuestos para el efecto. Por su parte, el derecho de contradicción, tiene énfasis en el debate probatorio, implica la potestad de presentar pruebas, solicitarlas, “participar efectivamente en [su] producción” y en “exponer los argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba”¹⁴.

Dicho en otras palabras, esta garantía procesal consiste, primero, en la posibilidad de que el particular, involucrado en un procedimiento o proceso adelantado por la administración, pueda ser escuchado y debatir la posición de la entidad correspondiente; segundo, presentar pruebas, solicitar la práctica de las que se considere oportuno y, de ser pertinente, participar en su producción; tercero, controvertir, por medio de argumentos y pruebas, aquellas que contra

¹¹ C-371 de 2011.

¹² Sentencia C -025 de 2009, reiterada en la Sentencia T-544 de 2015.

¹³ Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia, primera edición 2005. (págs. 333-377). Cita extraída de la Sentencia T-544 de 2015.

¹⁴ Desde ese enfoque, en la Sentencia T-461 de 2003, se indicó que la vulneración de la garantía de contradicción “se presenta cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso”.

él se lleguen; cuarto, la posibilidad de interponer los recursos de ley y, quinto, la potestad de ejercer los medios de control previstos por el legislador¹⁵.

Ahora bien, uno de los requisitos para poder acceder a esta garantía procesal es tener conocimiento de la actuación surtida por la administración, en razón de ello, el principio de publicidad y, el procedimiento de notificación que de él se desprende, constituye un presupuesto para su ejercicio.

2.3. Notificación y publicidad de los actos administrativos, libertad legislativa para establecer las formas de notificación y notificación en procesos contravencionales.

El principio de publicidad es uno de los presupuestos esenciales del debido proceso administrativo, pues su finalidad es dar a conocer la actuación desarrollada por la administración pública a la comunidad o a los particulares directamente afectados, dependiendo de si el contenido del acto administrativo es general o particular. Lo anterior, en aras de garantizar (i) la transparencia en la ejecución de funciones por parte de los servidores públicos; (ii) la eficacia y vigencia del acto administrativo y (iii) el oportuno control judicial de las actuaciones desarrolladas por las autoridades.

Esta máxima jurídica se encuentra regulada en el Artículo 29 Superior, en el que se afirma que toda persona tiene derecho a "*un debido proceso público sin dilaciones injustificadas*". Igualmente, en el Artículo 209 se determinó que toda función administrativa se debe ejecutar con base en el principio de publicidad. Esto, en concordancia con los Artículos 1º y 2º de la Constitución, de acuerdo con los cuales, el mencionado principio constituye uno de los elementos definitorios en nuestra concepción de Estado y permite el cumplimiento de uno de sus fines esenciales: "*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan*"¹⁶.

En cuanto a su marco legal, el principio de publicidad se encuentra regulado en el numeral 9º del Artículo 3º, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de cuyo texto se extrae que para su aplicación: (i) *las autoridades deben dar a conocer al público y a los interesados sus actos, contratos y resoluciones; (ii) la publicación debe ser sistemática y permanente, es decir, sin que haya una solicitud previa y (iii) la publicidad se debe hacer a través de comunicaciones, notificaciones y publicaciones.*

Adicionalmente, no está demás destacar que el principio de publicidad es de obligatorio ejercicio para las autoridades administrativas y que su forma de ejecución dependerá del contenido del acto o de la decisión que se tome. En efecto, si el acto es de carácter general, la publicidad se debe hacer por medio de comunicaciones y cobra gran importancia para que los interesados adelanten las acciones reguladas en el ordenamiento jurídico para lograr un control objetivo; si se trata de un acto administrativo particular, la publicidad debe hacerse efectiva por medio de una notificación, después de la cual los interesados podrán ejercer un control subjetivo a través del derecho de defensa y contradicción.

¹⁵ C-034 de 2014.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, 24 de Junio de 2010.

En tratándose de actos administrativos, la Corte Constitucional a través de sentencia C-035 de 2014 M.P. Doctor Luis Ernesto Vargas Silva, dispuso:

"4. (...) el principio de publicidad constituye una condición para el ejercicio del derecho de defensa, y contribuye a dotar de legitimidad las actuaciones judiciales y administrativas, al exigir la presentación de una motivación jurídica que demuestre el sustento legal de las decisiones adoptadas por las autoridades públicas, concretando a la vez el principio de legalidad¹⁷.

(...)

6. La doble dimensión de la publicidad de los actos administrativos, como garantía del debido proceso y principio de la función pública fue ampliamente explicada en la sentencia C-1114 de 2003, en los siguientes términos:

"1) El artículo 29 de la Constitución Política dispone que 'El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas'. Uno de los contenidos del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad (...) El principio de publicidad plantea el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, tanto por los directamente interesados en ellas como por la comunidad en general. En el primer caso (...) se realiza a través de las notificaciones como actos de comunicación procesal; es decir, del derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción¹⁸.

(...) En el segundo caso (...) mediante el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad a conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan con total sometimiento a la ley".

En similar sentido, en la reciente decisión C-012 de 2013, la Corporación puntualizó:

"4.1.2. Uno de los elementos esenciales del debido proceso es el principio de publicidad. Los artículos 209 y 228 de la C.P., lo reconocen también como uno de los fundamentos de la función administrativa. La jurisprudencia ha considerado que este principio no es una mera formalidad, ya que consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones ¹⁹, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa, (...)²⁰

En esa misma oportunidad, la Corte Constitucional respecto de la aplicación del principio democrático en relación con la libertad que con que cuenta el legislador para establecer los medios y procedimientos con los cuales se materializan las anteriores garantías dentro de los diversos trámites administrativos y judiciales, dispuso:

¹⁷ Ver también, sentencia C-096/01, C-1114/03, C-980/10, C-012/13 y C-016/13..

¹⁸ Ver también, sentencia T-I65/01, donde se afirma: "La notificación es el acto material de comunicación por medio del cual se ponen en conocimiento de las partes o terceros interesados los actos de particulares o las decisiones proferidas por la autoridad pública. La notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga que alguien pueda ser condenado sin ser oído. Las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad, dentro del término que la ley disponga para su ejecutoria. Sólo a partir del conocimiento por las partes o terceros de las decisiones definitivas emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria".

¹⁹ C-980 de 2010, C-929 de 2005, C-957 de 1999.

²⁰ C-1114 de 2003.

"11. (...) el Congreso de la República cuenta con la potestad de diseñar los procedimientos y, al hacerlo, puede escoger entre diversas vías de notificación de las decisiones. Sin embargo, también debe garantizar la eficacia del medio para que el ciudadano se entere de las decisiones, y prever métodos que no supongan una restricción ilegítima de los derechos de defensa y contradicción. (....)

"4.1.5. Con respecto a la notificación de las actuaciones administrativas, de carácter particular y concreto, el capítulo V del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-, en el artículo 67 se establece que las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente, mediante la entrega al interesado, de la copia íntegra, auténtica y gratuita de acto administrativo. La notificación personal también se podrá realizar por medio electrónico en determinados casos y siempre que el interesado acepte ser notificado de esta manera, o por estrados (...)"

12. Sin embargo, la Sala también ha admitido la validez de normas que prevén **otros sistemas de notificación, atendiendo la naturaleza de los procedimientos**, la eficacia de la vía escogida por el Legislador y la existencia de medios principales y secundarios (o subsidiarios) de notificación (...) (Negrilla fuera de texto).

Igualmente, la misma corporación constitucional dentro del referido pronunciamiento, realizó un estudio de diversos pronunciamientos que han examinado los sistemas de notificación. Sobre la comunicación por correo en trámites contravencionales, como el que es objeto de cuestionamiento en esta Litis, disponiendo:

"...20. Posteriormente, por medio de la providencia C-980 de 2010, la Corporación estudió una demanda que cuestionaba el uso del correo como medio de notificación de sanciones o "comparendos" de tránsito. En la sentencia, la Corte efectuó una amplia exposición sobre la notificación por correo, como medio adecuado y eficaz para asegurar la comunicación de actos de carácter particular a los interesados, consideración que llevó a la declaratoria de exequibilidad de la norma:

"7.5. En ese contexto, dentro de las diversas formas de notificación que han sido reguladas y desarrolladas por el legislador, este Tribunal ha reconocido en la notificación por correo, un mecanismo idóneo y eficaz para poner en conocimiento de las partes y terceros interesados algunas de las decisiones adoptadas por las autoridades -administrativas y judiciales- en una determinada actuación. En el caso concreto de las actuaciones de la administración pública, la Corte ha sido clara en reconocer **que la notificación por correo es un medio de comunicación adecuado para que los destinatarios de los actos administrativos puedan no solo conocerlos oportunamente, sino también utilizar en su contra los medios o instrumentos jurídicos necesarios para la defensa y protección de sus derechos e intereses.**

Ha considerado la Corte como legítimo que el legislador, **en el ejercicio de su función de hacer las leyes, diseñe un sistema de notificación de los actos administrativos que resulte compatible con los progresos tecnológicos que tienen lugar en el campo de las telecomunicaciones, lo que a su juicio ocurre con los servicios de correo.** Por eso, no ha dudado en considerar constitucionalmente admisible la notificación por correo, sobre la base de que la misma asegura, tanto **el conocimiento real** del acto administrativo a comunicar, como la posibilidad cierta del ejercicio del derecho de defensa". —Negrilla fuera del texto-.

Así las cosas, resulta necesario analizar cuál es la forma de notificación que eligió el legislador en los procesos sancionatorios en los que se analiza una infracción a las normas de tránsito; en este sentido, el Tribunal Administrativo de Boyacá

Sala de Decisión No. 3²¹, adujo que en el Código Nacional de Tránsito, entorno al procedimiento a seguir en casos de comparendos, se previó lo siguiente:

"ARTÍCULO 136. REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN. *Modificado por el art. 24, Ley 1383 de 2010, Modificado por el art. 205 Decreto Nacional 019 de 2012. Una vez surtida la orden de comparendo, si el inculpado acepta la comisión de la infracción, (...). Pero si, **por el contrario, la rechaza**, el inculpado deberá comparecer ante **el funcionario en audiencia pública para que éste decrete las pruebas conducentes que le sean solicitadas y las de oficio que considere útiles**. Si el contraventor no compareciere sin justa causa comprobada en este tiempo, la autoridad de tránsito dentro de los diez (10) días siguientes seguirá el proceso, **entendiéndose que queda vinculado al mismo, fallándose en audiencia pública y notificándose en estrados**.*

En la misma audiencia, si fuere posible, se practicarán las pruebas y se sancionará o absolverá al inculpado. Si fuere declarado contraventor, se le impondrá el cien por ciento (100%) de la sanción prevista en el código.

