



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecisiete (2016).

Expediente: 11001-3342-051-2016-00034-00
Demandante: WILLIAN AGUJA SAAVEDRA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 023

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Willian Aguja Saavedra, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 2.389.644, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES

Solicitó el demandante se declare la nulidad del Oficio No. 62815 del 04 de septiembre de 2015, mediante el cual la entidad demandada negó las peticiones de reajuste de asignación de retiro tomando como base un salario mínimo incrementado en un 60%, por indebida aplicación del inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; la reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad con el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; y la inclusión de la prima de navidad.

A título de restablecimiento del derecho, se condene a la accionada al reconocimiento y pago de los dineros indexados junto con los intereses de Ley desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de actualización del pago total de la obligación, en lo siguiente: i) La reliquidación del 70% de la asignación del retiro de conformidad a lo establecido en el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ii) reajuste de la asignación de retiro del 40% al 60% de conformidad con el inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de septiembre 14 de 2000, iii) inclusión y reliquidación de la prima de navidad en la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, Art. 13 numeral 13.1.8.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, indicó que el demandante ingresó a laborar al Ministerio de Defensa en condición de soldado regular y que su vinculación estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Señaló que, a partir del 01 de noviembre de 2003, la vinculación del demandante estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y el Decreto 4433 de 2004 “del orden Ministerial de Defensa Nacional”.

Refirió que al actor le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 715 del 05 de marzo de 2012, con base en un smlmv más el 40%.

Posteriormente, el actor solicitó el reajuste de su asignación de retiro del 20% por falta de aplicación de lo establecido en el inciso segundo del Art. 1 del Decreto 1794 de 2000, liquidando el smlmv más el 40% cuando la norma establece para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el smlmv más el 60%. Así mismo, solicitó el reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad, su inclusión y pago.

Las anteriores peticiones fueron resueltas de manera negativa por la entidad demandada

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

mediante el oficio No. 62815 del 04 de septiembre de 2015.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado violó las siguientes normas:

- Constitución Política, Artículos 2, 4, 6, 13, 29, 53
- Ley 4ª de 1992, Artículo 10
- Ley 131 de 1985
- Decreto 1793 y 1794 de 2000
- Decreto 4433 de 2004

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Adujo que la entidad demandada al momento de la expedición de la resolución de la asignación de retiro del demandante, en el acto administrativo no fue efectuado el reajuste como es debido del 70%, ya que de forma errónea se realizó una liquidación por indebida aplicación de lo establecido en el Artículo 16 del Decreto 4433 del 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 1 del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar.

Concluyó que al actor, en su asignación de retiro, le asiste el derecho a que se le reajuste del 40% al 60%, la reliquidación del 70% y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad que por una indebida interpretación de la norma e infracción a las normas que deberían fundarse se vulnera con ello su mínimo vital y demás derechos conexos fundamentales establecidos en la Constitución Política.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 40-46):

Admitida la demanda, mediante auto del 08 de marzo de 2016 (fl. 30), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares presentó contestación en el cual se refirió a todos y cada uno de los hechos y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Adujo que el reconocimiento de asignación de retiro efectuado por la entidad al demandante se efectuó conforme a lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 y siguiendo el contenido de la hoja de servicios.

Propuso las siguientes excepciones:

1. **En cuanto al reajuste solicitado con el smlmv más el 60% de conformidad con el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el inciso 1 del Artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000:** Adujo que hay dos razones básicas por las cuales debe liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales con el 40%, en primer lugar porque el numeral 13.2.1. del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 hace remisión expresa al inciso 1 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y, en segundo lugar, porque el Decreto 4433 de 2004 es posterior al Decreto 1794 de 2000 y, por principio general del derecho, la norma posterior prevalece sobre la norma anterior.
2. **En cuanto al reajuste solicitado con el smlmv más el 70% de conformidad con el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (prima de antigüedad):** Indicó que la asignación de retiro equivale al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.
3. **Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del soldado profesional o infante de marina:** Señala que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se estableció la partida computable denominada prima de navidad para ser tomada en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales. No obstante, la liquidación de los soldados profesionales debe realizarse teniendo en cuenta el salario mensual y la prima de antigüedad conforme al Artículo 13, numeral 13.2, ibídem.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. **Ausencia de vulneración al derecho a la igualdad:** Invocó la sentencia C-057 de 2010 de la Corte Constitucional y la sentencia del 20 de noviembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
5. **Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes:** Fundamentada en que la función de la entidad es reconocer y pagar las asignaciones de retiro de las fuerzas militares conforme a la normatividad vigente.
6. **No configuración de causal de nulidad:** Enlistó las causales de nulidad previstas en la Ley 1437 de 2011 y señaló que ninguna de ellas se encuentra configurada frente a los actos administrativos acusados.
7. **No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:** Insistió que las actuaciones de la administración se enmarcan en las normas vigentes aplicables a los miembros de la Fuerza Pública y por tanto no se encuentra viciadas de falta de motivación.
8. **Costas procesales y agencias en derecho:** Preciso que esta condena solo procede en caso de encontrarse causadas y comprobadas.

2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial se llevó a cabo en la forma señalada en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual consta en acta de 01 de septiembre de 2016 (fls. 73-74 vto), en la que, además de fijar el litigio, se dispuso el decreto y práctica de pruebas documentales y se prescindió de la etapa probatoria.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A folio 104 del plenario, se evidencia el traslado a las partes de las pruebas documentales aportadas en el proceso. Posteriormente, con auto del 28 de noviembre de 2016 (fl. 109) se corrió concedió un término de diez (10) días para presentar escritos de alegaciones finales.

Alegatos de la parte actora (fls. 110-122): El apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos conclusivos en el cual se ratificó en las pretensiones y los argumentos de la demanda.

Señaló que el régimen de transición busca el amparo de los derechos adquiridos por los soldados que con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, prestaban sus servicios como los denominados soldados voluntarios, evento en el cual se les aplica en su totalidad el Decreto 1794 de 2000.

Se refirió a que la prima de navidad es un ingreso adicional pagado en la nómina correspondiente del mes de noviembre o diciembre y que ayuda a aliviar los gastos del trabajador y que devengó el actor, por lo que invocó la aplicación del principio de igualdad y que en consecuencia sea incluida la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro.

Alegatos de la entidad demandada: No presentó alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe en determinar si el demandante tiene derecho a: i) que se le reconozca y pague el reajuste del 20% del salario, según lo previsto en el inciso 2º del Artículo 1 del Decreto 1794 del 2000, ii) que se reliquide su asignación de retiro en los términos del Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, sumando el valor que resulte de aplicar el 70% al salario básico más el 38.5% de la prima de antigüedad, y iii) a que se incluya la duodécima parte de la prima de navidad en la liquidación de la asignación de retiro.

3.1.1. Material probatorio arrimado al plenario

Se encuentra demostrado dentro del expediente lo siguiente:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. El demandante estuvo vinculado al servicio militar desde el 19 de septiembre de 1991 al 28 de marzo de 1993, como soldado voluntario desde el 01 de abril de 1993 al 31 de octubre de 2003 y como soldado profesional a partir del **01 de noviembre de 2003** al 08 de diciembre de 2011 (fl. 97).
2. La entidad demandada le reconoció asignación de retiro a través de la Resolución No. 715 del 05 de marzo de 2012, efectiva a partir del 08 de marzo de 2012, en los siguientes términos (fls. 12-14):

“En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 4919 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

Adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad”.

3. Certificación expedida por el responsable del Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la que se evidencia que la asignación de retiro del demandante se liquidó en el año 2012, así (fl. 95):

SUELDO	\$793.380.00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 38.5%	\$305.451.30
SUBTOTAL	\$1.098.831.30
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN 70%	
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO	\$769.182.00

4. Certificación de la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, en la cual se desprende que el actor devengó para el mes de noviembre de 2011 la prima de navidad (fl. 65 vto).

3.1.2. Régimen salarial y prestacional de los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales

La Ley 131 de 31 de diciembre de 1985¹ reguló el servicio militar voluntario, definiéndolo como aquel ejercido por quien, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio, manifieste su intención de continuar en la entidad. Tal normativa dispuso:

“ARTÍCULO 40. 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.” (Subrayado del Despacho)

La norma en cita señala la remuneración de los que presten el servicio militar voluntario, determinándola como una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

Posteriormente, mediante la expedición del Decreto Ley 1793 del 2000², se permitió que los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000, fueran incorporados como soldados profesionales, siempre y cuando manifestaran su intención de hacerlo y fueran aprobados por los comandantes de fuerza³.

Del mismo modo, el aludido decreto ordenó al Gobierno nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, “...con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”, por lo que éste expidió el Decreto 1794 de 2000, cuyos

¹ “Por la cual se dictan normas del servicio militar voluntario”

² “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

³ “ARTÍCULO 5. SELECCIÓN. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

PARÁGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable integralmente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Artículos 1 y 2 dispusieron:

"ARTICULO 1. ASIGNACION 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%)."**

"ARTICULO 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%).

PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen." (negrilla del despacho).

De cara a lo anterior, se concluye que los soldados profesionales que se hayan vinculado a las Fuerzas Militares a partir de la expedición de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 tendrán derecho a devengar un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, **incrementado en un cuarenta por ciento (40%)**. Asimismo, los soldados que ya venían vinculados en virtud de la Ley 131 de 1985 y que conservaron tal vinculación al día 31 de diciembre de 2000, tendrán derecho a devengar un salario mensual igual al salario mínimo legal vigente, **pero incrementado en un sesenta por ciento (60%)**.

Esa diferencia de trato entre los soldados voluntarios incorporados como profesionales y los soldados profesionales que ingresen por primera vez, representada en un 20%, tiene justificación legal y constitucional, en la medida en que a los primeros se les debían garantizar las condiciones salariales que tenían con anterioridad, las cuales no podían ser desmejoradas por el mero hecho de ingresar al cuerpo de soldados profesionales, en virtud de la incorporación que autorizó el Decreto Ley 1793 de 2000, pues lo contrario sería aceptar la renuncia a un derecho adquirido en contravía de lo normado en los Artículos 53 de la Constitución Política y 15 del Código Civil.

En este punto, conviene aclarar que, si bien en el marco de la incorporación de los soldados voluntarios a profesionales introdujo una notable diferencia de trato a favor de los antiguos soldados (voluntarios), esa distinción encuentra válido respaldo constitucional en el principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales y derechos adquiridos.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, rad. No. 85001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló los criterios respecto del asunto referente al reajuste salarial del 20% reclamado por soldados voluntarios que luego adquirieron la condición de profesionales, así:

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenderse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.

Recuérdese que la asignación salarial mensual fijada en el inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 tuvo como finalidad acatar el mandato de no desmejora salarial previsto a favor de los soldados profesionales que lo fueron por la vía de la incorporación que autorizó el Artículo 3 del Decreto Ley 1793 de 2000, pues con ella se garantizó que el personal en calidad de voluntarios continuara devengando la remuneración que le había fijado la Ley 131 de 1985, esto es, una suma equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60% del mismo salario.

Lo anterior lleva a concluir que aquellos soldados vinculados como voluntarios a 31 de diciembre de 2000 tienen derecho a conservar la asignación básica correspondiente a un salario mínimo incrementado en un 60%, por virtud de los derechos adquiridos que en la norma fueron protegidos; sin embargo, dicho derecho afecta no solamente las prestaciones en actividad, sino que además repercute en la liquidación de la asignación de retiro, razón por la que se ha abierto el debate en el sentido de señalar si procede ordenar el reajuste de la misma directamente a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Al respecto, vale la pena precisar que profusos han sido los pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su diferentes subsecciones, en los que inicialmente se negaba esta prestación en el entendido que la referida Caja solamente podía reconocer la asignación de retiro conforme a la información contenida en la hoja de servicios de cada militar; no obstante, esta posición paulatinamente fue recogida y los recientes pronunciamientos se dirigen a señalar que la procedencia del reajuste de asignación de retiro en forma directa, toda vez que se considera que CREMIL también está en la obligación de respetar los derechos adquiridos que fueron protegidos por la norma.