(...)

ARTÍCULO 139. NOTIFICACIÓN. *La notificación de las providencias que se dicten dentro del proceso **se hará en estrados**.*" (Negrilla y subraya fuera del texto).

Con base en lo anterior, no queda duda que en relación con los procesos contravencionales en los que se ventilen infracciones de tránsito, entre ellas, las previstas en la Ley 1696 de 2013, la forma de notificación seleccionada por el legislador es la **notificación por estrados**, válida cuando el inculpado se encuentra ya vinculado al proceso contravencional, en el cual discute el comparendo impuesto por la autoridad de tránsito.

2.4. Normatividad y procedimiento aplicable frente a la determinación del estado de embriaguez.

En este acápte, sea lo primero indicar que la alcoholemia ha sido definida como: *"la cantidad de alcohol existente en el organismo, por cada 100 centímetros cúbicos de sangre. La alcoholemia máxima se obtiene una hora después de terminar la ingestión de alcohol. La alcoholemia indica la cantidad de alcohol ingerido, pero no indica la toxicidad o embriaguez²²".*

Por su parte, el reglamento técnico forense para la determinación del estado de embriaguez aguda expedido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses²³, la definió así:

"Es la concentración de alcohol etílico contenido en la sangre; para dar respuesta a los requerimientos de la legislación colombiana sobre determinación de embriaguez se debe expresar en mg de etanol / 100 ml de sangre total, de conformidad con el literal A del artículo primero de la Resolución 0414 de 2002 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, aclarada mediante Resolución 0453 de 2002".

Ahora bien, en cuanto al procedimiento para la determinación clínica forense de embriaguez, el reglamento técnico dispuso:

²¹Providencia del **13 de febrero de 2020**, Sala de Decisión No. 3 Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 15001-33-33-003-2017-00200-01, siendo demandante Armando Buitrago Acevedo y Demandado: Municipio de Tunja.

²²SOLÓRZANO NIÑO, Roberto. Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados. Editorial Temis. Sexta edición. Bogotá: 2009.

²³ Expedido en la ciudad de Bogotá en el mes de diciembre de 2005.

"En este proceso se incorporan aspectos inmersos en la prestación del servicio forense, la aplicación del método científico en el desarrollo de la valoración médica y el manejo técnico de los elementos de prueba recolectados, asociados con la investigación.

*El proceso de determinación de embriaguez por examen clínico forense describe las actividades que lo conforman y sus respectivos procedimientos, constituye una **herramienta que consolida los métodos de valoración estandarizados y validados para el diagnóstico clínico de embriaguez, así como el aporte desde la actuación pericial de elementos probatorios y evidencias debidamente analizadas en el contexto de cada caso específico.***

Este proceso se inicia por solicitud de autoridades penales, de tránsito y administrativas, cuando se requiere una prueba idónea para la determinación clínica del estado de embriaguez, el cual se manifiesta por una serie de alteraciones clínicas evidenciables mediante la realización de un cuidadoso examen médico forense.

Igualmente, en los casos penales, a medida que vaya entrando en vigencia el sistema acusatorio en las diferentes partes del país y de conformidad con los artículos 267 y 268 de la Ley 906 de 2004 (C.P.P.), puede ser solicitado por quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, o su abogado (examen por peritos particulares, a su costa), o por un imputado o su defensor, acreditando su carácter de tales, mediante constancia de la Fiscalía".

De otra parte, en el reglamento aludido se establecieron, entre otras, las siguientes condiciones para efectuar la determinación clínica forense de embriaguez:

"a. La determinación clínica forense de embriaguez deber ser solicitada por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley, según el caso.

b. En la referida solicitud se deben aportar los datos necesarios para orientar la realización del examen y la interpretación de los resultados dentro del contexto del caso específico, tales como: 1) el hecho que se investiga, ii) el motivo de la peritación y iii) las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, etc.

c. Debe garantizarse el traslado oportuno de la persona a examinar ante el perito médico, debido a que el resultado del examen se ve sensiblemente alterado con el paso del tiempo".

Respecto de la responsabilidad de las diferentes actividades del procedimiento referido, el reglamento citado dispuso que aquella inicia *"con el funcionario (secretario, auxiliar, etc.) que recibe el caso, continúa con los peritos médicos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o profesionales médicos que cumplan funciones periciales y deban realizar un examen clínico forense para determinar embriaguez, y finaliza con el funcionario encargado del envío del informe pericial y el archivo de las respectivas copias".*

De otra parte, la Resolución 414 de 2002²⁴, en su artículo 1º, se disponen dos procedimientos para determinar el grado de embriaguez alcohólica a saber: i) por alcoholemia o ii) por examen clínico:

"A. Por alcoholemia. La cual se obtiene de la medición de la cantidad de etanol en sangre y se expresa en mg de etanol /100 ml de sangre total. La correlación con la embriaguez, debe hacerse en todos los casos según lo estipulado en el artículo 2 de esta resolución.

²⁴ Por la cual se fijan los parámetros científicos y técnicos relacionados con el examen de embriaguez y alcoholemia

PARÁGRAFO. De las maneras de determinar la alcoholemia.

La alcoholemia se puede determinar de manera directa a través de la medición de etanol en sangre por diversos métodos de laboratorio, preferiblemente por cromatografía de gases. La alcoholemia también se puede determinar de manera indirecta midiendo la cantidad de etanol en aire espirado, para lo cual se podrá utilizar un equipo tipo alcohosensor que cuente con un dispositivo de registro.

Cualquiera que sea la metodología empleada para determinar la alcoholemia, debe demostrarse la aplicación de un sistema de aseguramiento de la calidad que incluya aspectos relacionados con la calibración del equipo, la idoneidad del personal que lo opera, el método utilizado y los demás componentes de este sistema;

B. Por examen clínico. Cuando no se cuente con métodos directos o indirectos de determinación de alcoholemia se realizará el examen clínico según el estándar forense establecido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses”.

Con base en lo anterior, no existe una sola prueba o método para determinar la embriaguez, ni es considerada una sola prueba como idónea, por lo que es válido afirmar que si en nuestro ordenamiento jurídico la regla general es la de libertad probatoria, cuando existen hechos cuyas pruebas deben revestirse de alguna solemnidad especial, ese evento debe estar previsto en la ley, como sucede cuando de probar la propiedad de un bien inmueble se trata.

Ahora bien, en los casos en que la ley no establece requisitos adicionales, los hechos pueden acreditarse a través de cualquier medio probatorio, sin desconocer que existen pruebas que cumplen en mayor grado con el requisito de idoneidad, en la medida en que arrojan total certeza sobre el hecho que quiere probarse.

Por su parte, el Reglamento adoptado a través de la **Resolución No. 01183 de 14 de Diciembre de 2005**²⁵, establece cada una de las actividades a realizarse para la determinación clínica de embriaguez, entre ellos:

-La recepción de la solicitud por parte de la autoridad competente, que puede ser penal, civil o administrativa, numeral 1.4.5.

-Los responsables que serán: *"Son responsables de la realización del examen clínico para la determinación de embriaguez los (las) peritos médicos (as) forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y todos (as) aquellos (as) profesionales médicos(as) de un servicio de 52 Guía 53 "para la determinación clínica forense del estado de embriaguez aguda" salud, público o privado, que en Colombia deban realizar un examen médico forense para determinar embriaguez aguda y rendir el respectivo informe pericial en los casos señalados por la Ley.*

-El procedimiento del examen clínico, en sus apartes como situaciones relevantes consigna lo siguiente:

"El examen clínico a la persona comienza a partir del primer contacto visual que tenga el (la) perito médico(a) con el (la) examinado(a), ya que a partir de ese instante pueden describirse manifestaciones, alteraciones o trastornos debido al

²⁵ Por medio de la cual se adopta el REGLAMENTO TÉCNICO FORENSE PARA LA DETERMINACIÓN CLÍNICA DEL ESTADO DE EMBRIAGUEZ AGUDA.

consumo de los diversos tipos de sustancias embriagantes, por lo que él (la) examinador(a) debe estar pendiente de cualquier detalle que pueda orientarlo(a) hacia el tipo de sustancia que ha consumido o, por el contrario, descartar su consumo".

La embriaguez es un síndrome; por lo tanto, su diagnóstico se fundamenta en hallazgos clínicos que pueden ser detectados por el (la) médico(a) en el momento del examen. Existen signos y síntomas que permiten sospechar o establecer la presencia de un cuadro clínico general de embriaguez. A su vez, la combinación de algunos de estos signos y síntomas en particular, conforman cuadros específicos que orientan sobre la etiología, lo cual puede complementarse con los resultados de pruebas paraclínicas, particularmente cuando la embriaguez no es de origen alcohólico. Las sustancias psicoactivas de interés forense para el diagnóstico de embriaguez tienen efectos sobre el sistema nervioso central, que se manifiestan a través de cambios del comportamiento y de alteraciones neurológicas. Estos cambios deben ser identificados conforme al cuadro característico que produce cada uno de los grupos de sustancias (depresoras, estimulantes, alucinógenas y de efectos mixtos) e interpretados en el contexto del caso específico y que ya se mencionaron."

3. Del caso concreto:

Descendiendo al caso bajo estudio se tiene entonces que la parte actora, solicitó la declaratoria de nulidad de los actos administrativos proferidos dentro del proceso contravencional No. 026-2018, adelantado en la Inspección Séptima Municipal de Policía, Tránsito y Espacio Público de Tunja, la cual lo sancionó por conducir en estado de embriaguez; así mismo, la decisión de la Secretaría de Gobierno Municipal de Tunja, la cual al resolver el recurso de apelación interpuesto, confirmó parcialmente la resolución primigenia.