En este sentido, vale la pena citar parte del análisis efectuado por la Sección Segunda, Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de la magistrada Amparo Oviedo Pinto, en sentencia del 13 de mayo de 2016, dentro del proceso No. 11001333502720130046901, así:

"(...)

Sin embargo, larga ha sido esta discusión al seno de la jurisdicción y las múltiples tutelas, nos llevan al obedecimiento en los términos señalados por el Consejo de Estado.

(...)

En consecuencia, esta Sala de Decisión, aun cuando llegó a conclusiones diferentes en casos anteriores, en aras de garantizar el derecho a la igualdad y en sujeción al principio de seguridad jurídica, acoge en su integridad las tesis expuestas por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, superior jerárquico, para efectos de resolver las controversias que tengan similar situación fáctica y jurídica, como ocurre en el sub examine.

Ahora bien, la interpretación que ha hecho la jurisprudencia pacífica de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, sobre los decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004, permite extraer las siguientes conclusiones:

- *Los soldados voluntarios que se incorporaron sin solución de continuidad como soldados profesionales, tienen derecho a devengar una asignación básica equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Dicha asignación básica se debe computar en la liquidación de la asignación de retiro.*

(...)

*Así las cosas, teniendo en cuenta que al demandante se le reconoció asignación mensual de retiro a partir del **30 de septiembre de 2010**, la petición en sede administrativa fue radicada el día **9 de mayo de 2011** y la demanda presentada **en el año 2013**, es claro que en el presente asunto no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción cuatrienal. En consecuencia, la reliquidación de la asignación de retiro del actor se hará con efectos fiscales a partir del 30 de septiembre de 2010.*

(...)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

También deberá efectuar el descuento indexado del valor correspondiente a los aportes para asignación de retiro, sobre la diferencia salarial del 20% a partir del 1º de noviembre de 2003 (fecha en que se incorporó como soldado profesional), conforme a lo ordenado en el artículo 18 del decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 48 de la Constitución que establece el principio de sostenibilidad financiera de los sistemas de seguridad social.

Bajo la línea argumentativa que antecede, es evidente que de configurarse los supuestos fácticos de la norma, el reajuste de la asignación básica incrementada en un 60% y no en un 40%, procede tanto para la asignación básica y sus prestaciones en actividad, como para efectos de establecer el monto de la asignación de retiro.

Ahora bien, de acuerdo con las pruebas, normas y jurisprudencia citadas, se encuentra demostrado que el accionante, para el 31 de diciembre de 2000, ostentaba la calidad de soldado voluntario, en los términos de la Ley 131 de 1985, lo cual evidencia que se encuentra inmerso en el supuesto de hecho contemplado en el inciso 2º del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, razón por la cual tiene derecho a que su asignación mensual de retiro le sea liquidada computando la asignación básica en cuantía de un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, sobre el cual debe recaer el porcentaje de liquidación correspondiente al 70%, a partir del 08 de marzo de 2012.

Sin embargo, en concordancia con el principio de sostenibilidad financiera del sistema se dispondrá que se efectúe el descuento indexado del valor correspondiente a los aportes para asignación de retiro, sobre la diferencia salarial del 20% a partir del 1 de noviembre de 2003 (fecha en la cual el demandante fue incorporado como soldado profesional).

3.1.3. El cómputo de la prima de antigüedad en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales

En lo que se refiere a la pretensión encaminada a obtener la reliquidación de la asignación de retiro computando la prima de antigüedad en un 38.5%, es necesario citar lo previsto en 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”, que estableció la forma en que deben liquidarse las asignaciones de retiro, así:

“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”. (Resaltado fuera de texto)

Es en la aplicación de esta norma, en donde se centra el quid del asunto, toda vez que la entidad demandada, tanto en la certificación obrante a folio 95 del plenario como en los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, señala que la liquidación de la asignación de retiro se efectuó aplicando el 70% a la sumatoria de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, cuando lo que señala la norma es que a la asignación mensual se le debe aplicar el 70% y sobre ese resultado sumar el 38.50% de prima de antigüedad, so pena de aplicar un doble porcentaje sobre la mencionada prima.

Así, es del caso efectuar una comparación entre la forma de liquidar la prestación por parte de la entidad, según lo certificado a folio 95 del expediente, y la forma en que debió liquidarse de acuerdo a lo establecido en la norma.

LIQUIDACIÓN CREMIL		LIQUIDACIÓN CONFORME AL DECRETO	
Sueldo Básico	\$ 793.380.00	Sueldo Básico	\$ 793.380.00
Prima Antigüedad 38.50%	\$ 305.451.30	Porcentaje Liquidación 70%	
Subtotal	\$1.098.831.30	Sueldo Básico Liquidado	\$ 555.336.00
Porcentaje Liquidación 70%		Prima Antigüedad 38.50%	\$ 305.451.30
Asignación Retiro Liquidada	\$ 769.182.00	Total Asignación de Retiro	\$ 860.787.30

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De la lectura integral de la norma y el ejemplo comparativo que antecede, encuentra el despacho que le asiste razón al accionante, toda vez que no tendría sentido aplicar un primer porcentaje correspondiente al 38.50% de prima de antigüedad y posteriormente someterla nuevamente al 70%, más aun cuando la norma es clara en afirmar que ese 70% es sobre la asignación básica mensual.

Al respecto, el Consejo de Estado, mediante providencia del 11 de diciembre de 2014, con ponencia de la consejera María Elizabeth García González, dentro de la acción de Tutela No. 2014-02292-01, señaló:

“Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado”.

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia”

Adicionalmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, con ponencia del magistrado Samuel José Ramírez Poveda, dentro del proceso No. 11001333501920130022001, en sentencia del 19 de agosto de 2016, por medio de la cual dio cumplimiento a un fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado, señaló:

“Cómputo de la prima de antigüedad en la asignación de retiro.

En este punto, la Sala acata la interpretación del Consejo de Estado en el sentido de que al 70% de la asignación básica que devengaba el actor debe sumarse el total del 38.5% de la prima de antigüedad percibida, y no el 70% de esta partida.

Teniendo en cuenta que el fallo de Primera Instancia coincide con la forma de aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la prima de antigüedad señalada por el Consejo de Estado, se confirmara en ese aspecto.

Por lo tanto, la asignación de retiro del actor deberá calcularse tomando la asignación básica mensual reajustada e incrementada en un 60% más el subsidio familiar en el porcentaje reconocido al momento del retiro del actor, y el valor resultante deberá multiplicarse por el 0.70%, a cuyo resultado deberá sumarse el 38.5% de la prima de antigüedad que percibió en servicio activo.

Sin embargo, claramente se observa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al calcular la asignación de retiro, equivocadamente tomó como prima de antigüedad el 38.50% del total de la asignación básica, cuando lo que se debe tomar es el 38.50% de la prima de antigüedad realmente devengada, aspecto que se pone de presente, toda vez que la entidad tomó como prima el valor de \$305.451,30, siendo lo correcto el valor de \$178.690 que corresponde al 38.50%”.

Por lo anteriormente expuesto, esta sede judicial declarará la nulidad del acto administrativo acusado y ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del accionante, efectuando una nueva liquidación en la que se aplique el 70% sobre la asignación básica y a dicho resultado se le adicione el 38.50% por concepto de prima de antigüedad, como se expuso en precedencia, efectivo a partir del 08 de marzo de 2012, fecha para la cual el demandante adquirió su derecho a devengar asignación de retiro y el pago de las diferencias que de dicho reajuste se originen.

3.1.4. Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro.

En cuanto a la duodécima parte de la prima de navidad, se tiene que el Decreto 4433 de 2003, Artículo 13, numeral 13.1, dispone que en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se incluye la duodécima parte de la prima de navidad, como partida computable, mientras que el numeral 13.2. ibídem, no la incluye en la liquidación de la asignaciones de retiro de los soldados profesionales. Para resolver la controversia planteada, esas disposiciones deben leerse en forma armónica con el contenido de los Artículos 15, 16, 17 y 18 del mismo estatuto.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En efecto, según el Artículo 17 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares efectúan aportes a la Caja sobre las partidas establecidas en el Artículo 13, es decir que cotizan para la asignación de retiro sobre el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad. Por el contrario, según el Artículo 18, los soldados profesionales no cotizan sobre dichos emolumentos, dado que la norma les ordena aportar solo sobre la asignación básica y la prima de antigüedad.

En ese orden de ideas, la exclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales no se torna discriminatoria e irrazonable, puesto que ellos no efectuaron aportes para asignación de retiro sobre dichos factores, lo cual se ajusta a contenido del Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el Artículo 48 de la Constitución según el cual se debe garantizar el principio de sostenibilidad financiera de los sistemas de seguridad social, de manera que haya correspondencia entre los factores sobre los cuales se cotizó los que se incluyen en la base de liquidación de las prestaciones que cubren el riesgo de vejez.

Así mismo, el Decreto 4433 de 2004 fue expedido por el Gobierno nacional en desarrollo del marco general que el Congreso de la República fijó en la Ley 923 de 2004, teniendo en cuenta las facultades que la Constitución Política confirió en el Artículo 150, numeral 19. Los artículos 13.2 y 16 del Decreto 4433 de 2004 son absolutamente **claros** al establecer la forma de liquidar las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, esto es, su tenor literal no ofrece ninguna duda sobre cuáles son las partidas computables al momento de liquidar la prestación (salario mensual y prima de antigüedad). Además, según el parágrafo del artículo mentado, existe la prohibición legal expresa de no incluir en la liquidación de las asignaciones de retiro, pensiones y sustituciones pensionales, emolumentos diferentes a los taxativamente señalados en dicha norma.

Ahora bien, vale la pena aclarar que lo señalado por la máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en sentencia del 11 de febrero de 2016⁴, respecto de la inclusión del subsidio familiar en las liquidaciones de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, señaló que en ese caso específico es procedente inaplicar el Parágrafo del Artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto excluye de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales el subsidio familiar, por considerarlo contrario al principio de igualdad consagrado en el Artículo 13 de la Constitución, teniendo en cuenta que el objeto de dicho emolumento es ayudar a los trabajadores de menores ingresos al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo.

No obstante lo anterior, como lo ha considerado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁵ *"la orientación del Consejo de Estado sobre la inclusión del subsidio familiar en las liquidaciones de la asignación de retiro de los soldados profesionales, no se aplica a la duodécima parte de la prima de navidad, puesto que la naturaleza y objeto de dicho emolumento es totalmente diferente a la del subsidio familiar, puesto que no fue consagrada para ayudar a los trabajadores de menores ingresos al sostenimiento de su núcleo familiar, único argumento que expuso el Consejo de Estado para ordenar la inclusión del subsidio familiar"*.

Así las cosas, no se advierte violación del derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los Oficiales y Suboficiales, si se tiene en cuenta que los últimos sí efectuaron aportes para su asignación de retiro sobre dicho factor durante toda su relación laboral, conforme lo ordena el Artículo 17 del Decreto 4433 de 2004, mientras que los soldados profesionales no. Además, el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el Artículo 48 de la Constitución impone como principio rector la sostenibilidad financiera de los sistemas de seguridad social, de modo que en las asignaciones de retiro solo pueden incluirse las partidas sobre las cuales se cotizó durante la relación laboral.

Por otro lado, el Parágrafo del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 prohíbe en forma expresa adicionar partidas a las específicamente señaladas en la Ley, para efectos de liquidar la asignación de retiro, y tratándose de la duodécima parte de la prima de navidad, no existe fundamento

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda - subsección "B". Sentencia del once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03532-00.

⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección "C"-, veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto- radicación: 11001-33-35-011-2014-00593-01.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

jurídico para inaplicar dicho mandato, que se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento tanto para la administración, como para los administrados y los jueces.