Ahora bien, vale la pena aclarar que los motivos de inconformidad del demandante radican básicamente en dos aspectos: **i)** de una parte se ataca la forma en que se realizó el procedimiento de imposición del comparendo y **ii)** se alega vulneración del derecho al debido proceso administrativo, al afirmar que en el proceso contravencional no se respetaron garantías mínimas como el derecho de publicidad, notificación, defensa y contradicción.

En ese orden de ideas, se comenzará por analizar el aspecto relacionado con la forma en que se impuso el comparendo, lo cual se hará de la forma en que sigue:

En primer lugar, se recordará que narra el demandante que el **18 de marzo de 2018**, aproximadamente a las dos de la mañana, en la avenida oriental de la ciudad de Tunja, le fue impuesto un comparendo por presuntamente conducir en estado de embriaguez positivo grado I, situación que le causó gran extrañeza, por cuanto a su decir, no había consumido alcohol.

A continuación, enumeró las razones por las cuales consideró que la imposición del comparendo, careció de todas las garantías procesales:

- i)** el funcionario que realizó el procedimiento omitió darle la posibilidad de comprobar que la boquilla del alcoholímetro que se utilizó estuviera nueva y dentro de una bolsa de plástico sellada,
- ii)** no pudo el demandante cerciorarse que el tablero del aparato estuviera en ceros antes de soplar por la boquilla, por cuanto el Agente de Tránsito, de manera deliberada, omitió mostrar el alcoholímetro al

- presunto contraventor, factores que conllevaron a una medición imprecisa y alejada de la realidad,
- iii) terminada la prueba, el funcionario no entregó al ciudadano la tirilla que emite el artefacto con la fecha y hora de la prueba, nombre del agente, nombre del conductor y grados de alcohol.

Ahora bien, al revisar dentro del formato para la entrevista que se debe hacer al examinado antes de la realización de la medición con alcohosensor denominado ANEXO 5²⁶, el patrullero Sierra Gordillo Milton, dentro de las observaciones realizó la anotación que se iniciaba protocolo de embriaguez con plenas garantías, con base en las Resoluciones 1844 de 2015, Ley 1696 de 2013 y sentencia C-633 de 2014.

En consecuencia, con el fin de establecer la forma en que se debía realizar el procedimiento, vale la pena traer a colación el contenido de dichas normas en tratándose del procedimiento para la medición, lo cual se hará teniendo en cuenta consulta realizada ante el Ministerio de Transporte²⁷, de la siguiente manera:

La **Ley 1696 de 2013** "Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas", estableció el marco general de las sanciones penales y administrativas a realizar cuando una persona se encuentra conduciendo bajo el influjo del alcohol o de sustancias psicoactivas, para generar un procedimiento que siguiera el cuerpo operativo de la Policía Nacional o los Agentes del Tránsito según el lugar donde se presente la infracción.

Por su parte, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses emitió la Resolución **No. 1844 de 2015** "Por la cual se adopta la segunda versión de la "Guía para la Medición Indirecta de Alcholemla a Través de Aire Espirado", que a su vez derogó la Resolución 181 de 2015 "Por la cual se adopta la "Guía para la Medición Indirecta de Alcholemla a través de Aire Espirado", sin embargo, la Ley 1696 de 2013 estableció en el parágrafo 3:

*"(...) Al conductor del vehículo automotor que pese a ser requerido por las autoridades de tránsito, **con plenitud de garantías**, no permita la realización de las pruebas físicas o clínicas a que se refiere la presente ley o se dé a la fuga, se le cancelará la licencia, se le impondrá multa correspondiente a mil cuatrocientos cuarenta (1.440) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv) y procederá la inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles.*

Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia **C - 633-2014** respecto del significado de las **plenas garantías** en el procedimiento para la medición de alcholemla u otras sustancias psicoactivas, dispuso:

*"(...) Aunque la ley no establece cuáles son, la Corte advierte que existirán plenas garantías cuando las autoridades de tránsito informan al conductor de forma precisa y clara **(i)** la naturaleza y objeto de la prueba, **(ii)** el tipo de pruebas*

²⁶Folio 78.

²⁷ El Ministerio de Transporte a través de radicado No. MT No. 20191340535071 del 01-11-2019, dio respuesta al señor Luis Alfonso Castaño Gil, respecto de la **Consulta que éste realizara en relación con el significado del debido proceso con plenitud de garantías consagrado en el artículo 5 de la Ley 1696 de 2013 y cuál era el procedimiento que debía realizar el agente de tránsito** frente a la situación en la cual el conductor no permitía o no accedía a la realización de la prueba de alcholemla, por lo que la Oficina Asesora Jurídica de dicho Ministerio, emitió concepto, el cual se encuentra en internet.

disponibles, las diferencias entre ellas y la forma de controvertirlas, (iii) los efectos que se desprenden de su realización, (iv) las consecuencias que se siguen de la decisión de no permitir su práctica, (iv) el trámite administrativo que debe surtirse con posterioridad a la práctica de la prueba o a la decisión de no someterse a ella, (v) las posibilidades de participar y defenderse en el proceso administrativo que se inicia con la orden de comparendo y todas las demás circunstancias que aseguren completa información por parte del conductor requerido, antes de asumir una determinada conducta al respecto. En adición a ello la Corte precisa que el conductor tiene derecho a exigir de las autoridades de tránsito la acreditación (vi) de la regularidad de los instrumentos que se emplean y (vii) la competencia técnica del funcionario para realizar la prueba correspondiente (...)" (Negrilla fuera de texto original).

Ahora, los agentes de tránsito para seguir el procedimiento deben no solamente hacerlo de acuerdo a la plenitud de garantías sino conforme a la Resolución 1844 de 2015 que como guía para la medición indirecta de alcoholemia a través de aire aspirado se encargó de establecer la forma y los documentos que deben ser usados a fin de esclarecer lo emanado en la Ley 1696 de 2013.

De principio se debe establecer que la medida de alcoholemia se manifiesta en una concentración de mg de etanol/100 Ml de sangre total tal como lo manifiesta la Ley 1696 de 2013 en su artículo 5, de acuerdo a la ley de Henry se puede llegar a establecer que el parámetro de medición es efectivo, este criterio técnico establece que:

"(...) La Ley de Henry es el principio básico sobre el cual se basa el ensayo de medición de etanol en aire espirado: en un sistema cerrado, bajo condiciones de temperatura constante, la concentración de un gas en aire es proporcional a la concentración del gas disuelto en el líquido. En la determinación de etanol en aire espirado existe un equilibrio entre el etanol en la sangre perfundida del pulmón y el aire alveolar. Si se conoce el coeficiente de partición del etanol se puede determinar indirectamente la concentración sanguínea de etanol midiendo su concentración en el aire espirado (12). Este equilibrio permite establecer una correlación entre la concentración de etanol en la sangre que pasa por los pulmones y la que hay en el aire en los alvéolos. Se ha establecido que existe una relación de 2100:1 (relación entre etanol en sangre y etanol en aire espirado), lo que indica que se tendría una concentración de 2100 mg de etanol en un litro de sangre o 1 mg de etanol en un litro de aire espirado. El analizador de alcohol en el aire espirado mide la cantidad de etanol presente en un determinado volumen de aire espirado, para luego estimar la cantidad de etanol en la sangre a partir de esta medida. No obstante, debido a que el aire que sale al inicio de la espiración no ha estado en contacto con la sangre pulmonar, el alcoholsensor está diseñado para tomar una muestra al final de la espiración, que corresponde al aire alveolar (13). (...)"

De igual manera, establece el numeral 7.2.1 de la Resolución 1844 de 2015 que la muestra se debe obtener de la siguiente manera:

"(...) Una espiración profunda para introducirla en el analizador del alcohol. Sin embargo, si el examinado informa que ha ingerido bebidas alcohólicas, ha vomitado o usado enjuagues bucales en los últimos quince minutos, se debe esperar 15 minutos para tomar la muestra del aire espirado. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la muestra de aire alveolar pulmonar tomada durante la medición se agota al finalizar el procedimiento. (...)"

De otro lado el alcoholsensor o analizador de alcohol en aire aspirado debe encontrarse debidamente calibrado de acuerdo a las resoluciones 64189 del 2015 "Por la cual se adiciona el Capítulo Quinto al Título VI de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se establecen los requisitos de elegibilidad y obligaciones de los Organismos Autorizados de Verificación Metrológica" y Resolución

89650 del 20 de noviembre de 2015 "Por la cual se modifica el numeral 3.4.1. Del Capítulo Tercero en el Título V/ de la Circular Única".

Igualmente, debe estar configurado dicho alcoholsensor en un factor de conversión 2100:1 de acuerdo al numeral 7.2.2.2 de la Resolución 1844 de 2015, para demostrar que tiene calibración vigente se debe emitir etiqueta que indica que ha sido calibrado, así mismo debe poseer el certificado de que fue calibrado y reposar en la hoja de vida del analizador, el calibrador debe tener certificación ONAC.

Es decir, quien opera el alcohosensor debe haber sido capacitado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la certificación del operador se podrá revisar en línea de acuerdo con el anexo 2 (16) de la resolución 1844 de 2015.

Ahora bien, los documentos que deben reposar como prueba de que la medición es confiable se encuentran en el numeral 7.2.4 *ibídem*.

"(...) Procedimiento operativo o instructivo de uso del analizado, 2. Certificado de capacitación del operador, 3. Hoja de vida del analizador, que debe contener lo siguiente, 4. Descripción del equipo (marca, modelo y número de serie). 5. Fecha en que se pone en servicio. 6. Certificados de calibración. 7. Informes de mantenimientos. 8, Lista de chequeo del estado del analizador antes de usarlo en cada jornada. 9. Registro de entrevista 10. Registro de resultados. 11. Registro de la declaración de la aplicación de un sistema de aseguramiento de la calidad en la medición indirecta de alcoholemia a través del aire espirado.(...)".