Acceder en la instancia judicial a la pretensión de incluir en la base de liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales la duodécima parte de la prima de navidad equivale a modificar la Ley usurpando abiertamente las competencias que la propia Constitución asignó en forma restrictiva al Congreso de la República como legislador ordinario y al Gobierno nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria. No puede obviarse que los Oficiales, Suboficiales y Soldados son categorías disímiles, con rangos, grados, obligaciones, deberes y responsabilidades diferentes, que justifican la diferenciación que hace la Ley.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-057 de 2010, precisó que *“Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes.”*

Por lo tanto, incluir la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro de los soldados profesionales, equivale a introducir una modificación a la norma jurídica sin competencia, puesto que la Constitución atribuyó esa facultad únicamente al Congreso de la República o al Gobierno nacional, según corresponda.

Entonces, tratándose de la duodécima parte de la prima de navidad, no es procedente inaplicar el parágrafo del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que prohíbe en forma expresa adicionar partidas a las específicamente señaladas en la Ley, para efectos de liquidar la asignación de retiro.

3.2. DE LA PRESCRIPCIÓN

En este acápite se estudia de oficio la excepción de prescripción de las mesadas, la cual es cuatrienal según los lineamientos señalados por el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de septiembre de 2008, expediente No. 25000232500020070010701 (628-2008), M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, a la que se remite el despacho.

Sin embargo, observa el despacho que para el caso concreto no operó el fenómeno prescriptivo, toda vez que al demandante se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No. 715 del 05 de marzo de 2012, mientras que la solicitud de reajuste fue presentada el 14 de agosto de 2015 (fl. 3), interrumpiendo el término de prescripción el cual no se ha reanudado.

3.3. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD PARCIAL del Oficio No. 62815 del 04 de septiembre de 2015, conforme los lineamientos expuestos en la parte motiva.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** a reliquidar la asignación mensual de retiro del señor **WILLIAN AGUJA SAAVEDRA**,

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

identificado con Cédula de Ciudadanía No. 2.389.644, a partir del 08 de marzo de 2012, bajo los siguientes parámetros:

1. Computar la asignación básica en cuantía de un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, al cual se le aplica el 70%.
2. Al 70% de la asignación básica (1.6 s.m.l.v.), se le deberá sumar el total de 38.5% de la prima de antigüedad devengada al momento del retiro del servicio (58.50%).
3. Pagar las diferencias que se originen entre lo ya pagado y lo que se debió pagar, a partir del 08 de marzo de 2012, con las incidencias que correspondan en los años subsiguientes, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una.

CUARTO.- De las diferencias que resulten a favor del señor WILLIAN AGUJA SAAVEDRA, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 2.389.644, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** deberá efectuar el descuento indexado del valor correspondiente a los aportes para asignación de retiro, sobre la diferencia salarial del 20% a partir del 1º de noviembre de 2003 (fecha en que el actor se incorporó como soldado profesional).

QUINTO.- La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

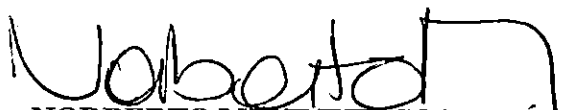
SEXTO.- No condenar en costas y agencias en derecho, conforme a la parte motiva de la sentencia.

SÉPTIMO.- NIEGÁNSE las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, si lo hubiere, hágase entrega a la parte demandante del remanente de la suma depositada para gastos procesales, y **ARCHÍVESE** el expediente.

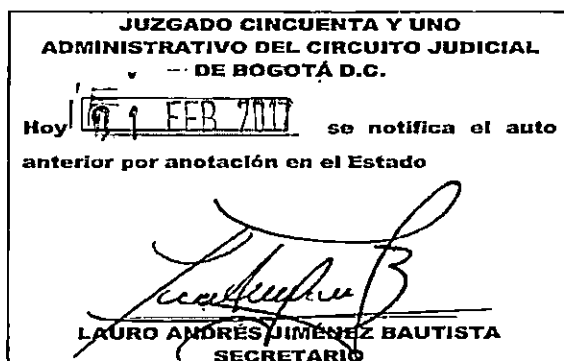
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LPGO

Expediente: 11001-3342-051-2016-00034-00
Demandante: WILLIAN AGUJA SAAVEDRA
Demandada: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO





REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Expediente: 11001-3342-051-2016-00089-00
Demandante: EDGAR PÉREZ SALAZAR
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 022

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por EDGAR PÉREZ SALAZAR, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 91.477.984, contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES

Solicitó el demandante se declare la nulidad de los Oficios Nos. 20155660023721 del 14 de enero de 2015 y 20155660118171 del 13 de febrero de 2015, por medio de los cuales la entidad demandada negó el reajuste salarial del 20% y su incidencia de las demás prestaciones laborales.

A título de restablecimiento del derecho, se condene a la accionada a (i) reconocer y ordenar el pago del reajuste salarial del 20%, así como el reajuste de las prestaciones sociales; (ii) reconocer y ordenar el pago anterior debidamente indexado de conformidad con el IPC; (iii) reconocer y ordenar el pago de los intereses moratorios; y (iv) y cancelar costas y agencias en derecho.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado del extremo activo narró que el demandante se incorporó como soldado voluntario antes del 31 de diciembre de 2000 y devengó un salario mínimo incrementado en un 60% hasta el mes de octubre de 2003, fecha a partir de la cual cambió de categoría a soldado profesional y comenzó a devengar una asignación básica correspondiente a un salario mínimo incrementado en un 40%.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado violó las siguientes normas:

- Constitución Política, Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53 y 150.
- Ley 4ª de 1992, Artículo 2.
- Ley 1437 de 2011, Artículo 138.
- Decreto 1793 de 2000.
- Decreto 1794 de 2000.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Argumentó que la entidad demandada desconoció normas de rango constitucional al cambiar de régimen a los soldados voluntarios sin mediar procedimiento alguno ni autorización previa de los afectados, circunstancia que trajo consigo la disminución del salario en un 20% con su correspondiente incidencia en las prestaciones sociales.

Consideró que no es de recibo el argumento de la entidad según el cual los soldados voluntarios no ganaban salario sino bonificación y para desvirtuarlo desarrolló la definición de salario;

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

precisó que el cambio unilateral de soldado voluntario a profesional desconoció el derecho al trabajo y la garantía de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. Para terminar, citó algunos pronunciamientos jurisprudenciales en torno al tema.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 77-92):

Admitida la demanda, mediante auto del 04 de abril de 2016 (fl. 56), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio, la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL presentó escrito e contestación en el cual se refirió a los hechos de la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que el rango de soldado profesional tiene un nuevo régimen contenido en el Decreto 1793 de 2000 y 1794 de 2000, bajo el cual los soldados devengan salario y prestaciones, mientras que bajo la normativa de los soldados voluntarios ellos solo tenían derecho a una bonificación.

Trascribió apartes de algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y resaltó que el demandante tenía la capacidad suficiente para autodeterminarse y no aceptar una situación laboral con la cual no se encontraba de acuerdo. Efectuó una tabla comparativa entre el régimen de soldados profesionales establecido en los Decreto 1793 y 1794 de 2000 y el régimen de los soldados voluntarios previsto por la Ley 131 de 1985, para resaltar que con el cambio de modalidad no se empeoraron las condiciones de los soldados y desarrollo un por uno los factores prestaciones reconocidos con el nuevo régimen.

2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial se llevó a cabo en la forma señalada en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual consta en acta de 13 de octubre de 2016 (fls. 105-106), en la que, además de fijar el litigio, se dispuso el decreto y práctica de pruebas documentales y se prescindió de la etapa probatoria.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A folio 114 del plenario se evidencia el traslado a las partes de las pruebas documentales aportadas en el proceso. Posteriormente, con auto del 5 de diciembre de 2016 (fl. 116) se concedió un término de diez (10) días para presentar escritos de alegaciones finales, frente al cual las partes guardaron silencio.

Alegatos de la parte actora (fls. 117): El apoderado de la parte actora, en su escrito de alegaciones finales, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda por considerar que con el cambio de denominación se desmejoró su condición salarial en un 20% y citó la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe en determinar si el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el reajuste del 20% del salario, según lo previsto en el inciso 2º de Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y, como consecuencia de ello, se reajusten sus prestaciones sociales a partir del momento en que pasó de ser soldado voluntario a soldado profesional.

2.2. ESTUDIO DE FONDO

2.2.1. Régimen salarial y prestacional de los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales

La Ley 131 de 31 de diciembre de 1985¹ reguló el servicio militar voluntario, definiéndolo como aquel ejercido por quien, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio, manifieste su intención de continuar en la entidad. Tal normativa dispuso:

“ARTÍCULO 40. 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.” (Subrayado del Despacho)

¹ “Por la cual se dictan normas del servicio militar voluntario”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La norma en cita señala la remuneración de los que presten el servicio militar voluntario, determinándola como una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

Posteriormente, mediante la expedición del Decreto Ley 1793 del 2000², se permitió que los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000, fueran incorporados como soldados profesionales, siempre y cuando manifestaran su intención de hacerlo y fueran aprobados por los comandantes de fuerza³.

Del mismo modo, el aludido decreto ordenó al Gobierno nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, “...con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”, por lo que éste expidió el Decreto 1794 de 2000, cuyos Artículos 1 y 2 dispusieron:

*“ARTICULO 1. ASIGNACION 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 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 (60%).**”*

“ARTICULO 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%).

PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.” (negrilla del despacho).

De cara a lo anterior, se concluye que los soldados profesionales que se hayan vinculado a las Fuerzas Militares a partir de la expedición de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 tendrán derecho a devengar un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, **incrementado en un cuarenta por ciento (40%)**. Asimismo, los soldados que ya venían vinculados en virtud de la Ley 131 de 1985 y que conservaron tal vinculación al día 31 de diciembre de 2000, tendrán derecho a devengar un salario mensual igual al salario mínimo legal vigente, **pero incrementado en un sesenta por ciento (60%)**.

Esa diferencia de trato entre los soldados voluntarios incorporados como profesionales y los soldados profesionales que ingresen por primera vez, representada en un 20%, tiene justificación legal y constitucional, en la medida en que a los primeros se les debían garantizar las condiciones salariales que tenían con anterioridad, las cuales no podían ser desmejoradas por el mero hecho de ingresar al cuerpo de soldados profesionales, en virtud de la incorporación que autorizó el Decreto Ley 1793 de 2000, pues lo contrario sería aceptar la renuncia a un derecho adquirido en contravía de lo normado en los Artículos 53 de la Constitución Política y 15 del Código Civil.

En este punto, conviene aclarar que, si bien en el marco de la incorporación de los soldados

² “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

³ “**ARTÍCULO 5. SELECCIÓN.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

PARÁGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

voluntarios a profesionales introdujo una notable diferencia de trato a favor de los antiguos soldados (voluntarios), esa distinción encuentra válido respaldo constitucional en el principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales y derechos adquiridos.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, rad. No. 85001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló los criterios respecto del asunto referente al reajuste salarial del 20% reclamado por soldados voluntarios que luego adquirieron la condición de profesionales, así:

Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.

2.2.2. Caso concreto

Dentro del expediente de la referencia, se encuentra acreditada la siguiente situación fáctica que sirve de fundamento para emitir decisión de fondo en el caso que nos ocupa.

1. La certificación obrante a folio 3 del plenario hace constar que el actor se vinculó al Ejército Nacional con los siguientes tiempos y cargos:

Soldado regular: Desde el 23 de noviembre de 1994 al 17 de mayo de 1996.

Soldado voluntario: Desde el 15 de abril de 1997 al 31 de octubre de 2003.

Soldado profesional: Desde el 01 de noviembre de 2003.

2. Petición de fecha 29 de diciembre de 2014, mediante el cual el demandante, a través de apoderado judicial, solicitó a la entidad demandada el reajuste salarial y prestacional del 20% (fls. 5-9).

3. Oficio No. 20155660023721 del 14 de enero de 2015, por medio del cual el jefe de procesamiento de nómina del Ejército Nacional señala que da respuesta a la petición radicada por el demandante el 29 de diciembre de 2014 y procede a resolverla en forma desfavorable (fls. 10-11).