Así mismo, en el numeral 7.3 de la norma *ibídem* se estableció que dicho procedimiento constaba de 3 fases las cuales son **pre-analítica, analítica y de interpretación de resultados**, que se establecen así:

"(...) Alistamiento del equipo por utilizar en las mediciones: comprende los aspectos que debe preparar el operador antes de iniciar la realización de las mediciones. Incluye lo siguiente: 1. La vigencia de la calibración (en la estampilla adherida al instrumento o en la hoja de vida de éste, en la cual debe reposar el último certificado calibración). 2. El estado de la batería. 3. El correcto funcionamiento de la conexión medidor de alcohol-impresora. 4. La configuración de fecha y hora. 5. La disponibilidad de cinta y papel de repuesto para la impresora, si es el caso, 6. La disponibilidad de boquillas en cantidad suficiente. 7. La disponibilidad de huellero. 8. El correcto encendido del equipo. 9. La disponibilidad de los formatos que se usan en las mediciones. Estas verificaciones deben quedar registradas en una lista de chequeo con la fecha y la identificación de quien lo realiza (ver modelo d lista de chequeo en el anexo 3). 7.3.1.2. Preparación del examinado (16), 10. Plenas Garantías: En desarrollo de las actividades de control de tránsito terrestre, previo a la toma de la muestra, las autoridades de tránsito deben informar al conductor de forma precisa y clara (i) la naturaleza y objeto de la prueba, (ii) el tipo de pruebas disponibles, las diferencias entre ellas y la forma de controvertirlas, (iii) los efectos que se desprenden de su realización iv), las consecuencias que se siguen de la decisión de no permitir su práctica, iv) el trámite administrativo que debe surtirse con posterioridad a la práctica de la prueba o a la decisión de no someterse a ella, (v) las posibilidades de participar y defenderse en el proceso administrativo que se inicia con la orden de comparendo y todas las demás circunstancias que aseguren completa información por parte del conductor requerido, antes de asumir una determinada conducta al respecto (21). 11. Entrevista: antes de realizar la medición, se debe preparar al examinado y se le debe hacer una entrevista que se registra en un formato como el que se presenta en el anexo 5. Las preguntas deben ser formuladas de forma clara. 12. Tiempo de espera (periodo de privación): cuando en la entrevista el examinado informa que ha ingerido licor, ha fumado o ha devuelto contenido estomacal en los últimos quince minutos, es

necesario esperar 15 minutos antes de realizar la medición para asegurar la confiabilidad del resultado.

FASE ANALÍTICA *En general, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:*
1. Utilizar una boquilla desechable, nueva y empacada individualmente para cada medición. En ninguna circunstancia se deben reutilizar las boquillas. 2. Operar el equipo teniendo en cuenta las instrucciones del fabricante. 3. Hacer un blanco antes de cada medición (17) (18), de acuerdo con las instrucciones del fabricante. No debe transcurrir más de cinco minutos entre la realización del blanco y la medición. 4. Mostrar al examinado que se va a usar una boquilla nueva. 5. Colocar la boquilla teniendo la precaución de no tener contacto directo con ella y asegurando una manipulación higiénica. 6. Dar instrucciones al examinado para que respire, retenga el aire y luego sople de manera sostenida dentro de la boquilla hasta que se le indique que pare (cuando se complete el volumen requerido de aire, el analizador lo mostrará por medio de una señal específica que indica que la muestra ha sido tomada). No se debe utilizar la opción "Manual" para la obtención de la muestra de aire espirado en aquellos equipos que la tienen. Las mediciones obtenidas con esta opción carecen de validez. 7. Mostrar el resultado al examinado e imprimirlo. 8. Realizar una segunda medición si la primera es mayor o igual a 20 mg/100ml (0,2 g/L) cuando el equipo indique que está listo. Si el equipo utilizado no lo indica, se debe esperar como mínimo dos (2) minutos para practicar la segunda medición. En ningún caso este lapso debe ser mayor a 10 minutos. Si transcurren menos de dos minutos o más de 10 minutos entre la primera y la segunda medición, estos resultados no son válidos y se debe repetir el ciclo de medición (19). 9. Mostrar el resultado al examinado e imprimirlo. 10. Diligenciar el formato "Declaración de la aplicación de un sistema de aseguramiento de la calidad de la medición de alcoholemia a través del aire espirado" (anexo 7), y entregárselo al examinado, junto con la(s) copia(s) de las impresiones de los resultados. Por último, en el anexo 4 se pueden observar los requisitos mínimos de la impresión. (...)"

Vale la pena aclarar que los resultados se interpretarán acorde con el numeral 7.3.3 de la Resolución 1844 de 2015, ahora si por alguna razón el conductor no accede a realizar la prueba de alcoholemia se le aplicará lo dispuesto en el artículo 5 parágrafo 3 de la Ley 1696 de 2013:

"(...) Al conductor del vehículo automotor que pese a ser requerido por las autoridades de tránsito, con plenitud de garantías, no permita la realización de las pruebas físicas o clínicas a que se refiere la presente ley o se dé a la fuga, se le cancelará la licencia, se le impondrá multa correspondiente a mil cuatrocientos cuarenta (1.440) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv) y procederá la inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles. (...)"

En consecuencia, el agente de tránsito procederá a imponer la contravención de tránsito codificada como F dispuesto en el artículo 131 de la Ley 769 de 2002 modificado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010 y por mandato de la Ley a inmovilización del vehículo. El código tipo F expresa:

"(...) F. Conducir bajo el influjo del alcohol o bajo los efectos de sustancias psicoactivas. Esta conducta será sancionada con las multas establecidas en el artículo 152 de este Código. Si se trata de conductores de vehículos de servicio público, de transporte escolar o de instructor de conducción, la multa y el período de suspensión de la licencia se duplicarán. En todos los casos de embriaguez o alcoholemia el vehículo será inmovilizado. (...)"

Además de lo anterior, se procederá a realizar registro de la contravención en los antecedentes de tránsito y dichos datos permanecerán en el Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT), tal y como lo ordena el artículo 7 de la Ley 1696 de 2013.

Por consiguiente, del contenido del procedimiento citado, es claro que para la imposición de comparendo se deben cumplir unos requisitos denominados **plenas garantías**; entre ellos, informar al conductor de forma precisa y clara, la naturaleza y el objeto de la prueba, el tipo de pruebas disponibles, las diferencias entre éstas, la forma de controvertirlas, los efectos de su no realización, el trámite administrativo que debe surtir con posterioridad, la posibilidad de defenderse en el proceso administrativo que se inicia con la orden de comparendo y demás circunstancias que aseguren su completa información; aspectos estos frente a los cuales no se presenta disenso.

Ahora bien, existe otro grupo de requisitos que los agentes de tránsito deben cumplir conforme a la Resolución 1844 de 2015 y la Ley 1696 de 2013, entre ellos se encuentran: el derecho del conductor a exigir de las autoridades de tránsito la acreditación de la regularidad de los instrumentos que se emplean, la competencia técnica del funcionario para la realización de la prueba debidamente certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, que el alcoholsensor o analizador de alcohol en aire aspirado esté debidamente calibrado y configurado y que el calibrador tenga certificación ONAC.

Aunado a lo anterior, la Resolución No. 1844 de 2015, estableció tres fases para el procedimiento en cita, las cuales son **pre-analítica, analítica y de interpretación de resultados**, que establecen a nivel general; i) las condiciones de alistamiento del equipo por utilizar en las mediciones; vigencia de la calibración, la estampilla adherida al instrumento o en la hoja de vida de éste donde debe reposar el último certificado calibración, estado de la batería, correcto funcionamiento de la conexión medidor de alcohol-impresora, configuración de fecha y hora, disponibilidad de cinta y papel de repuesto para la impresora, si es el caso, disponibilidad de boquillas en cantidad suficiente, disponibilidad de huellero, correcto encendido del equipo, disponibilidad de los formatos que se usan en las mediciones, datos que deben quedar registrados en una lista de chequeo con la fecha y la identificación de quien lo realiza; ii) **plenas garantías**, las cuales tienen que ver con la preparación del examinado; iii) **Entrevista**, ante de realizar la medición se debe preparar al examinado y se le debe hacer una entrevista que se registra en un formato; iv) **fase analítica**: utilizar boquilla desechable, nueva y empacada individualmente para cada medición, no reutilizar las boquillas, correcto uso de los aparatos, hacer un blanco antes de cada medición, no debe transcurrir más de cinco minutos entre la realización del blanco y la medición, mostrar al examinado que se va a usar una boquilla nueva, colocar la boquilla teniendo la precaución de no tener contacto directo con ella y asegurando una manipulación higiénica, dar instrucciones al examinado para que respire, retenga el aire y luego sople de manera sostenida dentro de la boquilla hasta que se le indique que pare, mostrar el resultado al examinado e imprimirlo, realizar una segunda medición si la primera es mayor o igual a 20 mg/100ml (0,2 g/L) cuando el equipo indique que está listo, si el equipo utilizado no lo indica, se debe esperar como mínimo dos (2) minutos para practicar la segunda medición, si transcurren menos de dos minutos o más de 10 minutos entre la primera y la segunda medición, estos resultados no son válidos y se debe repetir el ciclo de medición, entregar copias de las impresiones de los resultados.

Así las cosas, se describirá el material probatorio obrante en el proceso a fin de establecer si estos requisitos fueron cumplidos, de la forma en que sigue:

-En primer lugar, existe orden de comparendo único Nacional No. 150010000000185 del 18 de marzo de 2018, en el cual se observan los siguientes datos: lugar del accidente: avenida oriental calle 29-27 Tunja lugar el ajedrez; datos del infractor: C.C. No. 6767350, licencia de conducción, nombres y apellidos: Carlos Alberto Chaparro Fonseca; dirección: calle 10 No. 8-42; edad: 56 años: celular 31x2967801 sin dirección electrónica; datos del agente de tránsito: Pt Sierra Gordillo Milton placa No. 088573 SETRA-METUN.

Ahora bien, dentro de los datos de la inmovilización se advierte lo siguiente:

"(...)

17. OBSERVACIONES DEL AGENTE DE TRANSITO

Según pruebas Números 1776 resultado 103 mg/100ml y prueba 1777 resultado 105 mg/100ml señor conduce en estado de embriaguez positivo grado 1 Alcohosensor BBT XT 08880 se entregan los anexos e inventario.

Finalmente se observa firma del agente de tránsito y firma del presunto infractor" (fls. 17, 68, 74-75)

-Se observa formato de retención preventiva de la licencia de conducción de fecha 18 de marzo de 2018 a las 2:03, del conductor Carlos Alberto Chaparro Fonseca, donde aparece dentro de las observaciones: "*Licencia en regular estado de conservación*" y firma del conductor con número de cédula y del agente de tránsito) (fls. 18, 70 y 79).

-Copias de los resultados arrojados por el Alco-Sensor V XL, donde se observan los números de pruebas 1777 y 1776 realizados el 18 de marzo de 2018, realizadas a las 1:51:36 y 1:47:25 dando como resultado visible mg/100ml correspondientes a la prueba No. 8880, evidenciándose los datos del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca y el operador Milton Sierra quien impuso firma y huella (fls. 66-67 y 76).

-Lista de chequeo para equipos alcohosensores, fecha de diligenciamiento 18 de marzo de 2018; hora: 01:20; No. serie equipo 08880, número de impresora 1402075810, donde se observa además el diligenciamiento de varios ítems y finalmente, firma y huella del patrullero Sierra Gordillo Milton Alirio (fl. 77).

-Formato Anexo 5 "*MODELO DE FORMATO PARA LA ENTREVISTA QUE SE DEBE HACER AL EXAMINADO ANTES DE REALIZAR LA MEDICIÓN. ENTREVISTA PREVIA A LA MEDICIÓN CON ALCOHOSENSOR*", del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca, de fecha 18 de marzo de 2018, evidenciándose la realización de unas preguntas y anotándose en la casilla de observaciones: "Se inicia protocolo de embriaguez con las plenas garantías, resolución 1844 de 2015, Ley 1696 de 2013, sentencia (sic) C-633b de 2014"; los datos del alcohosensor: marca; intoximeters; modelo: ROT V XL, número de serie: 08880; dentro de las mediciones se observan los siguientes resultados: "Valor de la primera medición 103mg/100ml. Valor de la segunda medición: 105 mg/100 ml", número consecutivo de la primera medición 1776 y número consecutivo de la segunda medición 1777; en la conclusión: "*Conductor conduce en 1 primer grado de embriaguez*",

finalmente, se observa firma con cédula y huella del examinado y del operador (fls. 69 y 78)

-Inventario del vehículo No. 0584 (fl. 80).

Con base en las pruebas que militan en el plenario se puede concluir que si bien es cierto, el procedimiento para la imposición del comparendo contiene una serie de requisitos, desde la labor de información al conductor, pasando por el estado del equipo alcohosensor y de las boquillas a utilizar, así como de la idoneidad del operario del aparato, considera este estrado judicial que ante cualquier situación que implicara una presunta vulneración de derechos y garantías, al momento de realizarse el procedimiento, estas situaciones debieron quedar consignadas en los documentos que firmó el conductor contraventor; no obstante, del contenido de las pruebas en las cuales éste impone firma, cédula y huella no se evidencia observación alguna de inconformidad respecto del procedimiento adelantado.

Así mismo, no se acreditó en ninguno de los documentos anotación por parte del agente de tránsito respecto de la oposición del conductor o del llamamiento de éste a un tercero que le garantizara el debido proceso de considerarlo necesario, es decir, de haberse presentado algún inconveniente al momento de comprobar el **estado de la boquilla y del tablero del aparato en ceros**, aunado a la afirmación de que el conductor no había ingerido bebidas alcohólicas, se debió en ese momento dejar las anotaciones y observaciones del caso; empero, lo que hizo el demandante fue firmar un comparendo el cual con posterioridad quiso enjuiciar atribuyéndole vulneración al debido proceso, sin que durante el proceso contravencional ni en esta instancia judicial, se arrojara prueba si quiera sumaria que acreditara tal vulneración.

Por consiguiente, se reitera, como las situaciones aparentemente generadoras de vulneración de garantías se causaron el **18 de marzo de 2018**, en el procedimiento de imposición de comparendo, era en esa primera oportunidad en la cual se debió alegar la vulneración al tiempo que se debió consignar anotación u observación al respecto.

De igual manera, en cuanto al tercer argumento por el cual se consideró vulnerado el derecho al debido proceso, está el hecho de que presuntamente al terminar la realización de la prueba el funcionario no entregó al ciudadano **la tirilla** que emite el artefacto con la fecha y hora de la prueba, nombre del agente, nombre del conductor y grados de alcohol.

Al respecto, se dirá que de las pruebas citadas, específicamente, de los datos de la inmovilización se advierte que dentro de las observaciones que consignó el agente de tránsito, además de citar el resultado de las pruebas practicadas, registró la entrega de los anexos e inventario (fls. 17, 68, 74-75).

Ahondando en razones, manifiesta el demandante que no tuvo conocimiento de los resultados de las pruebas (tirillas donde se consignaran los datos del agente de tránsito, y del conductor del vehículo), sin embargo, llama la atención de este Despacho que, a través de memorial del **20 de marzo de 2018** la abogada del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca, solicitó a la Inspección Séptima de Tránsito de Tunja, fecha para realización de audiencia, con el argumento de no

encontrarse de acuerdo con el comparendo No. 150010000000185-29328 que fue impuesto el **18 de marzo de 2018**, consignándose en la parte final del escrito: "*Anexo: comparendo No 150010000000185-29328 y tirillas*" (fl. 19).

Con base en lo anterior, contrario a lo manifestado la parte actora, ésta sí conocía el resultado de las tirillas y más aún, tenía las misma en su poder; ahora bien, si en gracia de discusión estuviera el momento en que las recibió, también se dirá que la oportunidad para exigirla era, precisamente en el momento mismo de la realización del procedimiento, más exactamente después de practicado el examen con la boquilla.

De otra parte, de la documental aportada y válidamente tenuta en cuenta en el proceso contravencional No. 026-18, se advierte que al revisar los requisitos generales para la realización del procedimiento objeto de la presente, se encuentran: las tirillas del alcohosensor serie No. 08880 con Números 1776 valor de esta medición 103mg/10m (realizada a la 01:47:25) y 1777 con un resultado de medición de 105mg/100ml (realizada a la 01:51:36) tal como se observa a folios 69 y 76, de los cuales se advierte que llevan un número consecutivo y que entre prueba y prueba existe una diferencia de 4 minutos, firma con cédula y huella del examinado y del operador; formato anexo 5 "*MODELO DE FORMATO PARA LA ENTREVISTA QUE SE DEBE HACER AL EXAMINADO ANTES DE REALIZAR LA MEDICIÓN. ENTREVISTA PREVIA A LA MEDICIÓN CON ALCOHOSENSOR*" (fls. 69 y 78); inventario del vehículo No. 0584 (fl. 80); en consecuencia, como los resultados del examen realizado arrojaron primer grado de alcoholemia, decisión que no fue controvertida en ese momento y de la cual no existe anotación de vulneración de garantías, aunado a que no fueron allegadas pruebas que lograran desvirtuar el estado de sobriedad del demandante o e indebido procedimiento realizado; fuerza es concluir, que la imposición de comparendo obedeció a los resultados del examen practicado y no al mero capricho del operario del mismo.

Con base en lo anterior, el Despacho no encuentra fundamentos probatorios que acrediten los argumentos del demandante y por el contrario, reitera que las presuntas fallas en que se pudo haber incurrido en la realización del procedimiento de imposición de la sanción por comparendo, debieron ser alegadas y quedar registradas en algún documento, lo cual no fue probado, así como tampoco se allegó material probatorio que desvirtuara la legalidad del procedimiento efectuado; en consecuencia, los cargos relacionados con la vulneración de los derechos al debido proceso, publicidad y demás en esta etapa no fueron acreditados.

Ahora bien, a continuación se procederá al análisis de las presuntas irregularidades presentadas dentro del **proceso contravencional**, para lo cual se recordará que los cargos que se alegan están relacionados con la indebida notificación en estrados de la nueva fecha de exoneración de comparendo, por cuanto, afirma la apoderada que dicho auto no se encontraba en el expediente, causando vulneración al principio de publicidad; así las cosas, es oportuno describir las documentales que fueron allegadas del expediente contravencional correspondiente al comparendo No. 18529328 de 18 de marzo de 2018, de la siguiente manera:

-Obra memorial de **20 de marzo de 2018** por medio de la cual la abogada del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca solicitó a la Inspección Séptima de Tránsito de Tunja, fecha para audiencia, con el argumento de no encontrarse de acuerdo con el comparendo No. 150010000000185-29328 que fue impuesto el 18 de marzo de 2018. En la parte final el escrito dejo consignado: "*Anexo: comparendo No 150010000000185-29328 y tirillas*" (fls. 19 y 64).

-Diligencia de presentación personal del **22 de marzo de 2018** a la abogada Ingrid Liced Alba Acevedo, en calidad de apoderada del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca, en la cual solicitó audiencia (fls. 22 y 71).

-La Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana, Tránsito-Espacio Público- de Tunja, el **22 de marzo de 2018** en atención a la solicitud de exoneración de comparendo, adoptó las siguientes determinaciones:

i) Tener como pruebas la orden de comparendo Nacional No. 15001000000018529328 elaborado por el agente de tránsito Sierra Gordillo Milton, de conformidad con lo señalado en los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 1383 de 2010;

ii) con fundamento en el Código Nacional de Tránsito fijó fecha para realización de audiencia pública Única, previamente a haberle informado al conductor su derecho a nombrar defensor y que una vez rendidos los descargos podía solicitar pruebas a fin de resolver de fondo la infracción;

*iii) fijó el **21 de mayo de 2018** a las 8:30 am para la realización de la audiencia Única, en la cual se escucharían los descargos del señor Chaparro Fonseca, **ordenándose la notificación al conductor implicado**, citándose al agente de tránsito que elaboró el comparendo con el fin de ser escuchado en ratificación y ampliación, entre otras determinaciones (fls. 21 y 72).*

-Diligencia de **Notificación personal del 22 de marzo de 2018** por medio de la cual se le notificó a la apoderada del demandante, el contenido del auto de fecha 22 de marzo de 2018, en el cual se fijó fecha para la realización de la audiencia para el **21 de mayo** de esa anualidad a las 8 y 30 a.m., indicándole que debía allegar todos los documentos que fueron entregados **anexos al comparendo** y las pruebas que quisiera hacer valer al momento del fallo. Vale la pena aclarar que existe firma y documento de identidad de la notificada (fls. 28 y 73).