4. Recurso de reposición contra el oficio reseñado en el numeral anterior (fls. 12-13).

5. Oficio No. 20155660118171 del 13 de febrero de 2015, por medio del cual se resuelve el referido recurso de reposición, nuevamente despachando lo pretendido en forma desfavorable (fl. 17).

De acuerdo con las pruebas, normas y jurisprudencia citadas, se encuentra demostrado que el accionante, para el 31 de diciembre de 2000, ostentaba la calidad de soldado voluntario, en los términos de la Ley 131 de 1985, lo cual evidencia que se encuentra inmerso en el supuesto de hecho contemplado en el inciso 2º del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, razón por la cual tiene derecho a mantener las condiciones salariales que le garantizaba su régimen anterior, esto es, una remuneración mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

Recuérdese que la asignación salarial mensual fijada en el inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 tuvo como finalidad acatar el mandato de no desmejora salarial previsto

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

a favor de los soldados profesionales que lo fueron por la vía de la incorporación que autorizó el Artículo 3 del Decreto Ley 1793 de 2000, pues con ella se garantizó que el personal en calidad de voluntarios continuara devengando la remuneración que le había fijado la Ley 131 de 1985, esto es, una suma equivalente a un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60% del mismo salario.

Sin más disertaciones, los actos administrativos enjuiciados se declararán nulos, toda vez que negaron al actor el reconocimiento y pago del reajuste del 20% descontado del salario que devengó antes de su incorporación como soldado profesional y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada que le reconozca y pague el correspondiente reajuste con la consecuente reliquidación y pago de todas las prestaciones y acreencias laborales que le fueron pagadas, y que además resulten afectadas por ese mayor valor.

Precisa el despacho que sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordena en la presente providencia a favor del señor EDGAR PÉREZ SALAZAR, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 91.477.984, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

2.3. DE LA PRESCRIPCIÓN

En este acápite se estudia de oficio la excepción de prescripción de las mesadas, la cual es cuatrienal según los lineamientos señalados por el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de septiembre de 2008, expediente No. 25000232500020070010701 (628-2008), M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, a la que se remite el despacho.

En ese sentido, como el demandante presentó reclamación administrativa el 29 de diciembre de 2014, solicitando el reajuste salarial del 20% (fls. 5-9), la entidad demandada deberá reconocer la diferencia salarial indicada desde el **29 de diciembre de 2010**.

2.4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción respecto de las diferencias en las mesadas causadas con anterioridad al **29 de diciembre de 2010**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** de los oficios Nos. 20155660023721 del 14 de enero de 2015 y 20155660118171 del 13 de febrero de 2015, conforme a los lineamientos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** a (i) **RELIQUIDAR** la asignación básica mensual y las correspondientes prestaciones percibidas por el señor **EDGAR PÉREZ SALAZAR**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 91.477.984, en servicio activo, teniendo en cuenta como asignación mensual un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, y (ii) **PAGAR** las diferencias que se originen entre lo ya pagado y lo que se debió pagar, a partir del **29 de diciembre de 2010**, por prescripción cuatrienal, con las incidencias que correspondan en los años subsiguientes, previos los descuentos de Ley, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una.

QUINTO.- La **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO.- No se condena en costas y agencias en derecho, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, si lo hubiere, hágase entrega a la parte demandante del remanente de la suma depositada para gastos procesales, y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

AM

JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.	
Hoy	01 FEB 2017
se notifica el auto anterior por anotación en el Estado	
	
LAURO ANDRÉS JIMÉNEZ BAUTISTA SECRETARIO	



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Expediente: **11001-3342-051-2016-00403-00**
Demandante: **CARLOS CASTAÑEDA**
Demandado: **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO**

ACCIÓN POPULAR

SENTENCIA No. 021

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro de la acción popular promovida por Carlos Castañeda, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.078.350, contra la Alcaldía Mayor de Bogotá y el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES

El demandante solicitó se declare que las entidades demandadas se encuentran vulnerando los derechos colectivos de *“el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles y el goce del espacio público”*.

Como consecuencia de lo anterior: i) Se ordene la ejecución de las obras para la adecuación, construcción y/o rehabilitación de la vía que conduce de la ciudad de Bogotá, D.C., al municipio de la Calera (kilómetro 1.3. la UPZ el Refugio y San Isidro los Patios), ii) Se ordene las obras de mitigación, la construcción del muro de concreto reforzado apoyado sobre caisson y la reconstrucción de la alcantarilla con descole mediante los canales escalafonados o disipadores de energía, iii) las demás que se consideren pertinentes para que las obras de construcción de la vía que conduce de la ciudad de Bogotá, D.C., al municipio de la Calera (kilómetro 1.3. la UPZ el Refugio y San Isidro los Patios) y así mitigar la vulneración de los derechos tanto colectivos como fundamentales.

2.2. HECHOS

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, el accionante adujo que desde el año 2012 ha solicitado a la Alcaldía Local de Chapinero la solución técnica a la desbancada que se podría presentar, en dos puntos críticos de la vía que de Bogotá conduce al peaje de Patios, vía la Calera. Como primer punto crítico se encuentra 80 mts aprox. del restaurante Tramontí-costado izquierdo en ascenso y el segundo punto crítico se encuentra a 100 mts aproximadamente desde el mirador La Paloma costado izquierdo en ascenso, la calzada central de este punto presenta hundimiento en vía.

Señaló que la Alcaldía Local de Chapinero, en oficio No. 20130220063031 del 12 de abril de 2013, manifiesta que éstos son responsables del arreglo de la malla de la localidad y que por tal motivo trasladan la solicitud al IDU.

Advirtió que el IDU, mediante respuesta No. 20132250841351 del 23 de mayo de 2013, informó que haría inspección y diagnóstico de los daños que se reportan en la vía que comunica al Municipio de la Calera y que la disponibilidad de recursos con que cuenta el IDU es muy limitada.

Por otro lado, indica que el IDU, mediante Oficio No. 20152251461681 da respuesta a la Personería de Bogotá, D.C., e informa que se realizó levantamiento topográfico de detalle a través del Contrato 011 de 2013 para determinar las características geométricas del proceso de remoción, y un estudio geotécnico a través del Contrato 011 de 2013 para verificar los parámetros de resistencia del suelo y formular un modelo de estabilidad.

Así mismo, refiere que el IDU informó que el proceso a seguir consiste en la contratación de estudios y diseños definitivos de la intervención y posterior contratación de obras e interventoría pero, debido a la escasez presupuestal para atender puntos inestables, no se

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

programan acciones sobre talud vial en cuestión en el corto plazo ni cuenta con los recursos destinados al desarrollo de estudios y diseños.

Indicó que, mediante radicado 20165260172182, radicó ante el IDU documento en el cual agotó el requisito de procedibilidad, y el IDU, mediante oficio No. 20162250239661 del 31 de marzo de 2016, da respuesta a la petición, en la cual manifestó que se elaboró un perfil de proyecto para el punto inestable “La Calera”, atendiendo el procedimiento PR-RP-088 “Formulación, evaluación y seguimiento de proyectos 1.0”, según el cual, para casos de emergencia como estos, se requiere un perfil de proyecto, sin ser necesario un estudio de prefactibilidad. El perfil mencionado estima unos costos directos de intervención de aproximadamente 381 millones de pesos. Que el documento elaborado por la Dirección Técnica de Proyectos del IDU fue remitido a la Secretaría Distrital de Movilidad como cabeza del sector en la ciudad, mediante radicado DTP 20152252115561 de diciembre 09 de 2015, junto con otros perfiles, explorando alternativas de financiación, dada la limitación de recursos al interior del instituto para atender puntos inestables.

2.3. POSICIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS:

- Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (fls. 113-121):

Admitida la demanda mediante auto del 10 de mayo de 2016 (fl. 94), y notificada en debida forma, conforme allí se dispuso (fls. 106-112), la entidad demandada presentó escrito de contestación, en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se refirió a todos y cada uno de los hechos que la fundamentan.

Indicó que en el caso particular no se dan los supuestos necesarios establecidos en el régimen de responsabilidad, frente al cual se requiere tanto la existencia del daño, como la prueba de la acción u omisión de la autonomía pública (para el caso del sector central) que lo provocó o permitió que este fuera provocado.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por la vía pasiva y ausencia de responsabilidad de Bogotá- Distrito Capital y adujo que en el ordenamiento jurídico procesal la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial, como son los fundamentos fácticos en el caso particular, de ello solo es responsable el Instituto de Desarrollo Urbano- IDU, demandada dentro del proceso, la cual es del orden descentralizado con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, y frente a lo cual la entidad territorial Bogotá- Distrito Capital no tiene responsabilidad, siendo evidente que se presenta el medio exceptivo solicitado.

Así mismo, propuso la excepción de imputabilidad causal- falta de nexo causal, en la que afirmó que en el asunto bajo examen es claro que la acción no señala cual fue el deber presuntamente omitido por la entidad demandada, y que el mismo sea la causa eficiente de los presuntos perjuicios, ya que la actividad de Bogotá- Distrito Capital ha sido desplegada de formar eficaz y oportuna en el ejercicio de sus competencias y no existe prueba alguna que demuestre los cargos del actor popular en su contra.

- Instituto de Desarrollo Rural: No contestó la demanda.

2.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto fechado el 16 de agosto de 2016 (fl. 136), este despacho citó a audiencia de pacto de cumplimiento, la cual fue fijada nuevamente por solicitud de parte mediante auto del 15 de septiembre de 2016 (fl. 169), y finalmente fue celebrada el día 29 de septiembre de 2016 (fl. 176 vto) mediante la cual se declaró fallida la oportunidad de conciliación judicial. Luego, mediante auto del 10 de octubre de 2016 (fl. 181 vto), se abrió el proceso a pruebas; y vencida la etapa probatoria se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl. 280).

Alegatos de la parte actora (fl. 283): El accionante señaló que los informes Geotécnicos 27-09-13 y perfil del proyecto para puntos inestables la Calera elaborada por el IDU son concluyentes en cuanto a las causas geofísicas y técnicas y advierte el riesgo mayor de la desbancada que puede presentarse en dicha vía.

Alegatos de Alcaldía Mayor de Bogotá (fls. 284-288): La apoderada del extremo pasivo

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

presentó escrito de alegaciones finales en el que advierte que, de probarse alguna responsabilidad a la administración de Bogotá, no corresponde la reparación del daño a la persona jurídica Bogotá Distrito Capital como ente territorial que es, sino a la entidad a quien se delegó la función de mantener la malla vial de la ciudad, que en el caso del Distrito Capital, corresponde al IDU, establecimiento público del sector descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Alegatos del IDU (fls. 289-291): Indicó que se realizaron intervenciones recientes sobre los taludes superiores (costado oriental), cercanas a los puntos mencionados por el demandante a través de los Contratos IDU- 048- 2011 Y 047- 2012.

Resaltó la carencia de recursos para puntos inestables, dentro de la cual se exceptúa solamente el "presupuesto disponibles (a febrero de 2015) para el proyecto 762 (gestión integral de riesgos) es de 2.000.000.000 pesos, destinados a la compra de predios para la ejecución de la obra de mitigación en el sector Amapolas (ID 4-027)".

Refirió que, el 09 de diciembre de 2015, la DTP remitió a la Secretaría Distrital de Movilidad, mediante radicado IDU 20152252115561 (Rad SDM 159636 del 14 de diciembre de 2015- ver anexo 02), trece perfiles de proyecto para puntos inestables, incluyendo nuevamente el punto inestable No. 2 de la presente acción popular (vía Bogotá- La Calera) con un costo estimado de intervención \$381.319.046, sin incluir costos indirectos, diseños, ni interventoría con el fin de dar trámite a la solicitud de financiación mediante recursos del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgo y Cambio Climático Fondiger.

Afirmó que le ha solicitado a la Oficina Asesora de Planeación, en varias ocasiones, la gestión interna de recursos para el Proyecto 762 de "Atención integral del riesgo al sistema de movilidad y espacio público frente a la ocurrencia de eventos de emergencia y catastróficos".

Agregó que, pese a estas acciones y teniendo en cuenta la importancia de atender temas de emergencia relacionados con infraestructura a cargo de esta entidad, en el anteproyecto de presupuesto 2017, se solicitó a la Oficina Asesora de Planeación la suma de \$33.913.561.000 para estabilización de taludes.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso *sub examine*, corresponde determinar si debe ordenarse a la Alcaldía Mayor de Bogotá y el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) las obras de adecuación, construcción y/o rehabilitación de la vía que conduce de la ciudad de Bogotá, D.C., al municipio de La Calera (Kilómetro 1.3. entre la UPZ El Refugio y San Isidro Los Patios), por la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad, prevención de desastres y el goce del espacio público.

3.2. DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS

La entidad demandada, Distrito Capital de Bogotá, en su escrito de contestación propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por la vía pasiva.

En orden a resolver lo pertinente, se tiene que, conforme con lo estatuido por el Artículo 322 de la Constitución Política, el Distrito Capital tiene el mismo régimen político, fiscal y administrativo de los municipios. La normativa es del siguiente tenor:

"Artículo 322, **Modificado por el Acto Legislativo** 01 de 2000.

Bogotá, Capital de la República y el Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio."

En concordancia con lo anterior, el Decreto 1421 de 1993 en su artículo segundo dispuso cuál es el régimen aplicable en el Distrito Capital:

"ARTÍCULO 2º. Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios."

A su turno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311 de la Constitución Política, al municipio como entidad fundamental de la división político – administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes."

Y, de acuerdo con la ley mencionada (Ley 136 de 1994), corresponde al municipio, entre otras funciones:

"Artículo 3º.- Funciones. Corresponde al municipio:

2. Ordenar el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal."

Por su parte, respecto a las competencias de Bogotá, D.C., –en lo que tiene que ver con el mantenimiento de la malla vial local, el Acuerdo Distrital 6 de 1992, *"por el cual se adopta la organización Administrativa en las localidades en el D.C., se reglamenta su funcionamiento y se dictan otras disposiciones"* dispone:

"ARTÍCULO 3.- A las J.A.L. les corresponde (...)

3. Efectuar la construcción y mantenimiento de las obras y proyectos locales tales como: Vías y zonas verdes, con excepción de las vías de carácter metropolitano y las zonas verdes ubicadas sobre las vías V - O a V - 4, parques locales, redes locales de distribución de energía eléctrica, acueducto, alcantarillado y teléfonos, servicios de salud, ancianatos, centros de asistencia social, plazas de mercado, instalaciones deportivas, centros culturales, salones comunales y centros educativos. De estas atribuciones hará uso previa aprobación de la entidad a la cual se encuentre asignado la correspondiente función."

Ahora bien, según el Artículo 172 del POT, las competencias en la ejecución del sistema vial en la ciudad de Bogotá, es el siguiente:

"Artículo 172. Competencias en la ejecución del Sistema Vial (artículo 153 del Decreto 619 de 2000).

La malla arterial principal y la malla arterial complementaria serán programadas, desarrolladas técnicamente y construidas por la Administración Distrital de acuerdo a las prioridades establecidas en el presente capítulo, y en coherencia con las operaciones estructurantes y programas fijados por el Plan de Ordenamiento Territorial. Para ello deberá adquirir las zonas de reserva correspondientes.

La ejecución de la malla vial intermedia y local en terrenos en proceso de urbanización deberán ser construidas y cedidas gratuitamente al Distrito por parte del urbanizador responsable, y deberá ajustarse a las determinaciones técnicas establecidas para la misma en el presente capítulo y/o a los condicionamientos fijados por los respectivos planes parciales.

La interventoría de este tipo de obra estará a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU). En sectores urbanos desarrollados la construcción de las vías de la malla vial intermedia y local podrá ser adelantada por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

Parágrafo. El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) elaborará el proyecto y construirá las vías de la malla arterial principal y de la malla arterial complementaria con base en

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

el trazado y determinaciones técnicas y urbanísticas suministradas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital (DAPD)"

Así mismo, se advierte que el Artículo 262 del POT describe como está conformado el subsistema vial rural, dentro de la cual hace parte la vía La Calera:

"Artículo 262. El artículo 397 del Decreto 619 de 2000, quedará así:

"Artículo 397. Subsistema Vial Rural. Concepto.

El Subsistema Vial está conformado por la red vial que comunica los asentamientos humanos entre sí, entre veredas, con la ciudad y la región. En el territorio rural, se definen tres tipos de vías: Principales, Secundarias y corredores de movilidad local rural (CMLR)

Las vías principales cruzan el territorio rural del Distrito Capital, al comunicar a Bogotá con los municipios vecinos y/o a los centros poblados con Bogotá. Las vías principales son:

1. Vía a Cota – vía de integración con el municipio de cota

VIA EL JARDIN – tramo rural

VIA LOS ARRAYANES – tramo rural

VIA EL POLO – tramo rural

AVENIDA LOW MURTRA – tramo rural

2. Vía a La Calera.

3. Vía El Codito-La Calera

4. Vía a Choachí.

5. Vía a Cabrera – Colombia (Huila) a través de Usme, San Juan y La Unión

6. Vía a Une, a través de Santa Rosa (Sumapaz) y Nazareth.

7. Vía a Pasquilla

8. Vía a Betania

9. Vía Troncal Bolivariana (Usme-Chorreras-Puente del Aguila a Colombia Huila)

Las vías secundarias tienen dos funciones:

1. Comunicar las áreas rurales con las vías principales del Distrito.

2. Comunicar las áreas rurales del Distrito entre sí

Los Corredores de Movilidad Local Rural (CMLR) son circuitos viales, cuyo objeto es dar comunicación a nivel veredal.

Parágrafo 1. Las vías secundarias se dividirán de acuerdo al resultado de un inventario vial rural que el Instituto de Desarrollo Urbano deberá realizar en un plazo no mayor a dos años, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente revisión. Este inventario deberá contener por lo menos la ubicación de las vías, de acuerdo a la cartografía actualizada del Departamento Administrativo de Catastro Distrital, requerimientos de mantenimiento a corto plazo (siguientes 3 años) y sección de vía (incluye drenajes).

Parágrafo 2. El Instituto de Desarrollo Urbano, en coordinación con las entidades competentes del Distrito, definirá en el término no mayor a 1 año, contado a partir de la entrada en vigencia de la presente revisión, los Corredores de Movilidad Local Rural (CMLR) y contará con dos 2 años adicionales al vencimiento del término anterior, para realizar estudios y diseños para la construcción de estos corredores.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

Parágrafo 3: La responsabilidad del mantenimiento de las vías secundarias estará a cargo de cada alcaldía local.”

Así las cosas, se desprende de la normatividad traída a colación que es al Instituto de Desarrollo Rural Urbano – IDU a quien le corresponde el mantenimiento de las vías principales urbanas, como es el caso de la vía Bogotá- La Calera. Así mismo, dicho instituto, conforme al Acuerdo 19 de 1979, es un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, por lo que la excepción propuesta por la Alcaldía Mayor de Bogotá está llamada a prosperar.

3. Acervo Probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

1. Revisado el expediente, obran diferentes requerimientos realizados por el accionante a las diferentes entidades solicitando el mantenimiento de la vía Bogotá- La Calera, de fechas: 16 de mayo de 2012 (fl. 15), 29 de abril de 2013 (fl. 22), 28 de mayo de 2013 (fl. 28), 08 de octubre de 2013 (fl. 14).

2. Obra formato de inspección y diagnóstico de procesos de remoción de masa realizado por el IDU el 17 de agosto de 2013, en cual se hicieron las siguientes observaciones (fls. 35-44):

“Se recomienda que se realicen reparaciones en el corto plazo para recuperar el funcionamiento de la vía y que garanticen la seguridad del tránsito. Se recomiendan estudios topográficos y perforaciones a 15 metros de corte directo de las muestras para el dimensionamiento de medidas temporales de estabilización”.

3. Obra oficio del 18 de septiembre de 2015, suscrito por el IDU, en el que informa a la personera delegada de movilidad y planeación urbana, lo siguiente (fls. 51-59):

“(…) En consecuencia, le informamos que tal como se comunicó en el oficio 20132251608901, este Instituto ha realizado el levantamiento topográfico de detalle a través del contrato 011 de 2013 para determinar las características geométricas del proceso de remoción y un estudio geotécnico a través del contrato 011 de 2013 para verificar los parámetros de resistencia del suelo y formular un modelo de estabilidad.

(…)

Como conclusiones de los estudios y debido a que la banca ha venido sufriendo desplazamiento y deformación, es necesario recuperar el ancho de ésta. (…)

A partir del modelo geotécnico definido, y los mecanismos de falla identificados, como medida de mitigación con el fin de mejorar la estabilidad de la ladera y la vía, se propone la construcción de un muro de contención en concreto reforzado tipo pantalla en una longitud aproximada de 30m, (…)

En cuanto a las posibilidades de actuación del Instituto de Desarrollo Urbano, son limitadas debido a la escasez presupuestal para atender puntos inestables. (…)

En el artículo 70 del Decreto 190 de 2004 se estipula la “Ejecución de proyectos de corto plazo 2004-2007”, cuyo listado no incluye la intervención en el sector en mención de la vía La Calera. De igual manera, los Acuerdos 489 de 2012, 523 de 2013 y 527 de 2013 tampoco incluyen el desarrollo de dicho corredor. (…)

Por lo tanto, el IDU no tiene programadas acciones sobre el talud vial en cuestión en el corto plazo ni cuenta con recursos destinados al desarrollo de estudios y diseños, adquisición de predios (de ser necesario) y / o su construcción.”

4. Petición del accionante ante el IDU del 02 de marzo de 2016 con el fin de que se adopten las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, en el que se adecue la vía Bogotá – La Calera (fls. 65-68).

5. Oficio del 31 de marzo de 2016, mediante el cual el IDU contestó el derecho de petición del accionante, y en el cual indicó (fl. 69 vto):

“Este Instituto ha realizado el levantamiento topográfico de detalle a través del contrato 011 de 2013 para determinar las características geométricas del proceso de remoción, y un estudio geotécnico a través del contrato 011 de 2013 para verificar los parámetros de resistencia del suelo y formular un modelo de estabilidad, tal como se informó a la personería en oficio 20152251461681 de septiembre 18 de 2015.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

(...)

El perfil mencionado, que adjuntamos a la presente para su información, estima unos costos directos de intervención de aproximadamente 381 millones de pesos, y plantea como medida de mitigación con el fin de mejorar la estabilidad de la ladera y las vías de acceso al barrio, la alternativa consistente en la construcción de un muro de concreto reforzado apoyado sobre caisson y la reconstrucción de una alcantarilla con descoles mediante canales escalonados o disipadores de energía. El documento elaborado por la Dirección Técnica de Proyectos de este Instituto fue remitido a la Secretaría Distrital de Movilidad, como cabeza de sector en la ciudad, mediante radicado DTP 20152252115561 de diciembre 9 de 2015, junto con otros perfiles, explorando alternativas de financiación, dada la limitación de recursos al interior del Instituto para atender puntos inestables.

(...)

Este Instituto reconoce que es urgente cubrir la necesidad de inversión que suponen los puntos inestables, y en general, la atención integral del riesgo en el sistema de movilidad y espacio público de la Ciudad, por lo cual está explorando diferentes alternativas como son:

- El proceso de armonización presupuestal.
- Uso de fuentes alternativas incluidas en el presupuesto de la vigencia 2016.
- Incluir nuevamente la solicitud en el proceso de programación presupuestal de la vigencia 2017 que inicia esta vigencia."

6. Se allegó al expediente, a folios 71 a 90, el perfil del proyecto "puntos inestables La Calera de 2015", del cual se desprende lo siguiente:

"ANÁLISIS DE ESTABILIDAD SITUACIÓN ACTUAL

De los resultados se concluye que para la condición con obras, para las diferentes condiciones de análisis se obtienen valores de FS superiores a los admisibles.