-Oficio del 6 de abril de 2018 a través del cual la oficina de comparendos remitió a la Inspectora Séptima Municipal de Tunja, el comparendo No. 15001000000018529328 de 18 de marzo de 2018, junto con los respectivos anexos (fl. 81).

Así las cosas, hasta lo aquí expuesto, es evidente que la Inspección Séptima Municipal, a través de auto del 22 de marzo de 2018, accedió a la solicitud de programación de audiencia efectuada por la apoderada de la parte actora y que dicha decisión tal como lo ordenó el mismo auto, fue notificada de manera personal a la abogada ese mismo día; por ende, ella tenía conocimiento de la nueva fecha, sin que hasta este momento, se observe vulneración de algún tipo de garantía procesal.

Con base en lo anterior, se continuará con el estudio de las pruebas obrantes en el proceso:

-Mediante escrito de fecha **18 de mayo de 2018**, la abogada Ingrid Liced Alba Acevedo, fungiendo en calidad de defensora del infractor Carlos Alberto Chaparro Fonseca, solicitó a la Inspección Séptima de Policía de Tunja, **aplazamiento de la audiencia programada para el 21 de mayo de 2018**, teniendo en cuenta que tenía otra audiencia esa misma fecha, solicitando reprogramación de la diligencia (fls. 23, 84-85).

-A folio 83 obra una solicitud de parte de la auxiliar administrativo 12 de la Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana de Tránsito y Espacio Público dirigido a la Comandante Seccional de Tránsito y Transporte de Boyacá, mediante la cual solicita dentro del proceso 0026-18 hacer comparecer ante esa inspección al Patrullero FREDY CHACON RUIZ para el 15 de mayo de 2018 a las 8:30 am, para escucharlo bajo la gravedad del juramento dentro del proceso respecto del comparendo 15001000000018529230 por la infracción F (fl. 83).

-A folio 86 se observa auto "CONTINUACION AUDIENCIA DENTRO DEL PROCESO No. 026-18 DE SOLICITUD DE EXONERACION DE COMPARENDO 15001000000018529328" del **21 de mayo de 2018**, por medio del cual la Inspectora (e), **se constituyó en audiencia pública**, evidenciando escrito de aplazamiento de diligencia por parte de la apoderada del señor Carlos Alberto Chaparro, concediendo la solicitud, citando para la próxima audiencia al patrullero MILTON ALIRIO SIERRA GORDILLO, fijando como nueva fecha para pruebas el **16 de julio de 2018** a las ocho y treinta minutos de la mañana (8:30 a.m.), fecha y hora **que quedó notificada en estrados** (fl. 86).

-Se advierte solicitud de parte de la auxiliar administrativo 12 de la Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana de Tránsito y Espacio Público dirigido a la Comandante Seccional de Tránsito y Transporte de Boyacá, mediante la cual solicita dentro del proceso 0026-18 hacer comparece ante esa inspección al Patrullero **MILTON SIERRA GORDILLO** para el 16 de julio de 2018 a las 8:30 am, para escucharlo bajo la gravedad del juramento dentro del proceso respecto del comparendo Nacional 15001000000018529230 por la infracción F, junto con el certificado de entrega la empresa de mensajería Inter rapidísimo (fls. 87-88).

Conforme las pruebas citadas en este fragmento, es evidente que la apoderada de la parte actora solicitó aplazamiento de la audiencia de exoneración de comparendo el 18 de mayo de 2018; no obstante, llegado el día de la realización de la diligencia (21 de mayo de 2018), la Inspectora **se constituyó en audiencia pública** con el fin de resolver la solicitud de aplazamiento pendiente por atender, concediendo la misma, ordenando citar para la próxima audiencia al Patrullero **Milton Alirio Sierra Gordillo** y reprogramando la nueva fecha para el 16 de julio de 2018, decisión que fue **notificada en estrados**.

En este aspecto vale la pena recordar que dentro del marco normativo citado en acápites que anteceden se concluyó que en relación con los procesos contravencionales en los que se ventilen infracciones de tránsito, entre ellas, las previstas en la Ley 1696 de 2013, la forma de notificación seleccionada por el legislador es la **notificación por estrados**, así lo indicó el Tribunal Administrativo de Boyacá²⁸, máxime cuando en el presente asunto, a través de apoderada de la demandante se hizo parte dentro del proceso contraventor.

Ahondando en razones, del escrito de la demanda se advierte que la apoderada no cuestiona la notificación en estrados realizada, sino el hecho de que dicho documental a través de la cual se reprogramó fecha no se encontrara en el expediente cuando ella lo consultó (en este aspecto se tiene presente que no se hizo mención a una fecha exacta en cual el auto no estaba incorporado al proceso).

Pese a la anterior aclaración, considera el Despacho necesario traer a colación sentencia de la **Corte Constitucional**²⁹ la cual pese a no ser reciente, se mantiene en estricto sentido la postura, y trata un caso de similares contornos al que nos ocupa, de la siguiente manera:

"(...)

*En la presente controversia, el actor pretende la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa material, presuntamente vulnerados por la entidad demandada al: i) **No haberle notificado personalmente la decisión de aceptar su solicitud de aplazamiento de la audiencia de fallo y de fijar, en consecuencia, nuevas fecha y hora para su realización**, y ii) rechazarle, por extemporáneo, el recurso de apelación que contra la resolución N° 65168 de noviembre 17 de 2005 interpuso el día siguiente a la finalización de la audiencia en que ésta fue adoptada.*

*Al respecto, observa la Corte, que la primera acusación no encuentra respaldo jurídico alguno en la medida en que **el citado artículo 139 de la ley 769 de 2002 prevé que este tipo de actuaciones y determinaciones, surtidas en audiencia pública, deben ser puestas en conocimiento de los interesados en estrados y no personalmente**, como lo reclama el señor Bustamante, prescripción que no varía, en absoluto, por el hecho de que la decisión en cuestión haya estado motivada en una petición formulada por el inculpado.*

En este sentido, correspondía entonces al accionante presentarse en la inspección de la causa con el propósito de enterarse de la resolución de su solicitud, para lo cual contó en la práctica con los 16 días hábiles que transcurrieron entre la audiencia de octubre 21 de 2005 y la de noviembre 17 del mismo año, sin que resulte admisible su alegación en cuanto a que: "De acuerdo con las citaciones anteriores, (la audiencia de fallo) se fijaba para varios meses después.

Así las cosas, resulta claro para esta Sala que el actor incurrió en una conducta omisiva injustificada al eludir la carga procesal de acudir al despacho de la Inspección Doce (12) Distrital de Tránsito de Bogotá para enterarse de la nueva programación de la audiencia en cuestión, modificada por petición suya y en protección de sus intereses, de manera tal que se abandonó voluntariamente a las eventuales consecuencias adversas derivadas de su negligente proceder. Por ende, no es posible ahora revivir oportunidades jurídicas ya precluidas, de las que aquel no hizo uso por su propio descuido procesal, conducta que configura

²⁸Providencia del 13 de febrero de 2020, Sala de Decisión No. 3 Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 15001-33-33-003-2017-00200-01, siendo demandante Armando Buitrago Acevedo y Demandado: Municipio de Tunja.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-616/06. M.P. DR. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, REFERENCIA: EXPEDIENTE T-1327122, INSTAURADA POR JAVIER FRANCISCO BUSTAMANTE DÍAZ CONTRA LA INSPECCIÓN DOCE (12) DISTRITAL DE TRÁNSITO DE BOGOTÁ, DEL TRES DE AGOSTO DE DOS MIL SEIS (2006).

una de las hipótesis jurisprudenciales en las que la acción de tutela se torna improcedente, cual es la omisión en la interposición de los recursos o en la sustentación de los mismos dentro de los términos legalmente establecidos.

(...)” (negrilla fuera de texto original)

Con base en lo anterior, como quiera que el artículo 139 de la Ley 769 de 2002 continúa vigente, esa es la norma aplicable en tratándose de notificación de actuaciones surtidas dentro del proceso contravencional.

Ahora bien, de manera reciente la Corte Constitucional³⁰ al analizar igualmente, el tema de las notificaciones en procesos sancionatorios, en eventos de imposición de comparendos detectada por medios técnicos o tecnológicos, dispuso:

“(...

*Ahora bien, de acuerdo con el inciso 5º del Artículo 135 del Código Nacional de Tránsito, en el evento en que se realice un comparendo en virtud de una **infracción detectada por medios técnicos o tecnológicos, como fotos o videos, la misma deberá ser notificada dentro de los tres días hábiles siguientes por medio de correo, en el cual se enviará la infracción y sus soportes al propietario “quien está obligado a pagar la multa”***³¹.

Para mayor claridad, es pertinente traer a colación el Artículo 2º de la Ley 769 de 2002, de acuerdo al cual, el comparendo es la “[o]rden formal de notificación para que el presunto contraventor o implicado se presente ante la autoridad de tránsito por la comisión de una infracción.” Por su parte, la multa se encuentra definida, en la misma norma como una “[s]anción pecuniaria”.

*Se debe precisar, en primer lugar, en lo relacionado con el medio determinado por el legislador **para la notificación, que su finalidad consiste en poner en conocimiento del propietario del vehículo la infracción y hacer un llamado para que ejerza su derecho de defensa, contradicción e impugnación.** Lo anterior debido a que es a aquel de quien se conoce la identidad y datos de contacto y de quien, en principio, es responsabilidad la utilización adecuada de su vehículo*³².