No obstante lo anterior, se observa que en el caso de presentarse una saturación parcial o total y en especial en el caso con sismo los valores de FS decrecen considerablemente, pudiendo llevar a tramos de las secciones a condiciones inestables. Esto implica la necesidad de que en el futuro se garantice el correcto funcionamiento de todas las obras de drenaje y subdrenaje existentes en la zona, para evitar la generación de nuevos problemas en sitios aledaños.

(...)

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- El área se ubica en el flanco occidental de una estructura anticlinal en donde hay presencia de rocas de tipo arenisca principalmente, la vía presenta algún proceso de deslizamiento en el costado exterior y está relacionado con antiguos botaderos y suelos residuales que están bajo este horizonte.

- Se trata de un deslizamiento remontante que debe ser tratado, el cual fue originado por la mala disposición de sobrante en el pasado.

- Se recomienda la construcción de un muro en concreto posiblemente apoyado en caisson o pilotes que garanticen su empotramiento dentro del Grupo Guadalupe, el cual presenta buenas características de capacidad portante.

(...)"

7. Obra oficio suscrito por el IDU en el cual da respuesta a lo solicitado en el auto de pruebas, en el cual identifica los puntos inestables de la vía Bogotá – La Calera, según las pretensiones de la acción popular (fls. 186-190).

8. Obra copia del memorando rad 20152250097823, emanado del IDU, donde se reportan setenta y dos procesos de remoción en masa (fls. 191-203).

9. Copia del memorando radicado IDU 201522522115561, remitido dentro de la Secretaría Distrital de Movilidad, en la que se envían 13 perfiles de proyecto para puntos inestables, en los que se encuentra la vía Bogotá- La Calera (fls. 204-208).

10. Copia del Memorando IDU 20162250052723, enviado desde la DTP hacia la Oficina Asesora de Planeación de la Secretaría de Movilidad, solicitando la gestión interna de recursos para el proyecto 762 de "Atención integral del riesgo al sistema de movilidad y espacio público frente a la ocurrencia de eventos de emergencia y catastróficos dadas (fls. 207-208)."

11. Copia del Contrato IDU-48-2011 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Geosoluciones, con su respectiva acta de liquidación (fls. 209-227) .

12. Copia del Contrato IDU 047-2012, con su respectiva acta de liquidación (fls. 228 a 241).

4. Finalidad de las acciones populares.

Las acciones populares tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio, un daño contingente por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, cuando ellos actúen en desarrollo de funciones administrativas, para lo cual debe tenerse en cuenta que en este sentido se concluye el carácter eminentemente altruista de este tipo de acciones, pues dicha protección busca que la comunidad afectada pueda disponer de un mecanismo jurídico de forma rápida y sencilla para la protección de los derechos que los afectan en común, estando así legitimados los directamente afectados, quienes teniendo como fin esa protección lo hacen sin perseguir en ello un lucro.

5. De Los derechos colectivos Invocados

5.1. Del derecho colectivo al goce del espacio público. Al tenor de lo dispuesto en el Artículo 82 de la Constitución Política, es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular, por lo que el mismo es consagrado como un derecho de rango constitucional y de carácter colectivo, razón por la cual puede exigirse su protección a través de las acciones populares, teniendo en cuenta los fines concretos que se plantean en el Artículo 88 ibídem.

En relación con las dimensiones constitucionales de tal derecho colectivo, el Consejo de Estado, teniendo en cuenta las disposiciones aludidas, como parte integrante de la Carta Política, señala como tales las siguientes:

“Es deber del Estado, a través de sus autoridades, velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común.

Es deber de las autoridades hacer efectiva la prevalencia del uso común del espacio público sobre el interés particular.

Es deber de las entidades públicas ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, en relación con la utilización del suelo y del espacio público para la defensa del interés común, entre otros.

Es un derecho e interés colectivo.

Constituye el objeto material de las acciones populares y es uno de los bienes jurídicamente garantizables a través de ellas”¹.

Ahora bien, resulta pertinente hacer alusión al desarrollo legal que en el ordenamiento jurídico se ha construido en torno a la protección del interés colectivo al espacio público y el derecho al goce del mismo, contenido en el Artículo 5º de la Ley 9ª de 1989², que define el concepto así:

“Artículo 5º.- Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general , por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-02486-01(AP).

² «Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compra - Venta y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones.»

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo”.

A su vez, el Decreto 1504 de 1998, *"Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial"*, retoma, en su Artículo 2º, tal definición y en el Artículo 3º precisa que comprende los siguientes aspectos:

- a) Los bienes de uso público, es decir, aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo;
- b) Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público;
- c) Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este decreto.

Así mismo, es de señalar que la normativa en materia de protección del espacio público es de orden público, por ende, de aplicación inmediata y de obligatorio cumplimiento.

5.2. Del derecho colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres previsibles técnicamente. El derecho colectivo a la prevención de desastres previsibles técnicamente se encuentra comprendido en el concepto de orden público, siendo en este sentido objeto de amparo o defensa en sede de acción popular, por mandato constitucional y legal (literal 1 del Artículo 4 de la Ley 472 de 1998), en la medida que se llegue a demostrar su vulneración, siempre que, acorde con las competencias del ente estatal demandado, se demuestre el incumplimiento a la obligación de garantizar la seguridad pública y las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de una vida en sociedad.

En torno al tema de orden público, que se enmarca en el ámbito de la seguridad pública, y la labor preventiva del Estado en tal aspecto, la Corte Constitucional ha lo siguiente:

“Las restricciones a las libertades ciudadanas encuentran fundamento en el concepto de orden público, entendiéndolo por tal, las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad. Para que estas condiciones mínimas se cumplan es necesario, por parte del Estado, a través de las respectivas autoridades, adelantar una labor preventiva que las haga efectivas: la seguridad, con la prevención permanente de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas; la tranquilidad, con la prevención de los desórdenes en general, ya se trate de lugares públicos o privados; la salubridad, con la prevención de factores patológicos que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de los ciudadanos; la moralidad, con la prevención de manifestaciones externas de conducta que no se ajusten a ciertos principios mínimos de respeto entre las personas y que, en algunos casos, se encuentran expresamente prohibidas por la ley”³.

De igual forma, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha expresado el alcance del derecho colectivo a la seguridad pública, expresando:

“...la seguridad pública es un derecho colectivo cuyo contenido general implica, entre otros aspectos, la prevención de accidentes naturales y de desgracias humanas.

Al respecto esta Corporación ha sostenido:

“La seguridad pública es uno de los elementos que tradicionalmente se identifican como constitutivo del orden público y, por tanto, como uno de los objetos a proteger por parte del poder de policía. En la doctrina se le delimita como ausencia de riesgos de accidentes⁴, como la prevención de accidentes de diversos tipo y de flagelos humanos y naturales, incendios, inundaciones, accidentes de tránsito, etc., lo mismo que como la prevención de atentados contra la seguridad del Estado.⁵

(...)

“De modo que la seguridad pública habla de las condiciones objetivas necesarias para que todas las personas puedan ejercer y disfrutar de tales derechos con ausencia de riesgos o amenazas por parte de agentes externos a la misma persona y controlables o previsibles por el Estado, tales como el tránsito automotor, las actividades delincuenciales, el estado de las vías públicas, etc.

³Corte Constitucional, Sentencia T-066 de 1995.

⁴ DE LAUBADÈRE, André, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Temis, 1.984, p. 198.

⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Libardo, *Derecho Administrativo*, décima edición, Editorial Temis, 1.998, p. 406.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

(...)

*"Para desplegar, entonces, las actividades pertinentes y viables tendientes a su efectividad, no es necesario, entonces, que se presenten hechos atentatorios de los derechos asociados a la misma, cuya violación es justamente el resultado material o concreto de la vulneración al interés colectivo de la seguridad pública. Basta con que se presenten situaciones que propicien los hechos o conductas que puedan lesionar tales derechos para que se le considere amenazada y sea procedente reclamar su especial protección, mediante el mecanismo de las acciones populares, dado que éstas se pueden ejercer para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, así como la vulneración o el agravio sobre los derechos colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible."*⁶

Bajo tal panorama, la protección que se predica del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente ostenta una naturaleza principalmente preventiva, en la medida en que la sola amenaza del mismo o la configuración de circunstancias fácticas de las que se predique su posible afectación permite invocar su amparo, a fin de precaver situaciones concretas de material violación.

6. Caso concreto.

Respecto de la competencia que tiene el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) para adelantar la construcción, rehabilitación y conservación de la totalidad de la malla vial de la ciudad de Bogotá, D.C., se tiene que este instituto es un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente que tiene a su cargo las siguientes funciones de conformidad con la diferente normatividad que rige la materia:

El Acuerdo No. 019 de 1972, proferido por el Concejo de Bogotá, D.C., establece lo siguiente:

"ACUERDO 19 DE 1972

Por el cual se crea y reglamenta el funcionamiento del Instituto de Desarrollo Urbano.

***El Concejo del Distrito Especial de Bogotá,
ACUERDA:***

Artículo 1º.- Créase el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) como establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Su domicilio será la ciudad de Bogotá.

Artículo 2º.- El Instituto atenderá la ejecución de obras públicas de desarrollo urbanístico ordenadas dentro del Plan General de Desarrollo y los planes y programas sectoriales, así como las operaciones necesarias para la distribución, asignación y cobro de las contribuciones de valorización y de pavimentación, para la cual tendrá las siguientes funciones:

- 1. Ejecutar obras de desarrollo urbanístico tales como apertura, ampliación, rectificación y pavimentación de vías públicas, construcción de puentes, plazas cívicas, plazoletas, aparcaderos, parques y zonas verdes con sus instalaciones, servicios y obras complementarias.***
- 2. Ejecutar obras de renovación urbana: conservación, habilitación, remodelación.***
- 3. Construir edificios e instalaciones para servicios comunales, administrativos, de higiene, de educación y culturales.***
- 4. Colaborar con la Secretaría de Obras Públicas, en el mantenimiento y conservación de vías.***
- 5. Ejecutar obras relacionadas con los programas de transporte masivo.***
- 6. Ejecutar obras de desarrollo urbano, dentro de programas de otras entidades públicas o privadas, o colaborar en su ejecución o financiación.***

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 13 de julio de 2000, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, exp. AP-055.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

7. Realizar, conforme a disposiciones vigentes, las operaciones administrativas de cálculo, liquidación, distribución, asignación y cobro de la contribución de valorización, a causa de obras de interés público o de servicios públicos, ya construidas, en construcción o que se construyan por el instituto o por cualquiera otra entidad o dependencia del Distrito, o por obras que ejecuten otras entidades públicas, cuando el crédito sea cedido al Distrito Especial o al Instituto, o cualquiera de estos sea delegado para su cobro.

8. Ordenar las expropiaciones necesarias para la ejecución de los planes y programas aprobados.

9. Adquirir bienes muebles o inmuebles, administrarlos, enajenarlos y gravarlos.

10. Obtener recursos de crédito para la financiación de sus programas y obras propios.

11. Emitir bonos de deuda pública.

12. Celebrar los contratos que requiera la administración de los Fondos Rotatorios a su cargo y que sean necesarios para el cumplimiento de los fines específicos de estos, gravar los bienes adscritos a cada fondo y pignorar total o parcialmente sus respectivos patrimonios o rentas y el producto de los gravámenes, en garantía de operaciones de crédito para la realización de las obras que causen contribuciones." (Resaltado por el despacho).

Así mismo, el Decreto distrital No. 759 de 1998 preceptúa, en el Artículo 1, lo siguiente:

"Artículo 1º.- Modificar el artículo tercero del Decreto 980 de 1997, el cual quedará así:

"Artículo 3º.- En concordancia con lo dispuesto en el artículo 2º del Acuerdo 19 de 1972, el mantenimiento, rehabilitación, reparación, reconstrucción, pavimentación de zonas de espacio público destinadas a la movilidad, tales como: vías, puentes vehiculares y peatonales, zonas verdes, zonas peatonales, andenes, monumentos públicos, separadores viales y obras complementarias, estarán a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano, así como la recepción e interventoría de las obras realizadas en zonas a desarrollar por urbanizadores o personas que adelanten loteos". (Resaltado por el despacho).