*Se advierte que si bien, primordialmente, **el medio de notificación al que deben recurrir las autoridades de tránsito es el envío de la infracción y sus soportes a través de correo, si no es posible surtirse por este conducto, se deberán agotar todas las opciones de notificación, reguladas en el ordenamiento jurídico, para hacer conocer el comparendo respectivo a quienes se encuentren vinculados en el proceso contravencional.** Lo anterior, debido a que la finalidad de la notificación, como se dijo anteriormente, no es surtir una etapa a efectos de que permita continuar con el proceso sancionatorio, sino, efectivamente, informar al implicado sobre la infracción que se le atribuye, para que pueda ejercer su derecho de defensa o incluso poner en conocimiento de las autoridades de tránsito la identificación de la persona que pudo haber incurrido en la conducta que se castiga por la Ley 769 de 2002.*

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-051/16, M.P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, REFERENCIA: EXPEDIENTES T-5.149.274, T-5.151.135 y T-5.151.136 (ACUMULADOS), DEL 10 DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISÉIS (2016).

³¹ En la Sentencia C-980 de 2010, tras tener conocimiento de una demanda de constitucionalidad, frente al aparte resaltado se señala que “interpretando armónica y sistemáticamente el aparte acusado con la regla general contenida en el parágrafo 1º del Artículo 129 de la Ley 769 de 2002, y con el texto del propio Artículo 22 de la Ley 1383 de 2010 (que a su vez modifica el Artículo 135 de la Ley 769 de 2002), la Corte llega a la conclusión, de que la obligación atribuida al propietario de tener que pagar la multa, solo puede tener lugar, como consecuencia de su vinculación formal a la actuación administrativa, y luego de que se establezca plenamente su culpabilidad en la infracción”.

³² Sentencia C-980 de 2010.

(...)” (Negrilla fuera de texto original).

En ese orden de ideas, cuando la infracción y sus soportes deban ser puestos en conocimiento del contraventor, para la realización de esa notificación se debe acudir a todas las opciones de notificación reguladas en el ordenamiento jurídico, reiterando entonces que una vez el posible infractor es vinculado al proceso contravencional, todas las demás actuaciones deben ser notificadas en estrados.

Realizadas las anteriores precisiones, se dirá en primer lugar que, cuando la apoderada de la parte demandante, solicitó **reprogramación para la audiencia de exoneración de comparendo**, esta quedaba en la obligación de estar pendiente de la reprogramación de la diligencia, máxime cuando fue su solicitud la que impidió que esta se llevara a cabo, adicionalmente, debía estar pendiente de si se había o no dado apertura a la audiencia para conocer la nueva fecha.

Adviértase que no pasa por alto este estrado judicial que el motivo de inconformidad de la apoderada se basa en el hecho de que al parecer dicha audiencia pública realizada el 21 de mayo de 2018 no había sido adicionada al expediente cuando ella se acercó a revisar la nueva fecha y que prueba de ello es la re foliación del expediente, por cuanto asegura que este documento fue aportado con posterioridad, no en el momento cronológico respectivo.

En consecuencia, se procedió a verificar en el proceso la foliatura encontrando lo siguiente: aparecen dos numeraciones, una pequeña y otra más grande, esta última corresponde a la foliatura que le asignó el Juzgado a dichas documentales, por lo que este estrado judicial se centrará en la numeración pequeña que aparece lo cual se hará de la siguiente manera: a través de oficio 1.11-2-2099 de 15 de octubre de 2019 el Secretario de Tránsito y Transporte remitió a la secretaría jurídica de la Alcaldía de Tunja el proceso contravencional correspondiente al comparendo No. 18529328 de 18 de marzo de 2018, el cual fue aportado al proceso correspondiéndole una foliatura desde el 63 hasta el 135.

A su turno, de las documentales allegadas se observa que en el oficio No. 1.11-2-2099, aparece en la parte superior el número 7 pequeño y continua desde ahí con esa numeración en orden ascendente hasta terminar en 79; evidenciándose que el folio número 8 corresponde a la solicitud del 20 de marzo de 2018, a través de la cual la apoderada del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca solicitó a la Inspección Séptima de Tránsito de Tunja, audiencia dentro del comparendo No. 150010000000185-29328; desde ahí en adelante se observan documentos relacionados con éste. A continuación, se relacionarán los folios en los cuales se alega se presentó alguna irregularidad, así:

- A folio 28 se encuentra solicitud de aplazamiento de la diligencia programada para el 21 de mayo de 2018 realizada por el apoderado de la parte actora;
- A folio 29 obra prueba de citación a la abogada del accionante para la realización de otra audiencia el 21 de mayo de 2018 a las 8:30 a.m.
- A folio 30 obra “CONTINUACION AUDIENCIA DENTRO DEL PROCESO No. 026-18 DE SOLICITUD DE EXONERACION DE COMPARENDO 150010000000018529328” (en este folio aparecen en número pequeño

el 30 y en numero grande el 86 este último corresponde a la enumeración del Juzgado).

-A folio 31 obra oficio No. 1.12.2-4-1.1.7-0378 del 22 de mayo de 2018, aparece citación al patrullero Milton Sierra Gordillo para audiencia a realizarse el 16 de julio de 2018 a las 8:30 a.m.

-A folio 32 obra certificado de entrega de citación de la empresa Inter-rapidísimo, dirigida al Comandante de Tránsito y Transporte.

Conforme lo anterior, debe dejar claro este estrado judicial que los números pequeños corresponden a la foliatura que traía el proceso; que en el expediente allegado no se evidenció foliatura realizada en computador; que el auto respecto del cual se invoca re foliación-modificación o alteración-, tal como se puede corroborar en medio físico como en el expediente digital, no se advierte *prima facie* tachaduras, enmendaduras, modificaciones o correcciones numerosas y solo aparecen los números 30 pequeño (foliación que ya traía) y 86 (enumeración dada por el Juzgado).

Por consiguiente, de la documental obrante en el proceso, no se logró acreditar que la foliatura del **auto que fijó la nueva fecha para reprogramación de la diligencia** tal como lo afirmó la apoderada estuviera alterado-modificado-tachado-refoliado-, aunado a que el expediente que fue aportado por la apoderada del ente territorial el cual fue **incorporado** a proceso a través de providencia del 17 de septiembre de 2020³³ **no fue tachado** en tal sentido, aunado a que la abogada del actor alega que la audiencia se realizó sin permitírsele conocer la nueva fecha, pero denotándose a la vez que trascurrieron 3 meses y 24 días sin que ésta se hubiera acercado a conocer el estado del trámite del proceso, tal vez a la espera de que todas las decisiones se le notificaran personalmente, lo cual no es de recibo, por las razones expuestas en precedencia.

Ahondando en razones, la abogada aseguró en el hecho séptimo que una vez advirtió que en el expediente no existía providencia que fijara fecha para realización de audiencia de impugnación de comparendo; "(...) *por tal motivo, procede a tomar copia de todas las piezas procesales contentivas del expediente contravencional y a dejar constancia que el mismo solo cuenta con 37 folio, a efecto de advertir que no existen más piezas dentro del mismo*" (FL. 3); así las cosas, observa esta instancia con extrañeza que si la apoderada tomó copias del expediente donde constaba la refoliación del proceso contravencional, por qué no las aportó al proceso?; sumado a lo anterior, cuando se realizó la incorporación del expediente contravencional mediante auto del 17 de septiembre de 2020, también tuvo oportunidad de manifestar no estar conforme con la prueba incorporada; sin embargo, nada se dijo al respecto.

Ahora bien, a continuación, se citarán las demás documentales que obran en el proceso:

-Auto del **16 de julio de 2018** "**CONTINUACION AUDIENCIA DENTRO DEL PROCESO No. 026-18 DE SOLICITUD DE EXONERACION DE COMPARENDO 150010000000018529328**", a través del cual la Inspectora **se constituyó**

³³ Folios 151-158.

en audiencia pública, dejando constancia que no se hicieron presentes el conductor Carlos Alberto Chaparro Fonseca ni su apoderada doctora Ingrid Liced Alba Acevedo, ni presentaron justificación por su inasistencia, dejándose constancia que en esa diligencia se debían pedir pruebas, al implicado o a su apoderada, correr traslado de las pruebas obrantes en el proceso y presentar alegatos de conclusión, pero que al no justificar inasistencia se perdía esa posibilidad y se continuaba con las disposiciones del artículo 136 del C.N.T., fijándose como fecha para el fallo el **4 de septiembre de 2018** a las tres y treinta de la tarde, fecha y hora que **quedó notificada en estrados (fl. 89)**.

-A través de Resolución No. 1660 de 2018 del 4 de septiembre de 2018 la Inspección Séptima de Policía, Tránsito y Espacio Público, sancionó por la norma contravencional de tránsito modificado por la Ley 1696 de 2013 como infractor F por el comparendo No. 15001000000018529328 al señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca: con multa de 180 S.D.L.V. (\$4'426.380,00) más los intereses moratorios; con suspensión de las licencias de conducción activas que se encontraran a nombre del infractor desde el momento de la ejecutoria de la providencia por el término de 3 años, por lo que se le prohibió la conducción de vehículos automotores y se indicó que al terminarse la sanción podía solicitar nueva licencia de conducción; la obligación de realizar 30 horas de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo influjo de alcohol o sustancias psicoactivas y tres días de inmovilización del vehículo, entre otras determinaciones (fls. 24-27 y vto, 95-98 y vto).

-Diligencia de notificación personal del 14 de septiembre de 2018, a través de la cual la abogada Ingrid Liced Alba Acevedo, en calidad de apoderada del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca, se notificó de la resolución No. 1660 de 4 de septiembre de 2018, entregándosele copia de la resolución e informándole que contra la misma procedía el recurso de apelación ante el superior jerárquico dentro de los diez días siguientes a la notificación.

En esta diligencia de notificación la apoderada dejó la siguiente anotación:

"DEJO CONSTANCIA QUE ME ACERQUE A LA INSPECCION SEPTIMA POR LLAMADA TELEFONICA Y MENSAJE DE TEXTO QUE ME DEJARÁN A MI ABONADO TELEFONICO 3128368686 POR PARTE DEL NUMERO DE CELULAR EL DÍA 13 DE SEPTIEMBRE CEL. 3103499021 EL CUAL CORRESPONDE A LA SRA INSPECTORA SEPTIMA. IGUALMENTE OBTUVO COPIA DE 37 FOLIOS DEL EXPEDIENTE" (fls. 29 y 94)

-Escrito de 27 de septiembre de 2018, a través del cual la apoderada del señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca, presentó ante la Inspección Séptima de Policía de Tunja, recurso de apelación, contra la resolución No. 1660 de 2018 (fls. 100-115).

-A través de auto del 28 de septiembre de 2018 la Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana, Tránsito y Espacio Público, concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo (fl. 120).

-Oficio del 28 de septiembre de 2018, mediante el cual la Inspección Séptima remitió al Secretario de Gobierno Municipal de Tunja, el proceso

0026-18, con el fin de que resolviera el incidente de recurso de apelación interpuesto (fl. 132).

-Citación para diligencia de notificación personal No. 1.12-6-0230 suscrita por el Secretario de Gobierno, dirigida a la Doctora Ingrid Liced Alba Acevedo, para que comparezca a notificarse de la resolución No. 006 del 14 de enero de 2019 (fl. 121).

-Resolución No. 006 del 14 de enero de 2019, *"Por medio de la cual la Secretaría de Gobierno del Municipio de Tunja, entra a resolver Recurso de Apelación presentado por la doctora INGRID LICED ALBA ACEVEDO apoderada del señor CARLOS ALBERTO CHAPARRO ACEVEDO, en contra de la Resolución No. 1660 del 04 de septiembre de 2018 proferida por la Inspección Séptima de Policía, Urbana y Tránsito y Espacio Público"*.

Se destaca que en la parte resolutive de ésta se dispuso en el artículo primero: **"Declarar la nulidad probatoria obrante en el expediente y relacionadas así: Certificado de calibración -fls 28 y 29-, Estado de Cuenta -fl 33, Registro de operadores capacitados -fl 34- y Hoja de Equipos -fls-30 a 32, dejando y manteniéndose incólumes los demás medios probatorios allegados legalmente al expediente. (...)"** (fls. 30-39 y 122-130).

-Diligencia de notificación personal del 25 de enero de 2019, mediante la cual se le notificó a la apoderada del demandante la resolución No. 006 del 14 de enero de 2019 (fl. 131).

-A través de auto del 7 de febrero de 2019 la Inspección Séptima ordenó obedecer y cumplir la resolución No. 1660 de 4 de septiembre de 2018 (fl. 133).

-Constancia suscrita por la abogada Lised Paola Ibague Rivera, en la que deja constancia que recibió copia de todas las piezas procesales del expediente con No. de comparendo 15001000000018529328 en 73 folios útiles, con fecha de 14 de mayo de 2019 (fl. 135)

En ese orden de ideas, vale la pena destacar que el **21 de mayo de 2018** la Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana, Tránsito y Espacio Público, reprogramó audiencia para el **16 de julio de 2018** (esto es, dentro de 1 mes y 26 días), decisión que fue notificada en estrados; empero, durante ese lapso, la apoderada de la parte actora no estuvo pendiente de la nueva fecha fijada, así como tampoco estuvo pendiente que en la diligencia del **16 de julio de 2018** la Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana, Tránsito y Espacio Público, indicó que el fallo se proferiría el **4 de septiembre de 2018** (esto es, dentro de 1 mes y 19 días); en consecuencia, al sumar el tiempo desde la audiencia realizada el 21 de mayo de 2018 fecha en la cual, la apoderada debía estar pendiente de la reprogramación de la diligencia y la fecha en la cual se acercó a notificarse de la Resolución No. 1660 de 4 de septiembre de 2018, (esto es, el 14 de septiembre de 2018³⁴) habían **transcurrido 3 meses y 24 días** sin que la parte actora se hubiere enterado de las actuaciones adelantadas en el proceso contravencional, prueba de ello, es que ésta misma afirmó que se acercó a

³⁴Folio 99.

notificarse porque de la Inspección Séptima la llamaron y le dejaron mensaje de texto, por ende, si la Inspección no hubiera realizado dicha gestión muy seguramente la apoderada no se hubiere notificado del acto administrativo.

Por las razones expuestas, no se avizora vulneración del principio de publicidad, debido proceso, defensa y contradicción, por cuanto la notificación de la reprogramación de la audiencia de exoneración de comparendo, fue notificada en estrados, tal como lo ordena la norma, sin que fuera posible exigirle a la demandada otro medio de notificación y sin que se demostrara la presunta irregularidad en la incorporación de la reprogramación de la nueva fecha al proceso contravencional.

De otra parte, el hecho de que durante el proceso contravencional la Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana de Tránsito y Espacio Público, hubiere citado por error al patrullero FREDY CHACON RUIZ, el 15 de mayo de 2018 a las 8:30 am, para escucharlo bajo la gravedad del juramento dentro del proceso respecto del comparendo 15001000000018529230 por la infracción F, esa sola circunstancia, no implica *per se* la vulneración de garantías del demandante, por cuanto respecto de este no se recibió ningún tipo de declaración o manifestación que hubiere sido determinante a la hora de decidir respecto de la imposición de las sanciones al actor, reiterando que se trató de un error el cual no fue materializado en perjuicio del demandante.

En el mismo sentido, el argumento de la apoderada de la parte actora relacionado con que los actos administrativos atacados deben ser declarados nulos, por cuanto en el proceso contravencional se introdujeron pruebas de manera ilegal, lo cual vició la decisión de la Inspección Séptima Municipal de Policía Urbana de Tránsito y Espacio Público, éste cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, porque si bien es cierto, en la primera instancia fueron tenidas en cuenta unas pruebas que habían sido arrojadas al proceso de manera ilegal, no puede pasar por alto este estrado judicial que dicha situación fue subsanada en segunda instancia por la Secretaría de Gobierno del Municipio de Tunja, mediante Resolución No. 006 del 14 de enero de 2019, en la cual se dispuso en el artículo primero: "**Declarar la nulidad probatoria obrante en el expediente y relacionadas así: Certificado de calibración -fls 28 y 29-, Estado de Cuenta -fl 33, Registro de operadores capacitados -fl 34- y Hoja de Equipos -fls-30 a 32, dejando y manteniéndose incólumes los demás medios probatorios allegados legalmente al expediente. (...)**" (fls. 30-39 y 122-130).

Finalmente, en relación con las condiciones específicas que debía cumplir el alcohosensor, en cuanto a calibración y certificación del operador, debe decirse que, pese a que esas pruebas fueron allegadas de manera irregular al expediente contravencional, si en gracia de discusión pudieran valorarse tendría que decirse que en estas se advierte el cumplimiento de los requisitos de debía cumplir el aparato utilizado para la medición y que el operario si se encuentra certificado para la medición.

En consecuencia, como quiera que los cargos imputados contra los actos administrativos acusados, no lograron ser acreditados, se negarán las pretensiones de la demanda. Dicho en otras palabras, del contenido del material obrante en el proceso se concluye que el demandante no tiene derecho al

levantamiento de las sanciones impuestas dentro del proceso contravencional No. 026- 2018, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

Finalmente, se declarará la prosperidad de la excepción de mérito formulada por el Municipio de Tunja, denominada: "legalidad de los actos administrativos que se atacan", pero no la "genérica", por cuanto no se declaró ninguna de oficio.

3. De las Costas del Proceso

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, en la sentencia o auto que resuelva la actuación debe disponerse sobre la condena en costas y fundamentarse su imposición en contra de la parte vencida, siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Luego, en aplicación del criterio objetivo-valorativo previsto en la Ley 1437 de 2011, definido por el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016 - Rad.13001-23-33-000-2013-00022-01 y reiterado por la Sección Segunda en sentencia de 18 de enero de 2018, dirá el Despacho que al haberse negado las pretensiones de la demanda se condenará en costas al extremo actor, las cuales están debidamente acreditadas, generándose así las respectivas agencias en derecho.

En consecuencia y en aplicación del criterio trazado por el Tribunal Administrativo de Boyacá³⁵, la liquidación de las costas se realizará por Secretaría siguiendo el trámite previsto en el Art. 366 del C.G.P. una vez quede ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, teniendo en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016³⁶.

Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. -NEGAR las pretensiones de la demanda incoadas por el señor Carlos Alberto Chaparro Fonseca, contra el Municipio de Tunja -Secretaría de Tránsito y Transporte-Inspección Séptima Municipal de Policía- Tránsito y Espacio Público-, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

³⁵Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2018, proferida por la Sala de Decisión No.1, exp.150013333013201300095-01, M.P. Fabio Iván Afanador García; reiterada en sentencias de 25 de junio de 2018 por la Sala de Decisión No.5, exp.150013333013201400123-01, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo y de 28 de agosto de 2018 por la Sala de Decisión No.4, exp.150013333013201300095-01, M.P. José Ascensión Fernández Osorio.

³⁶ Aplicable a las demandas interpuestas a partir del 5 de agosto de 2016 - Art. 7. En el presente caso la demanda fue presentada el 14 de septiembre de 2017 (fl.14)

SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA la excepción de “legalidad de los actos administrativos que se atacan”, propuesta por la apoderada del Municipio de Tunja -Secretaría de Tránsito y Transporte-Inspección Séptima Municipal de Policía-Tránsito y Espacio Público-.

TERCERO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción “genérica”, propuesta por la apoderada del Municipio de Tunja -Secretaría de Tránsito y Transporte-Inspección Séptima Municipal de Policía- Tránsito y Espacio Público-.

CUARTO.- CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría, Líquidense.

QUINTO.- En firme la presente providencia, Por Secretaría archívese el proceso. Déjense las constancias respectivas.

El anterior fallo fue publicado en Estado No. 16, hoy 19 de marzo de 2021.

Notifíquese y Cúmplase,

**DEYNA JOHANA BELTRÁN GONZÁLEZ
JUEZ**

Firmado Por:

**DEYNA JOHANA BELTRAN GONZALEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 012 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

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:

**2116e156295bb43dbea77a3bef33b996f40de5905802ce058a6c28011e
01d719**

Documento generado en 17/03/2021 07:50:37 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**