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el Artículo 397 del Decreto 619 de 2000, modificado por el Decreto 469 del 26 de diciembre de 2003, "Por el cual se revisa el Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá", el subsistema vial rural está conformado por la red vial que comunica los asentamientos humanos entre sí, entre veredas, con la ciudad y la región. En el territorio rural se define tres tipos de vías: principales, secundarias y Corredores de Movilidad Local Rural (CMLR); las vías principales cruzan el territorio rural del Distrito Capital, al comunicar a Bogotá con los municipios vecinos y/o a los centros poblados con Bogotá. Las vías principales son:

"2. Vía a La Calera."

Los Corredores de Movilidad Local Rural (CMLR) son circuitos viales cuyo objeto es dar comunicación a nivel veredal. El Parágrafo 2º de este artículo establece que el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, en coordinación con las autoridades competentes del distrito, definirá en el término no mayor a un año, contado a partir de la entrada en vigencia de esa revisión, los corredores de movilidad local rural (CMLR) y contará con 2 años adicionales al vencimiento del término anterior, para realizar estudios y diseños para la construcción de estos corredores.

Así las cosas, el subsistema vial tiene como objetivos reforzar la conexión local al interior de la zona rural y en su relación con la zona urbana del distrito como elemento que favorece las relaciones sociales y económicas, en búsqueda del mejoramiento de la calidad de vida de la población rural; para favorecer el sistema de relaciones espaciales y funcionales; y asegurar la conexión vial de las áreas con alto potencial agrícola, es decir, las que cuentan con alta capacidad de carga para garantizar flujos adecuados de abastecimiento, mercadeo y comercialización.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

De lo anterior, se desprende de manera clara que el Instituto de Desarrollo Urbano tiene competencia para adelantar las construcción, rehabilitación y conservación de la totalidad de la malla vial de la ciudad de Bogotá, D.C., Así mismo, cabe señalar que, si bien es cierto las alcaldías locales tienen algunas competencias respecto de la malla vial secundaria o local, también lo es que esta obligación se encuentra directamente en cabeza del IDU como entidad pública responsable de atender las obras públicas de la ciudad de Bogotá, D.C.

Ahora bien, el derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público ha sido interpretado por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“b. El Goce del Espacio Público.

La ley 9 de 1989 definió el espacio público como “el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Así constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto personal como vehicular (....)” El derecho al goce del espacio público reviste el carácter de derecho colectivo, tanto por su enunciación como tal en el Artículo 4 de la Ley 472 de 1998, en tanto derecho susceptible de protegerse por vía de acción popular, como por sus características esenciales, pues “cualquier persona perteneciente a un grupo o una comunidad puede acudir ante los jueces para exigir su defensa, con lo cual logra simultáneamente proteger su propio interés.”

Bajo las anteriores precisiones, se tiene que el mal estado de una vía pública comporta un daño contingente para los peatones, los vehículos y en general para la comunidad.

Ahora bien, revisado el escrito de demanda, se tiene que la parte actora solicita la adecuación, construcción y/o rehabilitación de la vía que conduce de la ciudad de Bogotá, D.C., al municipio de la Calera (kilómetro 1.3. entre la UPZ El Refugio y San Isidro Los Patios).

Por otra parte, la entidad demandada, en escrito obrante a folios 186 a 190 del expediente, en el cual da respuesta a lo solicitado en el auto de pruebas, identificó los puntos inestables de la vía Bogotá – La Calera y determinó lo siguiente:

“Realizada la revisión, no se hallaron zonas consideradas como puntos inestables sobre talud inferior (costado occidental de la vía) en cercanías al restaurante Tramonti, no obstante, podría presumirse por parte del demandante que en la última curva de ascenso, antes de tomar la recta sobre la cual se localiza el restaurante Tramonti, habría una falla o punto inestable dada la presencia de algunas grietas y/o rupturas del pavimento rígido sobre la mencionada curva. En tal virtud, dicho punto se localiza sobre la vía a La Calera aproximadamente a la altura de la Diagonal 91.

(...)

Ahora en cuanto al punto localizado “(...) a 100 mts aproximado, desde el mirador turístico “la Paloma”- costado izquierdo en ascenso (...)”, aproximadamente en la vía a La Calera a la altura de la Calle 96 Bis. Este punto es citado por el demandante de conformidad con el documento perfil de proyecto para puntos inestables La Calera (versión 2015, elaborado por la DTP-IDU), allegado en los anexos de la demanda, generado a partir de los productos del levantamiento topográfico de detalle del contrato IDU -060-2012, y del estudio geotécnico del contrato IDU -011-2013.

Por otra parte, y durante el proceso de investigación en el SIGIDU, se halló que el IDU hizo intervenciones recientes, sobre los taludes superiores (costado oriental), cercanas a los puntos mencionados por el demandante, a través de los contratos IDU- 048-2011 y 047-2012 a saber.

(...)

Posterior a la revisión de la información precitada, se encuentra que desde el 07 de abril de 2015, la Dirección Técnica de Proyectos allegó a la Dirección General del IDU un “balance de puntos inestables y prioridades de intervención” mediante el memorando 20152250097823, donde se reportan setenta y dos procesos de remoción en masa a cargo

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 2004, Radicación número: 25000-23-24-000-2003-1471-01(AP), MP: Alir Eduardo Hernández Enríquez.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

del IDU, dentro de los cuales se encuentra el punto inestable No. 2 objeto de la presente demanda de acción popular.

Así mismo. El 09 de diciembre de 2015, la DTP remitió a la Secretaría Distrital de Movilidad – SDM mediante radicado IDU 20152252115561 (Rad SDM 159636 del 14 de diciembre de 2015- ver anexo No. 02), trece perfiles de proyecto para puntos inestables, incluyendo nuevamente el punto inestable No. 2 de la presente acción popular (Vía Bogotá-La Calera) con un costo estimado de intervención por \$381.319.046, sin incluir costos indirectos, diseños, ni interventoría, con el fin de dar trámite a la solicitud de financiación mediante recursos del Fondo Distrital para la Gestión de Riesgo y Cambio Climático FONDIGER.

(...)

Ahora teniendo en cuenta la importancia de atender temas de emergencia relacionados con infraestructura a cargo de esta Entidad, en el anteproyecto de presupuesto c con infraestructura a cargo de esta Entidad, en el anteproyecto de presupuesto 2017 se solicitó a la Oficina Asesora de Planeación la suma de \$33.913.561.000 para estabilización de taludes, mediante el memorando SGDU-20162050161563 del 10 de agosto de 2016.

De manera posterior se adelantaron mesas de trabajo y producto de ajustes y finalmente de la asignación de la cuota global de gasto 2017 emitida por la Secretaría de Hacienda Distrital, este presupuesto fue recortado completamente.”

La entidad demandada, en los alegatos de conclusión, indicó que ha realizado intervenciones a la vía Bogotá – La Calera mediante los contratos IDU- 048-2011 con acta de recibo final del 26 de marzo de 2014 y 047-2012 con acta de recibo final del 14 de mayo de 2014, los cuales obran a folios 209-245 del expediente, los cuales tuvieron como objeto “la construcción de las obras de estabilización geotécnica del talud localizado en el costado oriental de la vía a La Calera por calle 92 en Bogotá, D.C., y en la vía La Calera entre el restaurante El Tramonti y el Mirador La Paloma localizado en el costado oriental de la vía a La calera en Bogotá D.C.”

No obstante lo anterior, a pesar de que se hicieron obras de intervención “en la vía la Calera por Calle 92 en Bogotá D.C. y entre el restaurante el Tramonti y el Mirador La Paloma” de la mencionada vía, el mismo Instituto de Desarrollo Urbano- IDU ha señalado que la vía Bogotá-La Calera (punto inestable No. 2- vía a La Calera con Calle 96 Bis)⁸ que se encuentra dentro de los puntos citados por el accionante, se encuentra dentro de los trece perfiles de proyecto para puntos inestables, el cual incluyó dentro de las solicitudes que ha hecho ante la Secretaría de Movilidad y a la Oficina Asesora de Planeación, con el fin de buscar financiación para dicha obra, como se observa en los oficios con radicado IDU 20152252115561 del 09 de diciembre de 2015 y 20162250052723 del 17 de marzo de 2016.

Con lo anterior, se infiere que, si bien la entidad demandada realizó las obras de intervención y estabilización geotécnica del talud localizado en el costado oriental de la vía a La Calera por Calle 92 en Bogotá D.C. y en la vía a La Calera entre el restaurante Tramonti y el Mirador La Paloma, no ocurre lo mismo respecto del punto inestable No. 2 (vía La Calera con calle 96 Bis), el cual requiere de intervención y rehabilitación, conforme lo probado dentro del proceso.

Por lo tanto, existe relación entre la omisión que se le atribuye a la entidad (la falta de mantenimiento de la vía en el punto inestable No. 2- vía La Calera con calle 96 Bis) y el daño contingente (los daños que mal estado de la vía puede ocasionar a los peatones y vehículos).

Cabe aclarar que, si bien es cierto, como lo ha señalado en anteriores oportunidades el Consejo de Estado⁹, no es dable a los jueces en sede de acción popular ordenar la ejecución de una obra pública, puesto que implicaría desconocer la competencia que recae sobre las autoridades administrativas para planificar y determinar la ejecución del gasto público, es de destacar que en el presente asunto el IDU ya realizó un perfil de proyecto para trece puntos inestables en los que se encuentra el mencionado punto inestable No. 2 vía Bogotá- La Calera y en el cual ya ha solicitado recursos para intervenirla.

En este orden de ideas, resulta forzoso concluir que no se está suplantando a las autoridades administrativas cuando se ordena la ejecución de la obra, pues la determinación de la necesidad de intervenir dicho tramo fue estudiada por la entidad, al identificarlo como un punto inestable.

⁸ Ver folio 185.

⁹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera-Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 85001-23-33-000-2012-00268-01(AP).

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

Así mismo, se debe señalar que, de conformidad con el Artículo 2 de la Constitución Política, son fines esenciales del Estado, entre otros, servir a la comunidad y promover la prosperidad general, es decir que es obligación de cada una de las entidades públicas velar por la consecución y alcance de dichos fines y estos no se pueden ver restringidos en situaciones donde debe primar el interés general de la comunidad, frente a lo cual es importante traer a colación lo considerado por la Corte Constitucional¹⁰:

"7.- Como se ve, el principio de eficacia de la administración pública, impide a las autoridades administrativas permanecer impávidas o inactivas frente a situaciones que afecten a los ciudadanos; además de configurarse como un fin hacia el cual deben tender dichas autoridades. En este orden, la implementación práctica de ello supone la obligación de actuación de la administración, y de la real y efectiva ejecución de medidas, y no sólo la aceptación o reflexión sobre aquello que requiere su intervención. De ahí, que la jurisprudencia constitucional haya puntualizado también la necesidad de considerar los procedimientos de las autoridades bajo la noción de debido proceso administrativo.

El debido proceso administrativo supone que los trámites administrativos, de comunicación o información entre entidades, o los relativos a la orden y ejecución de medidas no constituyen causa objetiva para justificar la demora o la inactividad. De lo cual se concluye que si la inoperatividad o las dilaciones se derivan del funcionamiento del aparato administrativo procede el constreñimiento judicial para conjurar dicha situación. Así lo ha concluido la Corte cuando analiza la procedencia de la acción de tutela, y se enfrenta a una presunta improcedencia de la acción de amparo por incumplimiento del requisito de inmediatez; frente a lo cual ha afirmado, "en suma, si las dilaciones que se derivan del funcionamiento del aparato administrativo de la rama judicial dificultan el acceso a los documentos y medios que se requieren para ejercer el recurso constitucional, debe entenderse que opera una causa objetiva para el retraso en la presentación de la acción."

Frente a este tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de octubre de 2006, expresa y puntualmente fijó el siguiente criterio¹¹:

"(...)

Dicho en otros términos, el juez popular, en principio, no debe incursionar en ámbitos en los cuales la administración ejerce su discrecionalidad planificadora, salvo en los casos en los cuales el órgano administrativo actuante incurra en manifiestas arbitrariedad, irrazonabilidad, desproporcionalidad o desatención de preceptos que orientan la distribución del gasto —como, señaladamente, lo hace el inciso segundo del artículo 366 constitucional. Sin embargo, mal puede la administración pretender que el juez encargado de la protección de los derechos colectivos, no sobrepase un límite que no existe en el caso concreto, o que no se le ha puesto de presente en el proceso. Corre, por tanto, por cuenta de la administración demandada, la carga de demostrar los extremos que se vienen explicando, esto es, que no resulta procedente, en el caso concreto, que el juez popular imparta una específica orden de hacer o de ejecutar obras públicas, que impliquen llevar a cabo inversiones económicas, porque el presupuesto de la correspondiente entidad, para la respectiva vigencia fiscal, ha sido ya programado, de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales aplicables, destinándose para la atención de necesidades, la materialización de derechos o la satisfacción de intereses de la misma o superior entidad constitucional o legal, de aquellos cuya protección se reclama a través del ejercicio de la acción popular.

Pero si la entidad pública responsable no cumple con el antedicho onus probandi, no puede perderse de vista que el juez siempre se enfrenta a la prohibición del non liquet, más aún cuando le ha sido encomendada, como al juez popular, la tarea de velar por la efectividad de derechos de especial relevancia constitucional. Si la administración no demuestra, entonces, que ha ejercitado, ajustándose a Derecho, su discrecionalidad planificadora y que ha determinado los referidos órdenes de prioridades observando los parámetros que le

¹⁰ Ver sentencia T-733 de 2009, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera C.P. Allier Hernández Enríquez, 26 de octubre de 2006. exp. 630012331000200500708 01.

impone el ordenamiento, no se advierten para el juez, en el caso concreto, más límites que los derivados de su prudencia y del propio Derecho, de manera tal que se ve abocado a procurar la protección, con las mayores eficacia y prontitud, de los derechos colectivos cuya vulneración o amenaza le haya sido acreditada dentro del respectivo proceso judicial.

c. Ahora bien, la circunstancia de que el juez popular, aun habiéndosele puesto de presente —dentro del curso del expediente— la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, se abstenga de proferir órdenes de ejecutar obras públicas para no invadir la órbita de la discrecionalidad planificadora de la administración y atendida la “relatividad” de las obligaciones a cargo del Estado con respecto a la materialización de derechos de prestación, no debe entenderse como una patente de corso para que la entidad pública responsable continúe desatendiendo indefinidamente su obligación de proteger los derechos colectivos conculcados o bajo riesgo. En tales supuestos, el juez popular debe impartir la orden de llevar a cabo las obras o actividades que sean del caso, tan pronto como las posibilidades presupuestales lo permitan, es decir, en cuanto haya de establecerse un nuevo orden de prioridades para la ejecución del gasto, en la vigencia fiscal que corresponda. El juez puede garantizar el cumplimiento de dicha determinación, valiéndose de los mecanismos previstos por los artículos 34, y 41 y siguientes de la ley 472 de 1998.

(...) (todas las cursivas fuera del texto original).”

De lo expuesto, es claro que el juez de la acción popular no debe irrumpir en ámbitos en los cuales la administración ejerce su potestad discrecional planificadora, salvo en los casos en los cuales el órgano administrativo actuante incurra en manifiestas arbitrariedad, irrazonabilidad, desproporcionalidad o desatención de preceptos que orientan la distribución del gasto, situación esta que infiere que la realización de obras públicas que se pretendan construir a nivel nacional o local, deben hacer parte del plan nacional de desarrollo, o de los planes de las entidades territoriales, de acuerdo con la política económica, social y ambiental que adopte el Gobierno y las competencias de las distintas entidades públicas, tal como lo prevé el Artículo 339 de la Constitución, por tanto, a través de la acción popular no necesariamente debe el juez ordenar la ejecución de una obra pública que demande una inversión considerable que no haya sido incluida en los planes de desarrollo de las entidades públicas, pues esto implicaría desviar los recursos destinados a propósitos específicos y, por consiguiente, desconocer que a través de aquéllos se busca asegurar el uso eficiente de los recursos y el cumplimiento de los principios de programación, planeación y priorización de la inversión social, y de equilibrio presupuestal.

No obstante, la falta de disponibilidad presupuestal para adelantar obras públicas no es excusa para el incumplimiento por parte de la autoridades demandadas de las obligaciones tendientes a la protección de los derechos e intereses colectivos pues, ante esa situación, lo procedente es ordenar a las autoridades públicas que efectúen las gestiones administrativas y financieras indispensables para obtener los recursos necesarios. Ciertamente la ejecución de una obra pública supone la disponibilidad de recursos así como el agotamiento del procedimiento legal de contratación de la misma por lo que al emitirse una orden en esa dirección debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, las condiciones financieras de los entes públicos y la naturaleza y alcance de las obras a realizar.

En esta perspectiva, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 11 de mayo de 2006¹², en relación con la gestión administrativa y financiera para obtener los recursos necesarios o disponibilidad presupuestal para adelantar obras públicas consideró lo siguiente:

“(…)

Ha sido criterio reiterado de la Sala¹³ el que la falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos para cuya protección aquella se instauró, tal como ocurre en este asunto, y que ante esa situación lo procedente sea ordenar a las autoridades públicas que efectúen las gestiones administrativas y financieras indispensables para obtener los recursos necesarios. En efecto, ciertamente la ejecución de una obra pública supone la disponibilidad de recursos así como el agotamiento del procedimiento legal de contratación de la misma, por lo que al emitirse una orden en esa dirección debe tenerse en cuenta, entre

¹² Expediente 2002-00654-01(AP), C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

¹³ Entre otras, ver las sentencias de 25 de octubre de 2001 (exp. 2000-0512-01, C.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo) y 24 de octubre de 2002 (exp. 2001-0904-01, C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade).

otros aspectos, las condiciones financieras de los entes públicos y la naturaleza y alcance de las obras a realizar. Por lo tanto, ante una circunstancia como la alegada en la impugnación, es deber de las autoridades públicas adelantar las actuaciones de orden administrativo, presupuestal y financiero que permitan la consecución de los recursos necesarios para adelantar las obras ordenadas, aclarándose, en todo caso, que si bien dichas gestiones no pueden ser inmediatas, tampoco pueden prolongarse en el tiempo, ya que en modo alguno pueden los entes públicos dilatar indefinidamente las soluciones a las necesidades colectivas ni permanecer indiferentes ante los riesgos que amenacen los derechos y la seguridad de los ciudadanos.” (Negritas fuera de texto).

Posteriormente, en sentencia del 17 de julio de 2008, precisó:

“(…)

La Sala ha venido reiterando en sus fallos que la carencia de recursos económicos no excusa el incumplimiento de las obligaciones tendientes a la protección de los derechos colectivos, ni menos aún justifica su amenaza o vulneración. Ha dicho: “La falta de disponibilidad presupuestal y de existencia real de recursos no es, en manera alguna, argumento válido para destruir el acervo probatorio que sustenta el fallo del inferior y que se puntualiza en la indudable demostración de los hechos que sirvieron de fundamento al ejercicio de la acción popular”. En el mismo sentido, en oportunidad posterior dijo la Sala: “La falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos para cuya protección se instauró. Cosa distinta es que ante esa situación lo procedente sea ordenar a las autoridades... que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtenerlos.

(...).”¹⁴ (se destaca).

Asimismo, es importante resaltar que la finalidad de las acciones populares es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, motivo por el cual el juez constitucional está en la libertad de impartir las órdenes que a su parecer resulten más apropiadas e idóneas para el cometido final de protección y restablecimiento de los derechos colectivos amenazados o vulnerados.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 5 de abril de 2013, señaló:

“La supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la actividad de las autoridades, incluyendo la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de los derechos colectivos con la eficacia que su trascendencia exige. Desde antaño se conoce que un derecho se garantiza si está dotado de mecanismos de protección eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza los derechos colectivos si las autoridades encargadas de su protección no cumplen los deberes que les son exigibles y si el juez no corrige eficazmente las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible. Quiere decir, entonces que, en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998, sino que su deber tiene que ver con la adopción de las medidas que sean necesarias para restablecer la cosas al estado precedente a la vulneración del derecho o del interés colectivo, de ser ello posible, como lo demandan los mandatos superiores bajo análisis.”¹⁵ (resalta el despacho).

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

¹⁵ Expediente 85001-23-31-000-2011-0047-01(AP), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

Así las cosas, se concluye que, por una parte, conforme a las pruebas obrantes en el proceso y al no haber probado el accionante lo contrario, no es necesaria la intervención y/o rehabilitación del costado oriental de la vía La Calera por Calle 92 en Bogotá D.C. y en la vía La Calera entre el restaurante El Tramonti y el Mirador La Paloma localizado en el costado oriental de la vía a la Calera en Bogotá, D.C., por haberse ejecutado dichas obras mediante los contratos IDU -48-2011 y IDU-47-2012.

Por otra parte, conforme lo manifestado por la entidad demandada desde el año 2015, se tiene identificado el punto inestable No. 2 (vía La Calera con Cl 96 Bis), el cual se encuentra ubicado dentro del tramo que solicita el accionante se intervenga, y que hasta el momento no ha sido posible su rehabilitación por falta de presupuesto, lo cual no es óbice para que dentro de los parámetros antes expuestos, este despacho ordene que la entidad demandada adelante las actuaciones pertinentes para intervenir dicha vía y evitar que se produzca un daño contingente, ya que como lo indicó el Consejo de Estado *“La falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos para cuya protección de instauró. Cosa distinta es que ante esa situación lo procedente sea ordenar a las autoridades... que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtenerlos.”*

En este orden de ideas, el despacho encuentra que el caso *sub examine* se circunscribe a la afectación del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles y el goce del espacio público, por lo que el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) deberá efectuar las acciones administrativas y presupuestales necesarias para contratar y ejecutar las obras públicas tendientes a la conservación, mantenimiento y/o reconstrucción de la vía Bogotá- La Calera – punto inestable No. 2 (vía La Calera con Calle 96 Bis), la cual deberá estar terminada a más tardar en el término de la próxima vigencia fiscal del 2018, conforme a las consideraciones antes expuestas.

Así mismo se ordenará la conformación del comité de verificación y cumplimiento del fallo integrado, además del titular de este despacho, por el actor popular, el director del IDU y el defensor del pueblo, quienes presentarán informes a este despacho sobre las gestiones realizadas y el avance en el cumplimiento de la orden en lapsos bimensuales a partir de la firmeza de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero. Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C.

Segundo. Protéjanse los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y al goce del espacio público por las razones expuestas en el presente proveído.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, **ordénase** al Instituto de Desarrollo Urbano efectuar las acciones administrativas y presupuestales necesarias para contratar y ejecutar las obras públicas tendientes a la conservación, mantenimiento y/o reconstrucción de la vía Bogotá- La Calera – punto inestable No. 2 (vía La Calera con Calle 96 Bis), la cual deberá estar terminada a más tardar en el término de la próxima vigencia fiscal del 2018, conforme a las consideraciones antes expuestas.

Cuarto. Confórmase el comité de verificación y cumplimiento del fallo integrado, además del titular de este despacho, por el actor popular, el director del IDU y el defensor del pueblo, quienes presentarán informes a este despacho sobre las gestiones realizadas y el avance en el cumplimiento de la orden en lapsos bimensuales a partir de la firmeza de esta sentencia.

Quinto. Deniégase las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sexto. Remítase copia de la presente providencia al señor Defensor del Pueblo para los fines pertinentes señalados en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00403-00
Demandante: CARLOS CASTAÑEDA
Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO
ACCIÓN POPULAR

Séptimo. En firme esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.	
Hoy <u>17 FEB 2017</u>	se notifica el auto anterior por anotación en el Estado
 LAURO ANDRÉS JIMÉNEZ BAUTISTA SECRETARIO	